



263
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
de México

"CAMPUS ARAGON"

"ANÁLISIS DE LAS REFORMAS SOBRE
LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES
PARA DICTAR UNA ORDEN DE
APREHENSION."

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOSE SINAR MANUEL ROMAN

MEXICO 1995

FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A G R A D E C I M I E N T O S

DOY GRACIAS A DIOS:

SEA CUAL FUERE LA CONCEPCIÓN QUE CADA QUIEN TENGA DE ÉL... POR PERMITIRME EXISTIR.

A MIS PADRES QUERIDOS:

ALFONSO MANUEL GUZMAN.

ALFONSA ROMAN CORONEL.

PORQUE SIEMPRE HAN FORTALECIDO MI ANIMO A SEGUIR ADELANTE.
CON INMENSO CARIÑO Y ETERNA GRATITUD, ESTA RECOMPENZA POR SUS
ESFUERZOS Y SACRIFICIOS, ADEMÁS DE QUIENES CON SU NOBLEZA Y
TENACIDAD LOGRARON JUNTO CONMIGO LLEGAR A ESTA META.

A MI ESPOSA:

SILVIA SANTIAGO CRUZ.

A QUIEN AGRADEZCO LA MOTIVACIÓN, Y EL APOYO QUE ME HA BRINDADO EN
NUESTRO ANDAR JUNTOS.

A MIS HIJOS:

MAGALY Y JOSE ALFONSO.

PORQUE USTEDES SON LA FUERZA QUE MOTIVA MI EXISTENCIA, Y EL ESTIMULO Y ANIMO DE TODA SUPERACION; LOS AMO.

A MIS HERMANOS:

CARLOS, VIDAL, OLIVA, TOMAS, ESPERANZA Y ALFONSO.

SOMOS FRUTO DE UN MISMO ARBOL, QUE LAS RAMAS DE LA VIDA NO NOS SEPAREN, PORQUE SIEMPRE SIGAMOS UNIDOS, POR SU APOYO Y CARINO RECIBAN ESTE TRABAJO.

A MI HERMANO LIC. ELIUD MANUEL ROMAN.

POR TODO EL APOYO BRINDADO Y A FIN DE CONSERVAR NUESTRA UNIDAD Y FUERZA.

A MI ASESOR LIC. JUAN JESUS JUAREZ ROJAS.

CON GRATITUD Y RESPETO POR LA AYUDA PROPORCIONADA PARA LA ELABORACION Y CULMINACION DEL PRESENTE TRABAJO.

AL LIC. ENRIQUE NAVARRO SANCHEZ.

MI AGRADECIMIENTO Y ADMIRACIÓN POR SER UNA PERSONA TAN NOBLE Y SENCILLA, POR SU INCONDICIONAL AMISTAD Y POR TODA SU AYUDA Y SUGERENCIAS, SIN LA CUAL HUBIERA SIDO MUY DIFÍCIL LLEGAR A ÉSTE MOMENTO.

A MIS MAESTROS:

PORQUE CADA UNO DE ELLOS, AYUDARON A DESARROLLAR MIS CAPACIDADES COMO PERSONA Y COMO PROFESIONISTA.

AL HONORABLE JURADO:

LIC. BERNABE LUNA RAMOS.

LIC. MARIA GUADALUPE DURAN ALVARADO.

LIC. JUAN JESUS JUAREZ ROJAS.

LIC. SERGIO FIDEL FLORES MUÑOZ.

LIC. ANA MARIA GONZALEZ LANDERO.

CON RESPETO Y GRATITUD POR SU VALIOSA AYUDA, Y POR CONTRIBUIR A LA CRISTALIZACIÓN DE MIS MÁS CARO ANHELO, SER UN PROFESIONAL TITULADO.

A LA U N A M :

POR DARME LA OPORTUNIDAD DE REALIZAR UNA CARRERA PROFESIONAL.

INDICE

INTRODUCCION..... 1

CAPITULO PRIMERO.

ASPECTOS HISTORICO-LEGISLATIVOS DE LOS REQUISITOS PARA DICTAR
UNA ORDEN DE APREHENSION.

1.1. EVOLUCION HISTORICA-LEGISLATIVA.....	1
1.2. INFLUENCIA DEL DERECHO COMPARADO.....	11
1.3. JUSTIFICACION DE LA DETENCION DE UNA PERSONA.....	15

CAPITULO SEGUNDO.

PROCEDIMIENTO PARA LA ORDEN DE APREHENSION.

2.1. CONCEPTO DE ORDEN DE APREHENSION.....	22
2.2. CAUSAS POR LAS QUE SE PUEDE NEGAR LA ORDEN DE APREHENSION.....	28
2.3. RECURSOS ANTE LA NEGATIVA DE UNA ORDEN DE APREHENSION....	31
2.4. ARTICULO CUARTO DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	35
2.5. ORDEN DE REAPREHENSION.....	37

CAPITULO TERCERO.

