

## **La iniciativa de reformas a los artículos 16 y 19 Constitucionales**

**Lic. Guillermo Velasco Félix**

*Magistrado de Circuito*

**E**l anuncio de reformas constitucionales causa conmoción jurídica, pues no siempre es el resultado de un estudio cuidadoso, cauteloso y armónico de otros preceptos jurídicos de nuestro Derecho Positivo.

Y así, como cruel ironía, se considera a nuestra Constitución "rígida", siendo que en la realidad no es así. El maestro y doctor en derecho fiscal por la Universidad Nacional Autónoma de México, Arturo Urbina Nandayapa, en su obra *Los Delitos Fiscales en México*, presenta un interesante cuadro respecto de las modificaciones a los 136 artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que, desde 1920 y, hasta 1997, sumaban 356, haciéndose notar que la profusión reformadora es a partir del Presidente Luis Echeverría con 36, del licenciado José López Portillo con 32, del licenciado Miguel de la Madrid con 61, del Presidente Carlos Salinas con 49 y, en lo que va del régimen del Doctor Ernesto Zedillo, son ya 52, así se demuestra la gran facilidad para lograr reformar nuestra Ley Fundamental.

El 9 de diciembre de 1997, el Presidente de la República Ernesto Zedillo envió a la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, una Iniciativa de Decreto que pretende Reformar los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de nuestra Constitución.

El presente trabajo sólo se ocupará, brevemente, de hacer algunas reflexiones o comentarios relacionados con la iniciativa de reformas a los artículos 16 y 19 de nuestra Constitución General de la República.

Es plenamente sabido que el legislador cumple la función de un observador de la vida social y a él compete, constitucionalmente, dar satisfacción a las necesidades colectivas a través de la creación de las disposiciones legales adecuadas para tal fin.

La iniciativa en comento, que motivará al constituyente permanente para reformar los artículos constitucionales 16 y 19 entre otros, en su exposición de motivos destaca que "A la luz de la legislación actual, las instancias procuradoras de justicia encuentran serios obstáculos para hacer frente" a la delincuencia organizada por los grandes capitales obtenidos de actividades ilícitas, por el enorme poder corruptor, tecnologías avanzadas y sofisticado armamento a su servicio.

A lo anterior hay que destacar la notoria desigualdad que se advierte, pues mientras la autoridad es sometida al principio de legalidad, marco rígido dentro del que debe actuar, incluyendo el legislador cada vez mayores tecnicismos y requisitos que complican y dificultan la persecución y aplicación de la Ley Penal, los delincuentes se mueven libremente, actuando con el factor sorpresa y siempre en el momento que más les favorece, incluyendo las complicaciones legales, pues para ello cuentan con sus especialistas que los asesoran constantemente.

Se dice correctamente en la aludida exposición de motivos, que desde la expedición de la Constitución de 1917, el artículo 16 no se había modificado, siendo la primera ocasión en 1993, en la que incorrectamente se establecieron los mismos requisitos para librar una orden de aprehensión, que los requeridos para el auto de formal prisión.

Es oportuno mencionar que, antes de esa reforma, para que la autoridad judicial librara una orden de aprehensión, sólo se requería que el Ministerio Público acreditara la probable responsabilidad del indiciado y, a partir de esa enmienda constitucional se impuso el requisito de acreditar los elementos del tipo penal (objetivos, subjetivos y normativos) según se enuncia en tal exposición y, además la probable responsabilidad del indiciado.

Con sinceridad poco usual, se reconoce en dicho documento, en forma textual, lo siguiente acerca de la reforma de 1993:

Dicha reforma consideró posiciones y teorías de escuelas que han tenido éxito en otras naciones. Sin embargo, hoy queda claro que no correspondían plenamente al desarrollo del derecho penal mexicano.

Y agrega, como importante información, que:

Después de cuatro años de aplicación del nuevo texto constitucional se advierte que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados. Por el contrario, éste ha permitido que frecuentemente, por tecnicismos legales, presuntos delincuentes evadan la acción de la justicia. Basta decir que en 1997, de todas las averiguaciones previas consignadas ante la autoridad judicial, no se obsequiaron órdenes de aprehensión en más del 20 por ciento.

Llega tal exposición de motivos a la importante conclusión, en el sentido de que: "el grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al Ministerio Público desde la averiguación previa, evita el enjuiciamiento de presuntos responsables, provocando consecuentemente, mayor delincuencia e impunidad".

