

EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL

José OVALLE FAVELA *

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Constitución Política de 1917*. III. *Las funciones procesales del auto de formal prisión*. IV. *Los requisitos del auto de formal prisión o de sujeción al proceso*.

I. INTRODUCCIÓN

Las garantías contenidas en el artículo 19 de la Constitución Política originalmente se dirigían a proteger a las personas en contra de actos de autoridad que les privaran de su libertad, sin que se justificaran con un auto judicial debidamente fundado y motivado. Este fue el sentido que tuvo esta garantía en el artículo 287 de la Constitución de Cádiz de 1812: “Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión”.¹

Los artículos 150 y 151 de la Constitución Federal de 1824 exigían que existiera prueba “semiplena” o indicios para que una persona pudiera ser detenida, y señalaban que con base en indicios nadie podía ser detenido por más de sesenta horas.² El artículo 9o., fracción VII, de las Bases de Organización Política de la República Mexicana de 1843, preveía que nadie sería detenido más de tres días por la autoridad política, sin ser entregado con los datos correspondientes al juez competente, ni éste lo tendrá en su poder

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la Facultad de Derecho, ambos de la UNAM.

¹ Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México, 1808-1999*, 22a. ed., México, Porrúa, 1999, p. 94.

² *Ibidem*, p. 190.

más de cinco días sin declararlo *bien preso*. En caso de que el mismo juez hubiera verificado la aprehensión, o hubiera recibido al inculcado antes de cumplirse tres días de su detención, dentro del plazo de cinco días debía dictar el *auto de bien preso*, de modo que la detención no exceda de ocho días.³ Como un verdadero anacronismo que se remonta hasta 1843, algunos jueces penales todavía denominan al auto de formal prisión, “auto de bien preso”.

El artículo 44 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856 introdujo por primera vez en el derecho mexicano el concepto de *cuerpo del delito*, como requisito para que pudiera dictarse *auto motivado de prisión*. Este precepto disponía:

La autoridad judicial no puede detener a ningún acusado por más de cinco días, sin dictar el auto motivado de prisión, del que dará copia al reo y a su custodio, y para el cual se requiere: que esté averiguado el *cuerpo del delito*; que haya datos suficientes, según las leyes, para creer que el detenido es responsable, y que se le haya tomado la *declaración preparatoria*, impuesto de la causa de su prisión y de quien es su acusador, si lo hubiere.⁴ Este Estatuto tuvo muy escasa vigencia, pues al año siguiente de su expedición, sería promulgada la Constitución de 1857. Aunque ésta no utilizó el concepto de “cuerpo del delito”, el mismo sería recogido de nueva cuenta en la Constitución de 1917.⁵

En el proyecto presentado por la comisión de Constitución al Congreso Constituyente de 1956-1857 se preveía en el artículo 32 (que después pasaría a ser el 19) que ninguna detención podía exceder del término de tres días sin que se justifique con un “auto motivado de prisión” y los demás requisitos que establezca la ley. La expresión “auto motivado de prisión” es la misma que utilizó el Estatuto Orgánico de 1856, aunque el plazo para dictarlo se redujo en el proyecto de Constitución de 1856, de cinco a tres

³ *Ibidem*, p. 205.

⁴ *Ibidem*, p. 504. *Cursivas nuestras*.

⁵ Cabe advertir que si bien es cierto que en la Constitución de 1857 no se previó el concepto del cuerpo del delito, en la legislación procesal penal de la segunda mitad del siglo XIX sí se le reguló. *Cfr.* Díaz Aranda, Enrique, “Interpretación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal conforme a los diferentes sistemas penales (clásico, neoclásico, final y funcional)”, en Cienfuegos Salgado, David *et al.* (coords.), *Temas de derecho penal de México y España*, México, UNAM, 2005, pp. 298 y 299.

días. En las Bases de Organización Política de 1843 el plazo era todavía mayor: ocho días.

El texto del proyecto agregaba: “La infracción de cualquiera de ellos (el plazo de tres días y los demás requisitos establecidos en la ley) constituye responsables a la autoridad que la ordena y consiente (la prisión), y a los agentes, alcaldes o carceleros que la ejecuten”. Los diputados constituyentes Joaquín Ruiz, Prisciliano Díaz González y José Antonio de la Fuente propusieron que esta frase fuera sustituida por la siguiente, que provenía de las Bases de Organización Política de 1843: “El sólo lapso (o más exactamente, el transcurso) de este término constituye responsables a la autoridad que lo ordena o consienta y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten”. En la parte final, el artículo 32 disponía: “Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades”. Con la modificación propuesta por los diputados constituyentes mencionados, el artículo fue aprobado por unanimidad de los 89 diputados presentes.⁶

Al comentar el contenido del artículo 19 de la Constitución de 1857, José María Lozano afirmaba que se debía distinguir entre la *simple detención* y la *prisión*:

La primera procede en todos aquellos casos en que una causa racional hace suponer que el detenido es autor o cómplice de un delito, por cuya responsabilidad debe ser juzgado; la segunda, llamada *formal prisión*, tiene de común con la primera que es como ésta, una medida preventiva, no una pena; pero se distingue de ella en el carácter de su duración; la primera debe ser momentánea, sólo puede subsistir (hasta que) las primeras diligencias de la averiguación revelan, o bien que son ciertos o por lo menos racionalmente probables los primeros datos que motivaron la aprehensión del detenido, o que esos datos han quedado desvanecidos; la segunda dura mientras se practica la instrucción hasta que el acusado es declarado no culpable por el jurado, o bien hasta que en caso contrario la sentencia definitiva que lo condene a cierta pena corporal adquiera la calidad de ejecutoria.

⁶ Zarco, Francisco, *Crónica del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*, estudio preliminar, texto y notas de Catalina Sierra Casasús, México, El Colegio de México, 1957, p. 530.

La *detención preventiva* podía ser ordenada no sólo por la autoridad judicial, sino también por la autoridad administrativa, durante la averiguación del delito; la *formal prisión* o *prisión preventiva* sólo podía ser decretada durante la instrucción del proceso por la autoridad judicial competente “para enjuiciar al acusado”.⁷

En la Constitución de 1857 el auto motivado de prisión tenía como función primordial justificar la medida cautelar de la prisión preventiva durante la instrucción del proceso. En el artículo 19 de esta Constitución no se preveían requisitos específicos para este auto ni se le asignaba ninguna otra función en el proceso penal. En la doctrina se llamaba a este auto de *formal prisión* y se le llegaba a identificar con la prisión preventiva.⁸

II. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1917

Esta situación cambiaría sustancialmente en la Constitución de 1917. A principios de 1916 la Secretaría de Justicia creó una comisión legislativa para que elaborara, entre otras cosas, un proyecto de reformas a la Constitución de 1857. La comisión trabajó del 13 de marzo al 23 de agosto de 1917, unos meses antes de que se iniciaran las sesiones del Congreso Constituyente de 1916-1917. Varios de los artículos del proyecto de reformas de 1916 influyeron en el contenido de los preceptos que serían aprobados por el Congreso Constituyente. Tal es el caso del artículo 19 de la Constitución de 1917, que tuvo su antecedente en el anteproyecto preparado por Fernando Lizardi, quien fue miembro de la comisión legislativa creada por la Secretaría de Justicia y después sería diputado en el Congreso Constituyente, al igual que otros miembros de la comisión legislativa mencionada.⁹

⁷ Lozano, José María, *Tratado de los derechos del hombre. Estudio del derecho constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre*, México, Imprenta del Comercio de Dublán y Compañía, 1876, pp. 317 y 318.

⁸ En este sentido se pueden mencionar, además de la obra de Lozano citado en la nota anterior, los libros de Pallares, Jacinto, *El Poder Judicial o tratado completo de la organización, competencia y procedimientos de los tribunales de la República Mexicana*, México, Imprenta del Comercio de Nabor Chávez, 1874, pp. 181 y 182; y de Montiel y Duarte, Isidro, *Estudio sobre garantías individuales*, México, Imprenta del Gobierno, en Palacio, 1873, p. 320.

⁹ El primer libro de actas de la comisión legislativa creada por la Secretaría de Justicia, localizadas en el archivo de la Cámara de Diputados por la información proporcionada por Antonio Martínez Báez, fue publicado con el título *Proyecto de reformas consti-*

En el anteproyecto de Lizardi se reincorporaba el concepto de cuerpo del delito, como requisito para que se pudiera dictar el auto motivado de prisión. Este anteproyecto del artículo 19 disponía: “Ninguna detención podrá exceder del termino de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión que tendrá como base, *la comprobación del cuerpo del delito*, el indicio cuando menos de culpabilidad del acusado y los demás requisitos que establezca la ley...”.