No obstante tan importantes y sinceras consideraciones, se estima que para remediar el desajuste creado en el sistema procesal penal mexicano, en lugar de aceptar la sabiduría del original texto constitucional en este aspecto, ahora se sugiere que es suficiente "la acreditación de la *probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal*, así como la probable responsabilidad del indiciado".

A lo anterior debe decirse que resulta y se requiere de un severo ejercicio mental, pensar en el debido cumplimiento de la *probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal*, pues respecto de éstos, es difícil probar elementos del tipo sólo como una probabilidad, toda vez que en esta materia no puede haber esas presunciones. La realidad es que sólo puede aceptarse la existencia de los elementos del tipo, aun cuando se diga que sólo se refiere a los *objetivos*, con total abstracción de los subjetivos y normativos, sin embargo, de aceptarse tal propuesta, seguramente se hará el esfuerzo de su estricto cumplimiento hasta su total depuración.

Lo anterior nos hace recordar el criterio jurisprudencial de la Primera Sala de la Suprema Corte, cuando existía el concepto "Cuerpo del Delito", al respecto se decía que por tal debía entenderse "el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de

la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal”, criterio que aparece publicado en la página 545, como Tesis 848, del último apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* que abarca los años de 1917-1995. Segundo Tomo.

O sea que, con la mejor disposición de cumplir con pulcritud tal requisito deberá razonarse en la orden de aprehensión, que es probable que existan los elementos objetivos del tipo penal y que se hace probable la responsabilidad del indiciado, estimándose que ello generará tremendas complicaciones al momento de aplicación del precepto constitucional que, en su sencillez original traía aparejada su dificultad, más aún cuando se le complica de la manera que se propone.

Decía el distinguido procesalista y ministro de la Suprema Corte, Don Manuel Rivera Silva, que algunos especialistas tenían la virtud de complicar lo sencillo. Desde luego que una gran sabiduría encierran tales palabras, si pensamos que el Ministerio Público debe concentrar su atención en la prueba de presunciones de responsabilidad de un indiciado, ello sería suficiente para que el Juez Penal calificara la legalidad de su actuación y se procediera contra el presentado con la base jurídica de la averiguación previa, pero si a ello se le agrega que el Ministerio Público debe además integrar la prueba de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, puede acontecer que la solicitud de aprehensión que haga el representante social, genere que en algunos casos, sin hacer pronósticos de porcentajes, no se libren órdenes de aprehensión, porque no se considere por el Juez correctamente integrado este requisito previo de difícil cumplimiento.

Lo deseable será que en materia tan delicada y, ante la multiplicación de la delincuencia, se adopten fórmulas sencillas de fácil cumplimiento, pero ello no quiere decir que se libren órdenes de aprehensión con base en simples sospechas, sino que las que se emitan, contengan el estudio exhaustivo de la probable responsabilidad de un indiciado en la comisión de un delito descrito en el Código Penal para el D.F. y que contenga pena privativa de libertad, siendo suficiente con ese estudio para fundar y motivar la orden de captura, que debe emitirse sin complicaciones de orden técnico o doctrinario.

No obstante lo anterior, la redacción del segundo párrafo que se propone modificar, contiene el acierto de suprimir la palabra que

constantemente se había criticado y que en ocasiones se dijo que no eran sinónimas, me refiero a los conceptos "Denuncia, Acusación o Querella", que contiene el texto vigente, como medio indispensable para iniciar el procedimiento penal. Ahora se presentan con pulcritud sólo las palabras "Denuncia o Querella".

Ciertamente resultaba inadecuado incluir la "Acusación" como medio para que pudiera librarse la orden de aprehensión, si se toma en cuenta que el acusador es parte en el juicio, puesto que en nuestro sistema, el Ministerio Público es el órgano de la acusación, quedando sólo el denunciante y el querellante, como los únicos que hacen del conocimiento del órgano que ejerce la acción penal y que se convertirá en el acusador al formular sus conclusiones en el procedimiento penal.

Se advierte que no obstante ser el Derecho Penal eminentemente social, se han incrementado los delitos que sólo pueden perseguirse por querrela de parte ofendida, como requisito de procedibilidad para iniciar la fase de averiguación previa, dejándose abierta la posibilidad de otorgar el perdón. Si es ante el Ministerio Público, para que no ejerza la acción penal y si se está ante la autoridad jurisdiccional, deberá ser antes de que se pronuncie la sentencia de segunda instancia. Determinándose que "una vez otorgado el perdón", ya no podrá revocarse y ya no hace falta, por tanto, que se consulte al acusado si lo acepta, porque al ser irrevocable surte sus efectos de inmediato.

En la última reforma del artículo 93 del Código Penal para el Distrito Federal, al que nos estamos refiriendo, que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 1994, se le da una extensión absoluta al disponer en el último párrafo con el que se le adicionó, que el perdón otorgado por el ofendido o por el legitimado, en los delitos que sólo pueden perseguirse por declaratoria de perjuicio, *extingue la ejecución de la pena*, estableciéndose que ello sólo es posible cuando "se otorga en forma indubitable ante la autoridad ejecutora".

Con lo anterior, se reafirma el acierto de suprimir la palabra Acusación, al tener ahora la querrela esas posibilidades amplísimas, que normalmente se dan cuando el querellante obtiene la satisfacción de sus intereses o derechos, dándose el caso en que se puedan beneficiar todos los inculpados y hasta el encubridor.

Ahora bien, en relación con la modificación que se pretende realizar al artículo 19 constitucional, relativo al auto de formal prisión, se estima adecuada, haciéndose notar en la exposición de motivos que desde la reforma que se hizo de este precepto en 1993, se pretendió hacer patente la garantía de seguridad jurídica en favor del inculpado, precisando la materia del debido proceso legal, al determinarse con claridad el tema del proceso penal, o sea el tipo de conducta delictiva respecto de la cual debía juzgársele, pues también la Constitución ordena que el proceso penal debe seguirse por el delito que señala el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

Se hace notar asimismo, que la reforma anterior sustituyó el concepto "cuerpo del delito" por el de "elementos del tipo penal", pues al hablar del cuerpo del delito, tal como lo definió la Jurisprudencia de la Suprema Corte, sólo debían estar acreditados los elementos objetivos del delito, en tanto que el texto vigente ordena que se deben acreditar los elementos del tipo penal, tanto objetivos como subjetivos e incluso los normativos, así como la probable responsabilidad del indiciado.

En la aludida exposición de motivos, se expresa que los últimos criterios que ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación han hecho aún más rígido el acreditamiento de los elementos del tipo penal. Para sustentar lo anterior, se hace cita equivocada del contenido de la tesis jurisprudencial 6/97, pues en tal número de clasificación se refiere al tema que modificó el criterio anterior, en el sentido de que, en el auto de formal prisión deben incluirse las modificativas o calificativas del delito, contenido en los hechos materia de la consignación, pero no los 10 elementos que se mencionan, pues éstos no fueron incluidos en la tesis que se alude sino que forman parte de una de las tesis que fue materia de la contradicción y que resolvió la Primera Sala de la H. Suprema Corte, concretamente el criterio que sustentó el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, con residencia en la Ciudad de Puebla, estado del mismo nombre, tesis que, en confrontación con la sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, con residencia en Ciudad Victoria, Tamaulipas, sólo subsistió como Jurisprudencia el texto que se publicó como tesis jurisprudencial de la Primera Sala de la Suprema Corte, número 6/97, que dirime un antiguo problema, consistente en que:

Se había considerado que las modificativas o calificativas del delito no podían ser materia del auto de formal prisión, pues tales temas sólo podían tratarse en la sentencia definitiva con la cual concluía el proceso penal.

Tal criterio también surgió al dirimir tesis contradictorias, pues mientras un Tribunal Colegiado de Circuito sostenía que las modalidades del delito, cuando las hacía notar y razonaba el Ministerio Público en la consignación, debían ser materia de estudio del órgano jurisdiccional, ello como un principio de seguridad jurídica procesal, pues con tal criterio el acusado podía defender el tema del proceso al desarrollarse éste, en tanto que si se reservaba hasta la sentencia definitiva tenía como consecuencia que hasta que se formulaban las conclusiones por el representante social, en el cual pedía que se aplicaran las calificativas del delito, surgían como sorpresa procesal, con notoria desventaja para el procesado, pues la calificativa del delito se formalizaba cuando sólo tenía un término perentorio para defenderse, toda vez que si no había sido materia del proceso, el defensor no tenía por qué presentar pruebas durante el mismo para desvirtuarlo, pues era un tema que no estaba definido en el auto de formal procesamiento.