Otro miembro de la comisión legislativa, José Diego Fernández, objetó el proyecto, por considerar que la comprobación del cuerpo del delito no era un requisito indispensable para que se pudiera dictar el auto de formal prisión, sino que podría bastar la existencia de “sospechas vehementes”. Lizardi respondió “que es un principio aceptado por toda la teoría, en toda la jurisprudencia del derecho penal, que no se puede ni siquiera proceder a la detención, ni menos a la formal prisión de un individuo, mientras no esté comprobada la existencia de un hecho delictuoso y *comprobar la existencia de un hecho delictuoso, es comprobar el cuerpo del delito*. Que en tal virtud insiste en su anteproyecto”. El anteproyecto fue aprobado por cuatro de los miembros de la comisión, con el voto en contra de Fernández.¹⁰

En el proyecto de Constitución que presentó el 1 de diciembre de 1916 el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista encargado del despacho de Poder Ejecutivo Federal, Venustiano Carranza, ante el Congreso Constituyente, el artículo 19 contenía ya los cambios fundamentales que serían aprobados por tal Congreso, el cual sólo modificaría parte de la redacción del párrafo segundo. En primer lugar, el artículo 19 del proyecto de Constitución presentado por Venustiano Carranza ya no se limitaba a señalar el plazo máximo de tres días de detención para que el dicte el auto al que ya no se denomina *motivado de prisión*, sino de *formal prisión*. Sin hacer una remisión a “los requisitos que establezca la ley”, como sucedía en la Constitución de 1857, el proyecto de Constitución de Carranza señalaba que en

tucionales, de la Secretaría de Justicia, de 1916, en Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones, 2a. ed., México, Manuel Porrúa, 1978, t. II, pp. 509-591. Eduardo Herrera Lasso y Gutiérrez sostiene que el artículo 19 de la Constitución tiene sus antecedentes directos en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856 y en el artículo del mismo número del proyecto de reformas constitucionales de 1916. Cfr. Herrera Lasso y Gutiérrez, Eduardo, *Garantías constitucionales en materia penal*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979, p. 39.

¹⁰ *Proyecto de reformas constitucionales, de la Secretaría de Justicia, de 1916, cit. nota anterior*, pp. 564-565. Cursivas nuestras.

el auto de formal prisión “se expresarán el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito”. En la parte final de este primer párrafo se prevé que la “infracción a esta disposición hace responsable a la autoridad que ordena la detención o la consiente, y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten”.

Pero además de precisar los requisitos del auto de formal prisión, el proyecto de Constitución de Carranza va a establecer la *función procesal fundamental* de ese auto: determinar los hechos delictivos por los que se va a seguir el proceso penal al inculpado, es decir, *fixar el objeto del proceso penal*. La primera parte del segundo párrafo del artículo 19 del proyecto de Carranza preveía lo siguiente: “Los *hechos señalados en el auto de formal prisión* serán forzosamente la materia del proceso, y *no podrán cambiarse para alterar la naturaleza del delito*”.¹¹ Esta parte del proyecto fue modificada por la comisión de Constitución, para quedar en los siguientes términos: “Todo proceso se seguirá forzosamente *por el delito o delitos* señalados en el auto de formal prisión”.¹² La segunda parte del párrafo segundo del artículo 19 no sufrió modificación alguna, por lo que quedó en los mismos términos del proyecto de Carranza: “Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio que después pueda decretarse la acumulación, si fue conducente”.¹³

En el dictamen de la comisión de Constitución se reconoció que “en el nuevo artículo se prohíbe terminantemente cambiar arbitrariamente la naturaleza de un proceso”, así como que esta “reforma es muy conveniente, porque evita que el procesado pudiera quedar sin los elementos necesarios de defensa, si en el curso de la causa se cambiara intempestivamente la acusación que la originó”. La comisión explicó la razón por la que sustituyó la expresión “los *hechos*” por la de “el *delito* o *delitos*, señalados en el auto de formal prisión”, de la siguiente manera: “Los hechos señalados en el auto de formal prisión no podrán, indudablemente, cambiarse, supuesto que han sido consumados; la calificación de ellos es lo que podría alterar-

¹¹ Tena Ramírez, *op. cit.* nota 1, pp. 767 y 768. Cursivas nuestras.

¹² *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, México, Imprenta de la Cámara de Diputados, 1922, t. I, p. 744. Cursivas nuestras.

¹³ *Idem*.

se; creemos que esta idea queda mejor expresada prescribiendo que todo proceso seguirá en averiguación solamente del delito o delitos imputados en el auto de formal prisión”.¹⁴

La crítica de la comisión de Constitución al proyecto de Carranza era infundada, ya que éste claramente se refería a “los *hechos* señalados en el auto de formal prisión”, los cuales debían ser forzosamente el objeto o la materia del proceso penal, y no a los hechos como acontecimientos verificados en un lugar y un espacio determinados, los cuales, como es obvio, no pueden ser cambiados, ni el proyecto de Carranza sugirió en modo alguno tal posibilidad.

El dictamen del artículo 19 fue aprobado por unanimidad de 165 votos, en la sesión del 29 de diciembre de 1916.¹⁵ El texto original del artículo 19 ha sido modificado por los decretos publicados en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de septiembre de 1993 y del 8 de marzo de 1999.

III. LAS FUNCIONES PROCESALES DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN

1. *Justificación de la prisión preventiva*

De acuerdo con lo que hemos expuesto, durante el siglo XIX el auto de bien preso, el auto motivado de prisión y el auto de formal prisión tuvieron como función procesal fundamental la de justificar la detención preventiva del inculcado, para convertirla en una prisión preventiva, tal como lo explicaba claramente José María Lozano.

Sin embargo, en la Constitución de 1917 esta función dejó de ser la fundamental, pues por una parte el artículo 20, fracción I, de la propia Constitución, otorgó al inculcado la garantía de libertad bajo caución en determinadas condiciones, lo cual supone que en los procesos penales en los que se confiere esa garantía, el auto de formal prisión ya no va a convertir la detención preventiva en una prisión preventiva, pues al estar el inculcado en libertad caucional no puede estar al mismo tiempo en prisión preventiva.

Por otra parte, al disponer el artículo 18 de la misma Constitución que sólo habría lugar a la prisión preventiva cuando el delito que se impute tenga una pena privativa de libertad o alternativa (pecuniaria o privativa de li-

¹⁴ *Ibidem*, pp. 743 y 744. Cursivas nuestras.

¹⁵ *Ibidem*, p. 745.

bertad), traía como consecuencia que en los procesos en los que sólo pudiera imponerse pena pecuniaria no podía dictarse el auto de formal prisión, sino un *auto de sujeción a proceso*. El artículo 18 constitucional fue reformado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 23 de febrero de 1965, para disponer que sólo por delito que merezca pena privativa de libertad (“corporal”, literalmente) habrá lugar a la prisión preventiva.¹⁶ De acuerdo con la reforma a este precepto, el auto de formal prisión sólo tiene la función de convertir la detención preventiva en prisión preventiva en los procesos por delitos que merezcan pena privativa de libertad, siempre y cuando no se haya otorgado la libertad caucional; en cambio, cuando el proceso se siga por delitos que merezcan pena alternativa o pecuniaria, sólo se puede dictar un auto de sujeción a proceso, sin prisión preventiva.

2. *Determinación del objeto del proceso penal*

En contraste, la función procesal introducida en el artículo 19 de la Constitución Política de 1917, consistente en determinar el objeto, tema o materia del proceso penal, es la que tiene mayor relevancia y extensión, pues es una garantía constitucional que debe ser cumplida tanto por el auto de formal prisión como por el de sujeción a proceso, tal como lo dispuso la reforma a ese precepto publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de septiembre de 1993.

El objeto del proceso es el tema o la materia sobre los que versa la actividad de las partes y del juzgador en el proceso, acerca de los cuales deberá decidir la sentencia que resuelva la controversia (*thema decidendum*). Este objeto del proceso se integra, como precisa Héctor Fix-Zamudio, “con los hechos y su calificación jurídica que se contiene en las pretensiones y defensas de las partes, y que constituyen la materia del proceso y el contenido de la sentencia de fondo”.¹⁷

En términos generales, en el proceso civil el objeto del proceso está constituido por los hechos y su calificación jurídica, que se contienen en

¹⁶ Sobre el planteamiento y desarrollo de esta reforma véase García Ramírez, Sergio, *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, UNAM, 1967, pp. 10-13.

¹⁷ Fix-Zamudio, Héctor, voz “Objeto del proceso”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM-Porrúa, t. V, p. 298.

las acciones y excepciones expresadas por las partes en los escritos de demanda, de contestación a la demanda, y, en su caso, de reconvencción y de contestación a ésta. Son los escritos en los que se fija la litis, como les llamaba originalmente la legislación procesal civil mexicana; son aquellos en los que se determina el objeto del proceso civil.

En cambio, en el proceso penal el objeto del proceso se integra por el hecho o los hechos imputados y su calificación jurídica; es decir, el hecho o los hechos delictivos imputados, tal como se determinan en el auto de formal prisión o de sujeción al proceso. En una definición que es clásica en esta materia, Eugenio Florián sostuvo que el

Objeto fundamental del proceso penal es una determinada relación de derecho penal que surge de *un hecho que se considera como delito*, y se desarrolla entre el Estado y el individuo al cual se atribuye el hecho, con el fin de que sea aplicada a este último la ley penal. Se traduce, pues, en *una inculpación concreta de un delito a una determinada persona y de parte del Estado*.¹⁸

En términos más breves, Andrés de la Oliva Santos considera que el objeto del proceso penal es el hecho punible; es decir, “un concreto hecho (conducta humana) de apariencia delictiva”.¹⁹

El auto de formal prisión y el auto de sujeción a proceso tienen la función primordial de determinar el objeto del proceso penal en México.²⁰ El párrafo tercero del artículo 19 de la Constitución Política así lo determina en forma categórica:

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se

¹⁸ Florián, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, trad. de L. Prieto Castro, Barcelona, Bosch, 1933, p. 49. Cursivas nuestras. El autor consideraba como objetos accesorios del proceso penal la reparación del daño derivada del delito y la imposición de la multa, entre otros.

¹⁹ Oliva Santos, Andrés de la *et al.*, *Derecho procesal penal*, 6a. ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, p. 194.

²⁰ García Ramírez, Sergio, *El nuevo procedimiento penal mexicano. Las reformas de 1993-2000*, 3a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 48; Lozoya Varela, Rafael, “El objeto del proceso en el Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social”, *Lecturas Jurídicas*, núm. 56, julio-septiembre de 1973, p. 43; Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho procesal penal*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2004, pp. 321 y 322.

persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si fuere conducente.