No obstante lo anterior, surgió la jurisprudencia que se menciona causando grave conflicto procesal, especialmente cuando entró en vigor el 20 de enero de 1994 la reforma al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, actualmente en vigor, el cual dispone que el Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y que la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos y que tales elementos son los siguientes:

- I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido:
- II. La forma de intervención de los sujetos activos y:
- III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el referido tipo penal requiere:

- a) Las calidades del sujeto activo y del pasivo:

- b) El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión;
- c) El objeto material;
- d) Los medios utilizados;
- e) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;
- f) Los elementos normativos;
- g) Los elementos subjetivos específicos; y,
- h) Las demás circunstancias que la ley prevea.

Agregándose que:

para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad. Que, los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la Ley.

Para mayor claridad, es oportuno referirse al texto de la tesis de Jurisprudencia 6/97, la que a la letra dice:

**AUTO DE FORMAL PRISION. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES: AUTO DE FORMAL PRISION, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL; QUEDO SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTICULO 19 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES.**—La primera parte del primer párrafo del artículo 19 de la Constitución General de la República, reformado por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, estatuye que: ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. Dentro de este contexto normativo, es obligación constitucional y legal de todo juzgador al emitir un auto de formal prisión, determinar cuáles son, según el delito de que se trate, atribuido al inculpado, los elementos del tipo penal, a fin de que quede precisada no sólo la figura delictiva básica, sino que además de ser el caso, se

configure o perfile su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el dictado del auto de formal prisión surte el efecto procesal de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso al inculcado, y por tanto deben de quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo en su caso, las modificativas o calificativas que de los hechos materia de la consignación se advierta por el juzgador, que surjan.

Fue esa la razón por la cual la tesis jurisprudencial antes aludida, no incluyó los requisitos que se expresan en la exposición de motivos pues son los que se establecen en el Código Procesal; lo que sí debe hacerse notar, es que respecto de tal precepto procesal, no se propone modificación alguna, lo que pudiera generar discrepancia, pues de acuerdo con la reforma que se propone, existe la pretensión de que ahora la autoridad jurisdiccional tiene que cumplir con los requisitos que se enuncian en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional, cuando se pronuncia auto de formal prisión, o sea que con base en el material probatorio, deberá estudiarse si se justifica la existencia de los elementos objetivos del tipo penal y la probable existencia de los demás elementos del delito de que se trate, así como la probable responsabilidad del indiciado.

Se pretende evitar, según se dice en la exposición de motivos, que la actividad del Ministerio Público y del Juez, antes del proceso legal, sea una verdadera etapa de instrucción, es decir, un juicio sumario y, a continuación se enuncia que "el proceso penal no debe estar limitado únicamente a la acreditación de la plena responsabilidad del inculcado", pues es durante la averiguación previa y la consignación cuando se acreditan todos y cada uno de los elementos del tipo penal.

Lo anterior se advierte contradictorio con lo que se pretende, pues si la exigencia del nuevo texto constitucional que se presenta, se refiere únicamente a que se acredite la plena existencia de los elementos objetivos y la probable existencia de los demás elementos del tipo penal del delito que se impute a dicho indiciado y hagan probable su responsabilidad; es lógico considerar que durante el proceso tiene que encontrarse la plenitud probatoria de los demás elementos del tipo penal y que en la formal prisión solamente se analizó su probable existencia. De tal suerte que sólo es un error en el planteamiento que se realiza de la exposición de motivos, pues es claro y también lógico el texto como se propone modificar, entre los cuales debe pensarse que

se incluyen las modalidades del delito, o sea que deben estudiarse y ser materia del proceso las calificativas y las atenuantes que puedan tenerse en el auto de formal prisión como existencia probable y que la plenitud de prueba pueda entonces sí analizarse en la sentencia definitiva, con lo cual satisface las dos corrientes de opinión que se contraponían en otro momento y que generaron escándalo social.

Un acierto del texto que se propone modificar, es el relativo a la prórroga del término constitucional que puede hacerse sólo a petición del indiciado. Esto generó gran inquietud cuando se propuso la ampliación del término constitucional, sólo en el Código Federal de Procedimientos Penales, en el artículo 161 fracción IV al crearse un segundo párrafo, que entró en vigor 60 días después de la publicación que se hizo el 12 de enero de 1988, párrafo. En éste se autorizaba a los jueces de Distrito para que en los procesos federales sólo cuando el inculpado lo solicitaba por escrito o por conducto de su defensor, al rendir declaración preparatoria, por así convenir a sus intereses se ampliara el término que establecía el artículo 19 constitucional con otras 72 horas para hacerle posible el desahogo de los elementos probatorios que debían ser sometidos al conocimiento de la autoridad judicial que debía resolver la situación jurídica del acusado. El mencionado texto legal agregaba que, el Ministerio Público no podía solicitar tal prórroga pero sí formular alegatos y hacer las promociones que correspondieran al interés social, sin que el Juez Instructor pudiera resolver de oficio sobre la citada ampliación.

Tal precepto generó grandes inquietudes al estimar que la ley secundaria estaba reformando el texto constitucional, no sólo en el artículo 19, sino también en el límite de 72 horas que tenían, tanto el encargado del Centro de rehabilitación social, como la responsabilidad que le resultaba al juez que no resolvía dentro del aludido término constitucional, considerándose por ello que se afectaba el precepto constitucional de que se trata.

Otra corriente de opinión estimó que las garantías constitucionales podían ampliarse pero no restringirse y que si la ampliación del término resultaba en beneficio del acusado se enriquecía la garantía constitucional, aun cuando la citada ampliación del término chocara abierta y notoriamente con lo que entonces expresaba la fracción

XVIII del artículo 107 constitucional y que ahora forma parte del texto legal del artículo 19 como es bien conocido.

Sin embargo, esa discrepancia tuvo graves repercusiones, pues algunos jueces de Distrito no aceptaban la ampliación del término constitucional, aduciendo que el texto de nuestra Ley Fundamental no lo autorizaba, mientras otros argumentaban que tenía que respetarse el texto expreso del Código Federal de Procedimientos Penales antes aludido, cuestiones que no pudo resolver una instancia superior, por obvias razones, pues si el tiempo había transcurrido resultaba absurdo que se concediera un amparo para el efecto de que se otorgara la ampliación del término, siendo que existía la posibilidad procesal del incidente de libertad por desvanecimiento de datos.

Es por ello loable que se modifique el texto constitucional en la propuesta cuya letra dice que, el término de 72 horas "podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado en la forma que señale la Ley y que la prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la Ley Penal", reiterándose que si la autoridad donde se encuentre internado el indiciado, dentro del término de 72 horas no recibe copia autorizada del auto de formal prisión o de "aceptación de la solicitud de prórroga", deberá llamar la atención del Juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término y que si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Con la modificación del texto constitucional en la forma en que se presenta en la iniciativa en comento, se aclaran debidamente todas aquellas dudas y colusiones de opinión que se generaron al reformarse sólo la Ley Secundaria y que mucho tiempo después se dio también esa posibilidad en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Por todo lo anterior, debe concluirse que la reforma al artículo 16 Constitucional, en la parte relativa a la orden de aprehensión podrá generar problemas de interpretación al momento de su aplicación. En tanto que el artículo 19 con las reformas que se proponen dará mayor seguridad jurídica al dirimir antiguos conflictos que se habían presentado y que se habían considerado como antinomias constitucionales en materia penal.

Quedará siempre la inquietud de que no deben hacerse reformas parciales que afecten al sistema procesal penal mexicano en su conjunto, porque se tiene el tiempo suficiente para meditar en una reforma integral de los preceptos constitucionales que forman la infraestructura del Derecho Penal, así como del Código Penal y de los Códigos de Procedimientos Penales. Sería deseable que surjan al mismo tiempo y en forma congruente tales reformas, con la pretensión de modernizar o actualizar todo el sistema penal de nuestra patria, para dar mejores medios a la autoridad para contener a la delincuencia desbordada, que rompe los principios de preservación del orden social con todas las clarísimas y graves consecuencias que ello genera. Sería lo mejor, que la reforma integral que deba realizarse, sea la síntesis de opiniones valiosas y de la experiencia y no simplemente adoptar teorías extranjeras ajenas a nuestro sistema, que por años se ha ido perfeccionando. Sólo así podrá lograrse la seguridad jurídica que brinde felicidad y tranquilidad a la población.

**Esta obra se terminó de imprimir  
el 12 de junio de 1998.**

**La edición consta de 1,000 ejemplares.**