De acuerdo con el párrafo transcrito, el objeto del proceso penal está constituido por el delito o los delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. ¿Qué fue lo que entendió el Congreso Constituyente de 1916-1917 por “delito o delitos”? Conviene recordar que el proyecto de Carranza expresaba: “Los *hechos señalados en el auto de formal prisión* serán forzosamente la materia del proceso, y *no podrán cambiarse para alterar la naturaleza del delito*”. La comisión de Constitución consideró que este precepto contenía “una reforma es muy conveniente, porque evita que el procesado pudiera quedar sin los elementos necesarios de defensa, si en el curso de la causa se cambiara intempestivamente la acusación que la originó”. Sin embargo, la comisión propuso que se sustituyera la expresión “los *hechos* señalados en el auto de formal prisión serán forzosamente la materia del proceso...”, por la de que “todo proceso se seguirá por el *delito* o *delitos* señalados en el auto de formal prisión”, por considerar que los hechos señalados en el auto de formal prisión no podían cambiarse, pues ya se habían consumado; y que era la calificación jurídica de ellos la que podía alterarse. Por esta razón, la comisión propuso que el objeto del proceso fuera el delito o los delitos señalados en el auto de formal prisión, con el fin de que esta garantía protegiera al inculcado no sólo en contra el cambio de los hechos imputados, que la comisión consideraba que era imposible hacer, sino, sobre todo, en contra del *cambio en la calificación jurídica* de los mismos, es decir, en contra de su reclasificación legal.

Normalmente, cuando en el proceso penal se alude al delito o los delitos por los cuales se va a seguir el proceso, se hace referencia tanto a los *hechos imputados* como a su *calificación jurídica*. En el proceso, los hechos no pueden ser analizados como hechos simples o materiales, con sólo existencia física, sin ninguna valoración cultural, sin su calificación jurídica. Desde la averiguación previa y la consignación, los hechos tienen una calificación jurídica, si bien preliminar y provisional, pues conforme al principio general de derecho *iura novit curia*, la calificación jurídica definitiva corresponde sólo al juez de primera instancia o al tribunal de apelación, pero no a las partes. El objeto del proceso son hechos jurídicos, es decir, hechos con relevancia para el derecho y, por tanto, con una calificación jurídica. Como ha puntualizado Giulio Ubertis, “en todo proceso (ya sea civil, penal o administrativo) se aducen sólo hechos de los cuales puedan derivarse consecuen-

cias jurídicas, es decir, hechos jurídicos...”. El mismo procesalista italiano sostiene que “si el juicio sobre la *questio facti* no puede ser nunca de ‘puro hecho’, porque está estructurado en referencia a coordinadas jurídicas, aquel sobre la *questio iuris* está necesariamente ligado hecho también en la medida en que, aún en el análisis de la norma que se considera aplicable, se resiente a la ‘tensión’ a la justicia concreta propia de todo el ordenamiento”.²¹

La determinación de los hechos delictivos y su calificación jurídica sólo puede ser hecha por el juez penal en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, o bien, por el tribunal que conozca del recurso de apelación que se interponga en contra de esos autos.²² Algunos tribunales colegiados de circuito han sostenido que en el supuesto de que el recurso de apelación haya sido interpuesto por el inculpado o su defensor, el tribunal de apelación no podrá hacer la reclasificación del delito señalado en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, por un delito con pena mayor, en atención al principio *non reformatio in peius*.²³ Sin embargo, en la tesis de jurispru-

²¹ Ubertis, Giulio, *Fatto e valore probatorio del sistema probatorio penale*, Milán, Giuffrè, 1979, pp. 71 y 75. El mismo autor sostiene: “Al igual que para la relación entre hecho y valor, también para la relación entre hecho y derecho, entre *questio facti* y *questio iuris* (aquí se liga estrechamente y corresponde a la relación entre juicio de hecho y juicio de derecho) se puede hablar solamente de una distinción metodológica entre los dos términos de la pareja, funcional a las varias exigencias que, en diferentes momentos, se ponen de relieve en el ámbito proceso. La distinción es realizada al interior de un contexto unitario que, sin transformarla en identidad de los términos, permite reconocer a estos últimos no como cualitativamente separados sino como portadores de una diversa proporción entre las actitudes, en todo caso presentes, de la constatación y la valoración jurídica”. *Ibidem*, pp. 75 y 76.

²² Cfr. la tesis de jurisprudencia núm. 1a./J.12/2002, publicada con el rubro RECLASIFICACIÓN DEL DELITO. EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 385 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, LA AUTORIZA EN EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL INCUPLADO O SU DEFENSOR, EN CONTRA DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O EL DE SUJECCIÓN A PROCESO, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, abril de 2002, p. 318; así como las tesis aisladas 463 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, Tesis Relevantes, t. II, p. 463, “AUTO DE FORMAL PRISIÓN, ES LA BASE DEL PROCEDIMIENTO PENAL”, y 665 del mismo *Apéndice*, p. 314, “CLASIFICACIÓN DEL DELITO, PUEDE SER VARIADA EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, LA HECHA POR EL MINISTERIO PÚBLICO”.

²³ Cfr. las tesis aisladas AUTO DE FORMAL PRISIÓN, ALCANCE DEL PRINCIPIO NON REFORMATIO IN PEIUS, TRATÁNDOSE DE LA APELACIÓN INTERPUESTA POR EL INCUPLADO O SU DEFENSOR, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. X, noviembre de 1992, p. 229; XVII.3o.4 P, AUTO DE FORMAL PRISIÓN. EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL

dencia que se cita en la nota 22, con la que la Suprema Corte resolvió la contradicción de las tesis de algunos de esos tribunales colegiados, se omite mencionar el principio *non reformatio in peius*, y por el contrario, se sostiene que

La única limitación para el tribunal de alzada es que la reclasificación se haga en forma tal que corresponda a los hechos que motivaron la consignación, sin incurrir en alguna variante de ellos, lo que no implica que se reduzca la capacidad de defensa del inculpado y sus derechos, pues éstos se verán respetados al basarse las consideraciones de la sentencia del tribunal de apelación en los hechos que fue la voluntad de la representación social determinar como materia de la consignación.

Con toda razón, Jesús Zamora-Pierce sostiene que

El Constituyente otorgó al juez (y al tribunal de apelación), y solamente a él, la facultad de hacer la calificación jurídica de los hechos consignados por el Ministerio Público, en el auto de formal prisión (o de sujeción a proceso), y únicamente en esa oportunidad procesal. En ejercicio de esa facultad, el juez deberá hacer la clasificación del delito imputado con toda precisión, señalando no solamente el tipo genérico que corresponda, sino sus modalidades y las circunstancias agravantes o atenuantes pertinentes.²⁴

ARTÍCULO 385 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, AUTORIZA A LOS MAGISTRADOS UNITARIOS DE CIRCUITO A RECLASIFICAR LOS HECHOS DELICTUOSOS, TRATÁNDOSE DE LA APELACIÓN INTERPUESTA POR EL INculpADO Y SU DEFENSOR (ALCANCE DEL PRINCIPIO *NON REFORMATIO IN PEIUS*), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, marzo de 2001, p. 1721; tesis: XXI.3o.4 P, DELITO, RECLASIFICACIÓN DEL, EN LA APELACIÓN, CUANDO SÓLO RECORRE EL INculpADO. PRINCIPIO DE *NON REFORMATIO IN PEIUS*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, agosto de 2001, p. 1317.

²⁴ Zamora-Pierce, Jesús, *Garantías y proceso penal*, 12a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 138. Confirman esta última opinión las siguientes tesis de jurisprudencia: la tesis 1a./J. 6/97, AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES “AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL”, QUEDÓ SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL *DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN* DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES-[TESIS HISTÓRICA], *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. V, febrero de 1997, p. 197; y 24 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. II, p. 650; la tesis 1a./J. 13/2003, publicada con el rubro AUTO DE FORMAL PRISIÓN. EN EL DEBEN INCLUIRSE LAS MODALIDADES O CALIFICATIVAS DEL DELITO, SIN PERJUICIO DE QUE

3. Inmutabilidad del objeto del proceso penal

Florian sostenía que el objeto fundamental del proceso penal tiene carácter eminentemente público, tomando en cuenta que “la relación jurídica penal es de derecho público”. De este carácter deducía dos principios fundamentales: *a)* el de la *indisponibilidad* del objeto del proceso, en virtud de que las partes no tenían el poder de menoscabar el hecho ni manipularlo, ni de imponer versiones imaginadas, y *b)* el de la *inmutabilidad* del objeto del proceso, en el sentido de que, una vez determinada la relación jurídica penal como objeto del proceso, éste no puede tener otra solución que la que se dé en la sentencia.²⁵

El principio de inmutabilidad del objeto del proceso penal está reconocido en forma explícita en el artículo 19 constitucional, en cuanto dispone, por una parte, que dicho proceso “se seguirá *forzosamente* por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso”, por lo que tales autos son los que determinan el objeto del proceso penal, el cual no podrá ser modificado en el curso del proceso; y por otra parte, que si en el curso “de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si fuere conducente”.²⁶

De acuerdo con estas dos reglas, el objeto del proceso penal está constituido por los hechos delictivos y su calificación jurídica determinados en el auto de formal prisión o de sujeción al proceso. Ese objeto del proceso no podrá ser modificado en el curso del proceso penal; pero si durante éste apareciere que se ha cometido un hecho delictivo (con su respectiva calificación jurídica) distinto del que se persigue, deberá ser objeto de una averi-

TAMBIÉN SE EXAMINEN EN LA SENTENCIA QUE AL EFECTO SE DICTE, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVII, abril de 2003, p. 9; y la tesis 477 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. II, p. 223; AUTO DE FORMAL PRISIÓN, REQUISITOS DE FORMA DEL; así como la tesis aislada número 456 del mismo *Apéndice, Precedentes Relevantes*, t. II, p. 342, AUTO DE FORMAL PRISIÓN. CUÁNDO CARECE DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN EL.

²⁵ Florian, *op. cit.*, nota 18, p. 52.

²⁶ El texto del artículo 19 utiliza la expresión “si en la *secuela* de un proceso...”, la cual es inexacta. La palabra *secuela* significa fundamentalmente “trastorno o lesión que queda tras la curación de una enfermedad o un traumatismo, que es consecuencia de ellos” (*Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 2001, t. II, p. 2036). Seguramente el proyecto de Carranza quiso decir: “si en la secuencia de un proceso” o “si en el curso del proceso”.

guación previa por parte del Ministerio Público y de una nueva consignación ante la autoridad judicial, con independencia de que el nuevo proceso se pueda acumular al anterior, si resulta procedente.

Este carácter inmutable del objeto del proceso penal que establece el artículo 19 constitucional no ha sido siempre respetado plenamente por la legislación ni por la jurisprudencia. Por una parte, el artículo 160, fracción XVI, de la Ley de Amparo, dispone que en los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso, cuando seguido el proceso por el delito determinado en el auto de formal prisión, el quejoso sea sentenciado por un delito diverso. Hasta esta parte, la Ley de Amparo es congruente con la garantía de inmutabilidad del objeto del proceso penal.

Sin embargo, el párrafo segundo del precepto legal mencionado contiene una interpretación que no se compagina con el sentido claro y categórico del artículo 19 de la Constitución:

No se considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese en la sentencia sólo difiera en grado del que haya sido materia del proceso, ni cuando se refiera a los mismo hechos materiales que fueron objeto de la averiguación, siempre que en este último caso, el Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias *cambiando la clasificación del delito hecha en el auto de formal prisión*, y el quejoso hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación, durante el juicio propiamente tal.

Este precepto prevé dos supuestos diferentes. El primero es aquel en que la sentencia se refiera al mismo delito señalado en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, pero le atribuya un grado distinto al previsto en ese auto. Zamora-Pierce sostiene que en esta hipótesis

...si el delito que se expresa en la sentencia *difiere* de aquel por el que se dictó el auto de formal prisión, así sólo sea en grado, luego entonces ambos delitos no son *idénticos*, no son el mismo delito por el cual, conforme a lo dispuesto por el artículo 19, debió seguirse forzosamente el proceso.²⁷

La garantía de inmutabilidad del objeto del proceso penal reconocida en el artículo 19 de la Constitución tiene como finalidad esencial “evitar

²⁷ Zamora-Pierce, *op. cit.*, nota 24, p. 142.

que el procesado pudiera quedar sin los elementos necesarios de defensa, si en el curso de la causa se cambiara intempestivamente la acusación que la originó”, tal como lo expresó la comisión de Constitución en el dictamen que presentó al Congreso Constituyente de 1916-1917. Si el delito por el que se dicta la sentencia es el mismo que se señaló en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso y en la sentencia sólo se cambia el grado, no parece que se infrinja esa garantía ni se atente contra la finalidad esencial de la misma, pues no se estaría cambiando intempestivamente la acusación original o la inculpación concreta de un delito a una determinada persona, como llamaba Florián al objeto del proceso penal.

En este sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que cuando se varía la culpabilidad de dolosa a culposa sin alterar el tipo básico o fundamental, tal variación implica sólo una graduación del tipo, pero no una nueva clasificación, si bien ha aclarado que este criterio sólo es aplicable cuando se trate de tipos delictivos no integrados por el elemento subjetivo dolo, es decir, cuando la ley no lo incorpora como elemento constitutivo esencial en la descripción de la conducta delictiva.²⁸ De esta variación no debe resultar un agravamiento de la pena que se pueda imponer al inculpado, porque si la variación se hace en las conclusiones del Ministerio Público o en la sentencia, sí se dejaría en estado de indefensión al inculpado, pues ya no podrían aportar pruebas para desvirtuar el nuevo grado que se le imputa en la comisión del delito.

El segundo supuesto previsto en el artículo 160, fracción XVI, párrafo segundo, de la Ley de Amparo, consiste en que no se considera que el delito es diverso cuando la sentencia

...se refiera a los mismos hechos materiales que fueron objeto de la averiguación, siempre que... el Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias *cambiando la clasificación del delito hecha en el auto de formal prisión o de sujeción al proceso*, y el quejoso hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación, durante el juicio propiamente tal.

Es claro que esta segunda hipótesis sí viola la garantía de inmutabilidad del objeto del proceso penal y contradice abiertamente la finalidad que el

²⁸ Tesis de jurisprudencia 1a./J. 57/2003, ACUSACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. NO SE REBASA POR EL HECHO DE MODIFICAR EN LA APELACIÓN LA FORMA DE COMISIÓN DEL DELITO DE DOLOSA A CULPOSA, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIX, enero de 2004, p. 5.

Congreso Constituyente de 1916-1917 atribuyó de manera expresa al artículo 19 de la Constitución. Conviene recordar que el proyecto de Carranza preveía que el objeto del proceso penal eran los “hechos señalados en el auto de formal prisión”, los cuales “no podrán cambiarse para alterar la naturaleza del delito”; y que esta parte del proyecto fue modificado por la comisión de Constitución, para establecer que tal objeto está constituido “por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión”. La comisión de Constitución explicó que había realizado la sustitución de “los hechos” por “el delito o delitos”, por estimar que

...los hechos señalados en el auto de formal prisión no podrán, indudablemente, cambiarse, supuesto que han sido consumados; la calificación de ellos es lo que podría alterarse; creemos que esta idea queda mejor expresada prescribiendo que todo proceso seguirá en averiguación solamente del delito o delitos imputados en el auto de formal prisión (*supra II*).

Esto significa que para la comisión de Constitución era innecesario prever que los hechos (o los hechos materiales, según el artículo 160, fracción XVI, de la Ley de Amparo) serían forzosamente la materia del proceso, pues tales hechos ya habían acontecido y no podrían cambiarse; y que, en cambio, la calificación jurídica sí podía ser alterada en el curso del proceso, por lo que para evitar que tal cosa sucediera era necesario establecer que todo proceso debía seguirse forzosamente *por el delito o delitos* señalados en el auto de formal prisión.

Como el dictamen de la comisión de Constitución fue aprobado por unanimidad de 165 votos del Congreso Constituyente de 1916-1917, se puede afirmar que la voluntad inequívoca del Constituyente fue la de que todo proceso penal tuviera por objeto *el delito o los delitos* señalados en el auto de formal prisión, y que tal objeto no debía modificarse o alterarse en el curso del proceso. Por delito o delitos señalados en el auto de formal prisión no se debe entender los hechos materiales, que el Constituyente suprimió expresamente, sino los hechos delictivos y su calificación jurídica, es decir, el tipo penal respectivo.

Esta interpretación se confirma por el hecho de que el propio Constituyente dispuso en el primer párrafo del artículo 19 de la Constitución que en el auto de formal prisión se debería expresar “el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyan aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que de-

berán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”.²⁹ Si el propio Constituyente se refirió al delito que se impute al acusado, los elementos que constituyan aquél, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del delito, el cuerpo del delito (no al cuerpo del hecho material); y en el párrafo segundo original sustituyó la palabra “hechos” por la de “delito”, resulta evidente que su propósito fue establecer que el objeto del proceso penal es el delito señalado en el auto de formal prisión (los hechos delictivos y su calificación jurídica), que ese delito es la materia sobre la que deberá recaer la actividad probatoria y conclusiva de las partes y que es el tema que el juzgador deberá decidir en su sentencia.

Por otro lado, si como hemos señalado, la garantía de inmutabilidad del objeto del proceso penal reconocida en el artículo 19 de la Constitución tiene como finalidad esencial “evitar que el procesado pudiera quedar sin los elementos necesarios de defensa, si en el curso de la causa se cambiara intempestivamente la acusación que la originó”, tal como lo expresó la comisión de Constitución en el dictamen que aprobó por unanimidad el Congreso Constituyente de 1916-1917, resulta claro que el artículo 160, fracción XVI, párrafo segundo, de la Ley de Amparo, no satisface en modo alguno esa finalidad, pues permite que al final del proceso penal, después de que ya se practicaron las pruebas, el Ministerio Público pueda “cambiar intempestivamente la acusación que originó la causa”, dejando al inculpado “sin los elementos necesarios para su defensa”.

Permitir que el Ministerio Público pueda cambiar el delito que se señaló en el auto de formal prisión o de sujeción al proceso, al momento de presentar sus conclusiones acusatorias, es negar el derecho de defensa al inculpado, quien ya no podrá ofrecer ni aportar pruebas de descargo, sino sólo presentar sus conclusiones. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que las formalidades esenciales del procedimiento

Son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos re-

²⁹ *Diario de los Debates, cit.*, nota 12, p. 144.

quisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.³⁰

El artículo 160, fracción XVI, párrafo segundo, de la Ley de Amparo, al no cumplir el requisito señalado en el inciso 2, no garantiza al inculpado la defensa adecuada antes del acto de privación.

Por otra parte, es una falacia afirmar que su pueda reclasificar el delito sin modificar los hechos, como con frecuencia lo ha sostenido la jurisprudencia.³¹ Como manifestamos anteriormente, en el proceso penal la referencia al delito o los delitos por los cuales se va a seguir el proceso comprende tanto los *hechos imputados* como su *calificación jurídica*. En el proceso los hechos no pueden ser analizados como “hechos materiales” o hechos simples, con sólo existencia física, sin ninguna valoración cultural, ni calificación jurídica. Desde la averiguación previa y la consignación, los hechos objeto de ambas tienen una calificación jurídica, si bien preliminar y provisional, pues conforme al principio general de derecho *iura novit curia* la calificación jurídica definitiva corresponde sólo al juez de primera instancia o al tribunal de apelación, pero no a las partes. El objeto del proceso son hechos jurídicos, es decir, hechos con relevancia para el derecho y, por tanto, con una calificación jurídica. Los hechos delictivos son acon-

³⁰ Tesis de jurisprudencia P./J.47/1995 en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, diciembre de 1995, pp. 133-134, FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO, la cual aparece publicada con el número 218 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, pp. 260-261.

³¹ Entre las tesis aisladas de la Suprema Corte, véase la número 1a. XXVI/2003, publicada con el rubro RECLASIFICACIÓN DEL DELITO. CUANDO EL JUEZ DE LA CAUSA DICTA SENTENCIA POR UNO DIVERSO AL CONTENIDO EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, TENIENDO COMO BASE LOS MISMOS HECHOS, NO VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL), en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVII, junio de 2003, p. 200; la publicada con el rubro “CLASIFICACIÓN DEL DELITO”, en *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo: VII, p. 604. De los tribunales colegiados de circuito se pueden mencionar las siguientes tesis aisladas: VI.1o.P.70 P, CLASIFICACIÓN DEL DELITO, CAMBIO DE LA, EN LA SENTENCIA. NO RESULTA VIOLATORIA DE GARANTÍAS, en la misma publicación, t. XII, septiembre de 2000, p. 720; II.2o.P.142 P, RECLASIFICACIÓN DEL DELITO. NO SE VIOLA LA GARANTÍA PREVISTA EN EL PÁRRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, NI SE CAUSA INDEFENSIÓN AL SENTENCIADO, SI LA AUTORIDAD JUDICIAL EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN ESTIMA QUE DIVERSAS CONDUCTAS CONFIGURAN UN SOLO ILÍCITO Y EN LA SENTENCIA RESPECTIVA REENCUADRA LOS MISMOS HECHOS EN DIVERSOS DELITOS, en la misma publicación, t. XIX, junio de 2004, p. 1465.

tecimientos de la vida real, que reúnen determinadas características para poder ser calificados jurídicamente como robos, fraudes, abusos de confianza, etcétera; sólo si reúnen esas características podrán ser objeto de un proceso penal. El cambio en la calificación jurídica lleva, por regla general, a la modificación de los hechos delictivos, en función de los elementos del nuevo tipo penal.

La Suprema Corte ha afirmado que si en el auto de formal prisión se señaló como delito el de lesiones, pero si con posterioridad falleció la víctima a causa las lesiones, el juez puede dictar sentencia por el delito de homicidio, sin necesidad de existiera un auto de formal prisión por este último delito, porque no se estarían cambiando los hechos “materiales”, sino sólo su calificación jurídica.³² ¿Es realmente el mismo hecho “material” inferir unas lesiones a una persona que privarla de la vida? Es claro que se trata de dos hechos “materiales” muy distintos, con tipos y sanciones penales diferentes, aunque ambos se originen en las lesiones. Una vez que se produce el homicidio, el Ministerio Público tiene el deber de iniciar una averiguación previa separada y de ejercer la acción penal por el delito de homicidio, para que el juez decreta un nuevo auto de formal prisión por este delito, tal como lo ordena la parte final del párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución.³³

Es pertinente señalar que también existen precedentes que sostienen que es el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión, el hecho o los hechos delictivos con su calificación jurídica, lo que no puede alterarse o modificarse en el curso del proceso.³⁴ De manera particular merece desta-

³² Cfr. las tesis SENTENCIA. CASO EN QUE PUEDE SER PRONUNCIADA POR DELITO DIFERENTE DEL CONSIGNADO EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, *Informe del Presidente de la Suprema Corte de Justicia*, 1932, p. 118; AUTO DE FORMAL PRISIÓN POR LESIONES, CUANDO EL OFENDIDO HUBIERE FALLECIDO, en la misma publicación y año, p. 11. En el mismo sentido, el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito sostiene la tesis aislada I.5o.P.2 P, RECLASIFICACIÓN. EN EL DELITO DE LESIONES NO EXISTE, CUANDO SE TRATA DE LOS MISMOS HECHOS QUE LAS ORIGINARON, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, septiembre de 2000, p. 801.

³³ Cfr. la tesis aislada AUTO DE FORMAL PRISIÓN POR LESIONES, CESA EL EFECTO DEL, SI SE MOTIVA PRISIÓN POR HOMICIDIO, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LIX, p. 2746, Primera Sala, publicada también en el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, Precedentes Relevantes, t. II, tesis 475, p. 222.

³⁴ Cfr. las tesis aisladas AUTO DE FORMAL PRISIÓN, CAMBIO DE CLASIFICACIÓN DEL DELITO EN EL, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LXI, p. 4187, Primera Sala, publicada también en el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*

carse el precedente que sostuvo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia el 24 de octubre de 1933, en el que analizó la palabra “delito” contenida en el artículo 19 de la Constitución. En esa ocasión la Suprema Corte señaló que el artículo 19 establece

...como requisito del auto de formal prisión, que se exprese el delito que se imputa al acusado, los elementos que lo constituyen y las circunstancias de tiempo, lugar y modo de ejecución; de modo que al decir “delito” no quiso indicar los hechos fuera de la clasificación legal; estos hechos, como acontecimientos sucedidos en un lugar y tiempo determinados, son distintos a la idea del delito; por tanto, *la significación de esa palabra, en el citado artículo, es la expresión de la fórmula legal en que estuvieron incluidos aquellos hechos*. La finalidad perseguida por el precepto que se comenta, es que el inculcado, desde que queda sujeto a proceso, tenga conocimiento de la causa que lo motiva y pueda aprovechar la instrucción para preparar sus descargos.³⁵

4. La apertura de la instrucción

Otra función relevante del auto de formal prisión o de sujeción al proceso consiste en que, como lo dice el nombre del segundo auto, ambas resoluciones sujetan al inculcado al proceso y dan inicio a la instrucción. En el Código Federal de Procedimientos Penales se distinguen, entre otras etapas del procedimiento penal, las de *averiguación previa*, que comprende desde que se presenta la denuncia o la querrella ante el Ministerio Público, hasta que concluyen las diligencias de éste para determinar si ejerce o no la acción penal; y de *preinstrucción*, que se inicia con el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público ante la autoridad judicial (o consignación) y concluye con el auto de formal prisión o de sujeción al proceso, o bien con el auto de libertad por falta de elementos para proceder. El auto de libertad se dicta cuando durante la preinstrucción no se acredita el cuerpo del delito o la probable responsabilidad de inculcado o éste demuestra al-

1917-2000, Precedentes Relevantes, t. II, tesis 442, p. 207; “CLASIFICACION DEL DELITO, CAMBIO DE, EN LA SENTENCIA”, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LIV, p. 278, Primera Sala, y “DELITO BASE DE LA SENTENCIA”, en *Informe del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1964*, p. 30.

³⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. XXXIX, “ROBO”, p. 1463. Amparo penal en revisión 2828/33, Robelo Alberto M. Cursivas nuestras.

guna causa de licitud o de justificación. Este auto tiene como consecuencia la extinción anticipada del proceso penal.

En cambio, el auto de formal prisión y el de sujeción a proceso suponen la continuación del proceso penal, ahora en su etapa de *instrucción*, en la cual las partes podrán ofrecer y aportar las pruebas que estimen pertinentes sobre los hechos delictivos y la probable responsabilidad o no del inculpa-do. En este sentido, el auto de formal prisión o de sujeción al proceso tiene en el proceso penal mexicano una función similar al *auto de procesamiento* del enjuiciamiento penal español y algunos ordenamientos iberoamericanos, con todas las diferencias que puedan existir por el tipo de sistema de enjuiciamiento.³⁶

Sin duda, esta es una de las funciones más relevantes del auto de formal prisión o de sujeción al proceso, motivo por el cual un sector de la doctrina ha propuesto sustituir el nombre del “auto de formal prisión”, por el de “auto de procesamiento”, o si se prefiere utilizar la expresión con mayor tradición en nuestro derecho, de *auto de sujeción a proceso*, ya que ésta es la función procesal que desempeñan ambos autos.³⁷ Se podría pensar en tres especies de autos de sujeción a proceso: con prisión preventiva, con libertad caucional y sin prisión preventiva.

IV. LOS REQUISITOS DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O DE SUJECCIÓN AL PROCESO

1. *El delito que se impute al acusado*

Conforme a lo que dispone el primer párrafo del artículo 19, en el auto de formal prisión (o de sujeción a proceso) se debe expresar el delito que se impute al acusado, señalando de manera específica el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución. La redacción de este párrafo confirma, sin lugar

³⁶ Sara Aragonese Martínez escribe que el “procesamiento es una *declaración formal* por la que el órgano jurisdiccional atribuye o imputa provisionalmente a una persona la comisión de unos hechos presumiblemente delictivos”. La base de esta imputación es la existencia de indicios racionales de criminalidad contra una persona. *Cfr.* Oliva Santos, Andrés de la, *op. cit.*, nota 19, p. 426.

³⁷ *Cfr.* Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Cuestiones de terminología procesal*, México, UNAM, 1972, pp. 199-200; García Ramírez, *op. cit.*, nota 20; y Silva Silva, *op. cit.*, nota 20, pp. 315 y 316.

a dudas, que lo que se señala en el auto que determina el objeto del proceso penal es el tipo penal específico que se imputa al inculcado, así como los hechos delictivos que se encuadran dentro de ese tipo penal, con todas sus circunstancias de lugar, tiempo y modo de ejecución. Lo que se debe precisar en el auto que determina el objeto del proceso penal no son sólo los “hechos materiales” ni sólo el tipo penal, sino estos dos “términos de la pareja conceptual”, de la que habla Uberris: los hechos delictivos y el tipo penal, el hecho y el derecho, lo que denominan *questio facti* y *questio iuris*, porque ambos van a definir el delito que se imputa al inculcado, el cual va ser el objeto del proceso, que lo será también de la prueba (*thema probandum*) y de la sentencia (*thema decidendum*).

Sobre este particular, el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito ha sostenido que en el auto de formal prisión se debe señalar “con toda precisión el artículo que contempla la sanción y, en su caso, la fracción, inciso o subinciso de ese artículo que la establezca, y que sea exactamente aplicable al caso concreto, lo cual es necesario no sólo para que el acusado se encuentre en pleno conocimiento de su situación jurídica a fin de garantizar una defensa adecuada, sino para definir fehacientemente que la sanción que corresponde al delito merece pena privativa de libertad”.³⁸

Como señala con acierto Zamora-Pierce, en el auto de formal prisión “el juez deberá hacer la clasificación del delito imputado con toda precisión, señalando no solamente el tipo genérico que corresponda, sino sus modalidades y las circunstancias agravantes o atenuantes pertinentes”.³⁹

En el auto de formal prisión o de sujeción al proceso el juzgador deberá motivar con base en cuáles pruebas han quedado demostradas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de ejecución del delito imputado.⁴⁰

³⁸ Cfr. la tesis aislada IX.2o.23 P, “FORMAL PRISIÓN. PARA DECRETARLA ES REQUISITO INDISPENSABLE PRECISAR EL PRECEPTO, FRACCIÓN, INCISO O SUBINCISO QUE DETERMINE LA PENA APLICABLE AL DELITO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ)”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, diciembre de 2001, p. 1730. En sentido similar, véase la tesis de jurisprudencia XX. J/45, PG. 86, “AUTO DE FORMAL PRISIÓN. CUÁNDO CARECE DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN EL”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, núm. 70, octubre de 1993, p. 342; publicada también en *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. II, 2ª parte, tesis 428, p. 248.

³⁹ Véase *op. cit.*, nota 24, en la cual se indican también las tesis de jurisprudencia que confirman la opinión de Zamora-Pierce.

⁴⁰ Cfr. la tesis aislada III.1o.P.224 P, AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA OMISIÓN DE RAZONAR Y PRECISAR LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, LUGAR Y MODO, CONCLUCA GA-

2. La comprobación del cuerpo del delito

Como hemos visto, la expresión “cuerpo del delito” fue introducida originalmente en el artículo 44 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856 y después fue recogida en la Constitución Política de 1917. Fue sustituida en la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de septiembre 1993, por el concepto de “los elementos que integran el tipo penal”, pero nuevamente fue reincorporada en la reforma constitucional publicada el 8 de marzo de 1999.

La expresión “cuerpo del delito” es una de las más antiguas dentro del derecho procesal penal, pero es al mismo tiempo de las más ambiguas. Los orígenes de la expresión se remontan al siglo XVI. Al parecer, fue Farinaccio el primero en usarla, en su obra *Praxis et theoriae criminales*, en la que cuerpo del delito significaba la prueba material del delito.⁴¹ A principios del siglo XX, Framarino dei Malatesta entendía por cuerpo del delito “todo lo que representa la exteriorización material y la aparición física del delito”, todo aquello que estando “inmediatamente unido a la consumación del delito, traza, por decirlo así, su *figura física*”.⁴² Dentro de esta noción, incluía cuatro especies. Las tres primeras constituían el *efecto material inmediato* del delito: 1) el resultado material permanente; 2) las huellas eventuales y permanentes del delito, y 3) los hechos materiales y permanentes que representan la prosecución del resultado delictivo. La cuarta especie tomaba en consideración los *medios inmediatos*, y estaba formada por “toda materialidad permanente y criminal que ha servido a la consumación del delito de una manera inmediata y efectiva”.⁴³

En términos similares, Florián sostenía que las “huellas y el cuerpo del delito deben entenderse en sentido amplio, esto es, en esta triple significación: como signos de la actividad del delincuente, como producto del delito (*corpus criminis*) y como medios e instrumentos empleados por el delin-

RANTÍAS CONSTITUCIONALES, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XII, agosto de 1993, p. 361; publicada también en *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, Tesis Relevantes, t. II, tesis 3805, p. 18.

⁴¹ Pozzo, Carlo Humberto del, voz “Corpo del reato”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1962, t. X, p. 650, y Florián, Eugenio, *De las pruebas penales*, trad. de Jorge Guerrero, Bogotá, Temis, 1969, t. II, p. 329, nota 18.

⁴² Framarino dei Malatesta, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Temis, 1981, t. II, p. 409. *Cursivas nuestras*.

⁴³ *Ibidem*, pp. 412-418.

cuenta (*corpus instrumentorum*)”.⁴⁴ Del Pozzo expresaba que en Italia en cada tribunal se había instituido expresamente una oficina de “cuerpo del delito”, donde los objetos que tenían relación con el delito eran registrados, identificados por números progresivos y custodiados bajo la vigilancia del jefe de las oficinas judiciales, personal de la cancillería, que era el responsable.⁴⁵

En el mismo siglo XV la noción del cuerpo del delito fue adoptada en el derecho procesal alemán, donde obtuvo formal consagración en la ordenanza de Carlos V, del 1532. Sin embargo, a partir de 1796 Klein propuso la expresión *Tatbestand* (hechos específicos o caso específico), como equivalente de *corpus delicti*, al que finalmente vino a sustituir, y la cual extendió su aplicación a las demás disciplinas jurídicas.⁴⁶ Algo similar ocurrió en Italia con el concepto de *fattispecie*, sobre todo dentro de la doctrina procesal.⁴⁷

En España también se llegó a utilizar la expresión “cuerpo del delito”. Escribche decía que se entiende comúnmente por cuerpo del delito “la cosa en que o con que se ha cometido un acto criminal, o en que existen señales de él...”; pero en rigor el *cuerpo del delito* no es otra cosa que la ejecución, la existencia, la realidad del delito mismo; y así, comprobar el *cuerpo del delito* no es más que comprobar la existencia de un hecho que merece pena.⁴⁸ Sin embargo, desde la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del 14 de septiembre de 1882, la base del auto de procesamiento no es la comprobación del cuerpo del delito, sino la existencia de indicios racionales de criminalidad. Sara Aragonese precisa que el auto de procesamiento tiene “que basarse en datos fácticos que, representando más que una mera posibilidad, y menos que una certeza, supongan por sí mismos la probabilidad de la comisión de un delito”.⁴⁹

En nuestro país, Fernando Lizardi, el autor de anteproyecto de artículo 19 dentro del proyecto reformas constitucionales que la Secretaría de Justicia preparó en 1916, tenía un concepto de cuerpo del delito similar al de Escribche. Lizardi sostenía que existe un principio aceptado por toda la jurispru-

⁴⁴ Florián, *op. cit.*, nota 18, t. II, p. 480.

⁴⁵ Del Pozzo, *op. cit.*, nota 41, p. 652.

⁴⁶ Falzea, Angelo, voz “Manifestazione (teoria generale)”, *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1975, t. XXV, p. 446.

⁴⁷ Cfr. Cataudela, Antonino, voz “Fattispecie”, *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1967, t. XVI, pp. y ss.

⁴⁸ Escribche, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, México, Manuel Porrúa, 1979, t. I, p. 531.

⁴⁹ De la Oliva Santos *et al.*, *op. cit.*, nota 19, p. 428.

dencia del derecho penal, conforme al cual “no se puede ni siquiera proceder a la detención, ni menos a la formal prisión de un individuo, mientras no esté comprobada la existencia de un hecho delictuoso y *comprobar la existencia de un hecho delictuoso, es comprobar el cuerpo del delito*”.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia tradicionalmente siguió, en alguna medida, los conceptos de cuerpo del delito de Framarino dei Malatesta y de Ortolan, quien lo definió como el conjunto de los elementos físicos o materiales de que se compone el delito.⁵⁰ Desde la quinta época, la Primera Sala sostuvo que “por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen el delito, con total abstracción del dolo, que se refiere sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito”.⁵¹ En la sexta época proporcionó una definición muy similar: “Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal”.⁵²

Por otro lado, la doctrina se había orientado a considerar que el cuerpo del delito se componía por todos los elementos que, en cada caso, integran el tipo, tanto los objetivos o materiales como los subjetivos y los normativos.⁵³ Esta concepción encontró sólido fundamento en las reformas de 1983 a los códigos de procedimientos penales: “El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal” (artículos 168 del Código Federal y 122 del Código del Distrito Federal).

La sustitución que se hizo en la reforma constitucional de 1993, de un concepto procesal como el de cuerpo del delito por el concepto de “elementos del tipo penal”, de origen netamente dogmático sustantivo, fue

⁵⁰ Ortolán, J., *Éléments de droit pénal*, 5a. ed., París, Librairie Plon, 1886, t. I, pp. 543 y 544. Para este autor, “le corps du délit n’est autre chose que le ensemble des éléments physiques, des éléments matériels dont se compose le délit. De même q’il n’y a pas d’homme sans des deux éléments physiques et des éléments moraux: ce sont les premières, dans trot leer ensemble, qui se nomment corps du délit”.

⁵¹ Tesis de jurisprudencia 64 (H) del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. II, pp. 677 y 678. Tomando en cuenta las reformas de 1993 y 1999 al artículo 19 de la Constitución, esta tesis aparece como histórica.

⁵² Tesis de jurisprudencia 66 (H), *ibidem*, pp. 678 y 679. En virtud de las reformas de 1993 y 1999 al artículo 19 de la Constitución, esta tesis aparece como histórica.

⁵³ García Ramírez, *op. cit.*, nota 20, pp. 466-469.

innecesaria, pues si lo que se deseaba era precisar cuáles eran los elementos del tipo a que ya se referían los artículos 168 y 122 de los códigos Federal y del Distrito de Procedimientos Penales, respectivamente, bastaba con adicionar dichos preceptos legales, sin tener que modificar la Constitución ni hacer la sustitución del concepto de cuerpo del delito, la cual trajo muchas confusiones en la práctica.

Como consecuencia de la reforma constitucional del 8 de marzo de 1999, que sustituyó el concepto de “elementos que integran el tipo penal” por el de “cuerpo del delito”, también se reformó el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, cuyo párrafo segundo define el cuerpo del delito en los siguientes términos: “Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de *elementos objetivos o externos* que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los *normativos*, en el caso de que la descripción típica lo requiera”.⁵⁴

En este ordenamiento, la comprobación del cuerpo del delito se refiere en todo caso a la prueba de los elementos objetivos; los elementos normativos deberán probarse cuando el tipo del delito que se impute al inculpado los prevea.⁵⁵

Es muy probable que la sustitución de los elementos del tipo por el cuerpo del delito no ponga fin al debate iniciado desde 1993 sobre estos dos conceptos.⁵⁶ Pero también es muy probable que ninguno de éstos pueda cumplir adecuadamente la función de servir de base para iniciar un proceso penal, porque en ambos se acumulan todos o la mayor parte de los elemen-

⁵⁴ El decreto de reformas y adiciones fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de mayo de 1999. Cursivas nuestras.

⁵⁵ El Quinto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito agrega que en el auto de formal prisión también deben ser analizados “los elementos subjetivos específicos cuando la descripción legal los contemple, con independencia de que el Juez de la causa los estime plenamente comprobados o no”. Tesis aislada I.5o.P.23 P, “ORDEN DE APREHENSIÓN. PARA SU DICTADO DEBEN ANALIZARSE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS CUANDO LA DESCRIPCIÓN TÍPICA LOS CONTEMPLA EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, octubre de 2002, p. 1414.

⁵⁶ Cfr. Bermúdez Molina, Estuardo Mario, *La libertad penal (cuerpo del delito y responsabilidad penal)*, tesis de doctorado, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales; 2001, Díaz-Aranda, *op. cit.*, nota 5; Mancera Espinosa, Miguel Ángel, “¿Elementos del tipo penal o cuerpo del delito?”, *Criminalia*, núm. 2, mayo-agosto de 1998; Romero Tequextle, Gregorio, *Cuerpo del delito o elementos del tipo penal; causalismo y finalismo*, 3a. ed., Puebla, OGS, 2000, y Sosa Ortiz, Alejandro, *Los elementos del tipo penal (la problemática de su acreditación)*, México, Porrúa, 1999.

tos del tipo penal cuya prueba se exige desde el inicio del proceso. Posiblemente la solución deba buscarse en una forma que permita que el proceso pueda iniciarse con base en una prueba que no sea plena, porque finalmente la prueba definitiva del delito debe producirse en el proceso, ante el juzgador penal, y no en la averiguación previa, ante el Ministerio Público.

En este sentido, estimamos acertada la interpretación que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha hecho del artículo 16 constitucional, en el sentido de que para expedir la orden de aprehensión “no se requiere que se encuentre acreditado plenamente el cuerpo del delito”, tomando en cuenta que en el procedimiento de la reforma constitucional de 1999 se expresó que la intención del Poder Reformador de la Constitución fue la de “flexibilizar los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión solicitada por el agente del Ministerio Público a través del ejercicio de la acción penal”; y que “debía dejarse para el proceso y la sentencia definitiva la acreditación plena del hecho delictivo, por lo que se consideró que para librar una orden de aprehensión se requería que existieran datos que acreditaran el cuerpo del delito”.⁵⁷ Aunque esta tesis se refiere específicamente a la orden de aprehensión prevista en el artículo 16 de la Constitución, las razones que expone son aplicables al auto de formal prisión o de sujeción a proceso, pues en ambos casos se exige que “existan datos que acrediten el cuerpo del delito” (artículo 16) o que “los datos que arroje la averiguación previa” sean “bastantes para comprobar el cuerpo del delito” (artículo 19).

Por otro lado, desde la quinta época la Suprema Corte ha sostenido que para motivar el auto de formal prisión “la ley no exige que se tengan pruebas completamente claras que establezcan de modo indudable la culpabilidad del reo; requiere únicamente, que los datos arrojados por la averiguación, sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”.⁵⁸

Si se requiriera que desde que se dicte el auto de formal prisión o de sujeción al proceso se probara plenamente el cuerpo del delito, durante la instrucción ya no tendría sentido ofrecer y aportar pruebas sobre los elemen-

⁵⁷ Cfr. la tesis aislada 1a. LVII/2004, “ORDEN DE APREHENSIÓN, PARA SU LIBRAMIENTO NO ES NECESARIO ACREDITAR EN FORMA PLENA EL CUERPO DEL DELITO”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XIX, mayo de 2004, p. 514. Al final de la tesis, se aclara que sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis 35/2004, en el Tribunal Pleno.

⁵⁸ Tesis de jurisprudencia 55 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. II, p. 40.

tos del delito, salvo los normativos, pues prácticamente todos ellos habrían quedado probados previamente. Las pruebas se tendrían que concentrar sólo en la culpabilidad del procesado o en la existencia de alguna causa de exclusión del delito o de licitud. Si desde el auto de formal prisión o de sujeción al proceso quedaran probados plenamente el cuerpo del delito y la probable responsabilidad inculpada, ¿cómo se podría aplicar el principio de presunción de inocencia,⁵⁹ cuando prácticamente se arrojaría al inculpa-do toda la carga de la prueba durante la instrucción?

3. *La probable responsabilidad*

El artículo 19 de la Constitución establece como requisito del auto de formal prisión (y del de sujeción al proceso) que exprese “los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para... hacer probable la responsabilidad del indiciado”. Tanto este artículo como el 16 se han referido, al menos desde 1917, a la *probable* responsabilidad; sin embargo, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia convirtieron con frecuencia a la *probable* responsabilidad en *presunta* responsabilidad, y al *probable* responsable en el *presunto* responsable. Entre la probable responsabilidad y la presunta responsabilidad hay enormes diferencias.

El artículo 19 de la Constitución requiere que los datos que arroje la averiguación previa sean bastantes para hacer probable la responsabilidad del indiciado, es decir, que esos datos sean suficientes para hacer verosímil, razonablemente creíble, que el inculpa-do participó responsablemente en la comisión del delito o los delitos por los que se va a seguir el proceso.⁶⁰ La misma palabra *indiciado* designa a la persona a la que los in-

⁵⁹ Principio que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia ha reconocido que se encuentra implícito en la Constitución Política. *Cfr.* tesis aislada P. XXXV/2002, “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 14. Dicho principio se encuentra vigente en nuestro país también por estar reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.2) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumentos que, al haber sido firmados y ratificados, son “ley suprema de la Unión”, conforme a lo que dispone el artículo 133 de la Constitución.

⁶⁰ El Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito sostiene que “probable proviene del latín *probabilis* y significa aquello de que hay buenas razones para creer, lo que es verosímil, lo que se funda en razón prudente; esto es, lo probable es un posible que más

dicios señalan como la probable responsable de la comisión del delito.⁶¹ En términos de la teoría de la probabilidad lógica, los datos que arroje la averiguación previa deben ser suficientes para considerar que la hipótesis de que el indiciado participó responsablemente en el delito o delitos en cuestión es razonablemente aceptable con base en los elementos de confirmación disponibles.⁶²

La probable responsabilidad del inculpado es una hipótesis razonablemente aceptada con base en los datos obtenidos en la averiguación previa, por lo que no releva al Ministerio Público de la carga y el deber de probar la plena responsabilidad del inculpado durante la instrucción del proceso, ni excluye la posibilidad de que el inculpado demuestre que tal hipótesis carece de elementos que la confirmen. La probable responsabilidad no excluye el principio de la presunción de inocencia, pues, al ser sólo una hipótesis razonablemente aceptada, permite que se siga considerando al inculpado inocente hasta que no sea condenado por sentencia firme.

El párrafo tercero del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone que la “probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad”.

En cambio, la presunta responsabilidad supone la presunción de que el inculpado es responsable, lo cual arroja sobre éste la carga de la prueba de

fácilmente puede ser que no ser”. Tesis aislada VI.1o.197 P, “AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA RESPONSABILIDAD DEL IMPUTADO DEBE SER PROBABLE Y NO PRESUNTA”, *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. VII, febrero de 1991, p. 152; publicada también con el número 3806 en el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, *Tesis Relevantes*, t. II, p. 1824. El mismo Tribunal Colegiado, siguiendo a la Primera Sala de la Suprema Corte, afirma que el artículo 19 de la Constitución establece “que para motivar tal auto privativo de la libertad, no se exige que se tengan pruebas completamente claras que establezcan de modo indudable la culpabilidad del inculpado, sino únicamente, como ya se dijo, que los datos arrojados por la indagatoria, sean los suficientes para justificar el cuerpo del ilícito y hacer en esa etapa procesal, probable la responsabilidad del acusado”. Tesis de jurisprudencia VI.1o. J/49, “AUTO DE FORMAL PRISIÓN. PARA DICTARLO NO SE REQUIERE PRUEBA PLENA DE RESPONSABILIDAD”, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. VII, mayo de 1991, p. 76, publicada también en *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. II, tesis 440, p. 257.

⁶¹ Martín Alonso define así al indiciado: “Que tiene contra sí la sospecha de haber cometido un delito”. *Enciclopedia del Idioma*, México, Aguilar, 1991, t. II, p. 3269.

⁶² Sobre esta teoría, véase Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, 2002, pp. 225-240.

su inocencia, por lo que no sólo excluye abiertamente el principio de presunción de inocencia, sino que es exactamente la expresión del principio contrario: el de presunción de culpabilidad, que rigió al procedimiento inquisitivo.⁶³

4. *El plazo*

En el texto original de la Constitución de 1917 el plazo dentro del cual el juez debía dictar el auto de formal prisión era de “tres días”, el cual se debía computar a partir del momento en que el indiciado quedaba sujeto a detención preventiva. La reforma constitucional publicada el 3 de septiembre de 1993, tomando en cuenta que en la legislación procesal penal ordinaria el plazo para dictar este auto se cuenta por horas, de momento a momento, determinó que el plazo era de setenta y dos horas, y que se debe computar “a partir de que el indiciado sea puesto” a disposición de la autoridad judicial.

Esta forma de iniciar el cómputo del plazo de setenta y dos horas ya estaba prevista en el párrafo segundo del artículo 197 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual, en su parte conducente, expresa:

Se entenderá que el inculcado queda a disposición del juzgador, para los efectos constitucionales y legales correspondientes, desde el momento en que la policía judicial, en cumplimiento de la orden (de aprehensión) respectiva, *lo ponga a disposición de aquél en la prisión preventiva o en el centro de salud.*

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha considerado que la puesta a disposición del inculcado debe ser hecha “en forma física o material en el centro de reclusión que se encuentre en el lugar de residencia del Juez de la causa”.⁶⁴

⁶³ Ovalle Favela, José y García Ramírez, Sergio, *Código Federal de Procedimientos Penales y Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República comentados*, 2a. ed., México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1985, p. 20. En este sentido, el Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito afirma que “el término presunción deviene del latín *preasuntio* y es la acción o efecto de presumir, sospechar (imaginar una cosa fundada en apariencias), conjeturar (sinónimo de augurar), juzgar por inducción ir de hechos particulares a una conclusión general, por lo que la expresión ‘presunta responsabilidad’ contradice abiertamente el principio de la presunción de inocencia o de inculpa-bilidad”. Los datos de esta tesis son los que se citan en la nota 60.

⁶⁴ *Cfr.* la tesis aislada 1a. CI/2001, “AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL. SU CÓMPUTO INICIA CUANDO EL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL PONE AL INCULPADO, FORMAL Y MATE-

Desde la reforma al artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de enero de 1988, se previó que *el plazo de setenta y dos horas puede prorrogarse, por una sola vez, hasta por otras setenta y dos horas*, cuando lo solicite el inculcado al rendir su declaración preparatoria para aportar las pruebas que estime pertinentes.

Esta posibilidad de ampliación del plazo para dictar el auto de formal prisión demostró su utilidad en el ámbito del proceso penal federal, al permitir al inculcado y al defensor contar con mayor tiempo para ofrecer y aportar pruebas de descargo.⁶⁵ Sin embargo, los autores de la reforma constitucional de 1993 no estimaron pertinente incorporarla en el texto reformado del artículo 19.

No fue hasta la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 8 de marzo de 1999, cuando se introdujo en el artículo 19 constitucional esta posibilidad de ampliación del plazo en cuestión, aunque no se señalaron las condiciones en las que el inculcado puede solicitarla ni el límite temporal dentro del cual puede otorgarse, sino que la regulación de estos puntos se dejó al legislador ordinario. La parte adicionada al párrafo segundo de este precepto constitucional dispone: “Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley”.

Por otra parte, es claro que no es suficiente el solo transcurso del plazo de setenta y dos horas y, en su caso, de su ampliación, para que juez pueda dictar el auto de formal prisión, sino que aquél debe dar cumplimiento a los actos procesales que la Constitución y las leyes procesales prevén que se desarrollen dentro de la preinstrucción, antes de que se dicte tal auto. Entre

RIALMENTE, A DISPOSICIÓN DE LA AUTORIDAD JUDICIAL EN EL CENTRO DE RECLUSIÓN QUE SE UBIQUE EN EL LUGAR DE RESIDENCIA DE ÉSTA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, diciembre de 2001, p. 186.

⁶⁵ El Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito ha sostenido que la reforma al artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales tuvo por objeto otorgar al inculcado “una mayor oportunidad de defensa, para que el juzgador resuelva teniendo en cuenta no sólo los datos que arroje la averiguación previa, sino también los elementos de prueba recabados dentro de dicho término y su ampliación, por lo que, si el juzgador omite estimar las pruebas del inculcado allegadas y desahogadas tanto en el término constitucional como en su extensión, tal hecho importa una violación a los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal”. Tesis de jurisprudencia V.2º.J/3, “AUTO DE FORMAL PRISION. AMPLIACION DEL TÉRMINO CONSTITUCIONAL”, publicada en *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, núm. 36, p. 54; publicada también en *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. II, tesis 455, p. 246.

otras cosas, el juez debe haber realizado la diligencia, que se denomina *declaración preparatoria*, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la consignación del inculcado, en la que debe hacer saber a éste el nombre de su acusador (denunciante o querellante), la naturaleza y causa de la acusación (denuncia o querella), a fin de que conozca el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo; en la misma diligencia, el inculcado puede rendir, si así lo desea, su declaración preparatoria (artículo 20, fracción III, de la Constitución).⁶⁶

El párrafo segundo del artículo 19 constitucional prevé que la prolongación de la detención preventiva en perjuicio del indiciado, más allá del plazo de setenta y dos horas y, en su caso, de su ampliación, será sancionada por la ley penal:

La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.⁶⁷

⁶⁶ El Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, al interrumpir una tesis de jurisprudencia, afirma que “tratándose de un auto de formal prisión sí es necesario satisfacer las formalidades esenciales del procedimiento en términos del artículo 160 de la Ley de Amparo en relación con el artículo 20 constitucional, como es el que deba ser escuchado el inculcado en preparatoria; estar asistido por defensor y aportar pruebas durante el término constitucional en el que se resolverá su situación jurídica, lo que constituye verdaderas formalidades esenciales que deben ser observadas”. Tesis aislada VII. P.99 P, “AUTO DE FORMAL PRISIÓN. DEBEN OBSERVARSE LAS FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, abril de 1999, p. 496. Véase también la tesis de jurisprudencia 4182 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, Precedentes Relevantes*, t. II, p. 2037, con el rubro: “DECLARACIÓN PREPARATORIA, FALTA DE VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL RECLAMABLE EN AMPARO INDIRECTO”, así como la tesis aislada VII.1o.P.149 P, “DECLARACIÓN PREPARATORIA DEL INculpADO. SU OMISIÓN CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN DIRECTA AL ARTÍCULO 20, FRACCIÓN III, CONSTITUCIONAL, QUE OBLIGA A REPONER EL PROCEDIMIENTO A PARTIR DEL AUTO DE RADICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN MINISTERIAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXII, septiembre de 2005, p. 1441.

⁶⁷ Esta parte del párrafo segundo proviene de la que fue fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución. La reforma de 1993 trasladó el contenido de la fracción XVIII del artículo 107, con las adecuaciones necesarias, al párrafo segundo del artículo 19 y derogó aquella fracción.

El juez que no dicte el auto de formal prisión dentro del plazo de setenta y dos horas y, en su caso, de su ampliación, incurriría en el delito contra la administración de justicia previsto en el artículo 225, fracción XVII, del Código Penal Federal. Las autoridades responsables que no pongan en libertad al indiciado, cuando hayan transcurrido el plazo mencionado y su ampliación, más las tres horas que indica el párrafo segundo del artículo 19 constitucional, sin recibir una copia autorizada del auto de formal prisión, cometerían el delito de abuso de confianza, en los términos señalados en el artículo 215, fracción VII, del mismo Código Penal.⁶⁸

Por último, el artículo 38, fracción II, de la Constitución establece que se suspenderán los derechos o prerrogativas de los ciudadanos (que se señalan en el artículo 35 de la propia Constitución), por “estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión”. Sin embargo, tomando en cuenta que el artículo 46 del Código Penal Federal prevé que la suspensión de los derechos políticos comenzará desde que la sentencia que imponga una pena de prisión “cause ejecutoria”, el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito ha considerado que esta disposición amplía la garantía que deriva del artículo 38 de la Constitución y difiere la imposición de la suspensión de los derechos políticos hasta que cause ejecutoria la sentencia, por lo que “la resolución del juez instructor que ordena la suspensión de derechos políticos del inculcado desde el auto de formal prisión vulnera en su perjuicio las garantías contenidas en los artículos 14, tercer párrafo, y 16, primer párrafo, ambos de la Constitución Federal”.⁶⁹

⁶⁸ Zamora-Pierce, *op. cit.*, nota 24, pp. 88-90.

⁶⁹ Tesis aislada I.10o.P.20 P, “SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS DEL INculpADO. LA RESOLUCIÓN DEL JUEZ INSTRUCTOR QUE LA ORDENA DESDE EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, VULNERA LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 14, TERCER PÁRRAFO, Y 16, PRIMER PÁRRAFO, AMBOS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, septiembre de 2005, p. 1571.