INSTITUCIONES AFINES A LA ORDEN DE APREHENSION.

3.1. LA FLAGRANCIA Y LOS CASOS URGENTES.....	41
3.2. LA ORDEN DE COMPARECENCIA.....	49

3.3. LA ORDEN DE PRESENTACION.....	59
3.4. EL ARRESTO.....	64

CAPITULO CUARTO.

REQUISITOS CONSTITUCIONALES PARA DICTAR UNA ORDEN DE APREHENSION.

4.1. QUE CONSTE EN MANDAMIENTO ESCRITO.....	67
4.2. QUE LO DICTE UNA AUTORIDAD COMPETENTE.....	71
4.3. QUE PRECEDA DENUNCIA ACUSACION O QUERRELLA.....	75
4.4. QUE SEA DE UN HECHO DETERMINADO QUE LA LEY SENALE COMO DELITO SANCIONADO CUANDO MENOS CON PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.....	84
4.5. QUE SE ACREDITEN LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.....	87
4.6. QUE SE ACREDITE LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INDICIADO.....	98

CAPITULO QUINTO.

ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y LA PROBABLE
RESPONSABILIDAD PENAL.

5.1. ELEMENTOS OBJETIVOS.....	103
5.2. ELEMENTOS SUBJETIVOS.....	108
5.3. ELEMENTOS NORMATIVOS.....	114
5.4. LA PROBABLE RESPONSABILIDAD PENAL.....	120
CONCLUSIONES.....	130
BIBLIOGRAFIA.....	140

I N T R O D U C C I O N

Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 3 de septiembre de 1993, en vigor al día siguiente se reformaron los artículos 16, 19, 20 y 119, y se derogó la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cobrando especial relevancia para nuestro estudio el primero de los artículos mencionados al establecerse en su nuevo párrafo segundo, los requisitos para librar una orden de aprehensión, considerando que la libertad es el bien más valioso después de la vida y el eje mismo sobre el cual gira la totalidad del drama penal, misma que se ve afectada por el libramiento de una orden de aprehensión lo que implica la necesidad de analizar en forma detenida los requisitos para obsequiar una orden de aprehensión, observándose que se mantiene en el texto reformado la exigencia de que la orden de aprehensión sea dictada por la autoridad judicial como regla general para que un gobernado pueda ser afectado en su libertad para los fines del proceso penal, y de que exista previamente denuncia acusación o querrela, pero en seguida abandona la expresión de que se trate de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, estableciéndose en su lugar "de un hecho determinado que la ley señale como delito sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado". Cabe señalar que es al Ministerio Público a quien le corresponde verificar que se cumpla esta condición, al momento de ejercitar la acción penal y solicitar la orden de aprehensión y al juzgador al momento de

resolver sobre dicha solicitud, por supuesto que el requisito de cuando menos con pena privativa, se satisface si la pena privativa de libertad no está señalada como alternativa con otra que no afecte la libertad de la persona pues en caso contrario no puede haber lugar a prisión preventiva y lo que debe hacer el representante social es la solicitud de la correspondiente orden de comparecencia. Otra de las innovaciones es la expresión "que se acrediten los elementos del tipo penal", requisito que se encuentra acorde con lo señalado por el artículo 19 constitucional, para el auto de formal prisión; y estos elementos son los contenidos en la descripción típica hecha en la ley; en tal virtud el representante social sólo hará la consignación y la solicitud de la orden de aprehensión si con los datos que ha arrojado la averiguación previa se han acreditado los elementos del tipo penal del delito que se atribuye al autor o participe así como su probable responsabilidad. Las excepciones a esta regla es la flagrancia y los casos urgentes.

Con ello dichas reformas constitucionales, y su reglamentación en las leyes sustantivas y adjetivas de la materia buscan el constante perfeccionamiento de nuestras garantías individuales con la finalidad de salvaguardar los derechos humanos, frente al abuso del poder y frente al embate de la delincuencia, creando con ello mayor seguridad en las resoluciones judiciales, mayormente cuando se trata de afectar un bien tan preciado como lo es la libertad personal; superándose de esta manera la ambigüedad del texto anterior en el que no señalaba la obligación de probar el hecho penalmente relevante pues la mención de pruebas sólo se refería al aspecto de la probable responsabilidad.

Es claro que la reforma al artículo 16 de la carta magna, es sin duda un notable esfuerzo para fortalecer las garantías individuales de los gobernados.

El presente trabajo de investigación consta de cinco partes; la primera de ellas comprende la evolución que ha tenido la protección a la libertad personal, remontándonos a Roma, España e Inglaterra, dado que la jerarquía de la garantía de libertad es una de las que encuentra antecedentes más lejanos; y en relación a nuestro país tratamos los antecedentes legislativos de los requisitos para dictar una orden de aprehensión, desde la colonia incluyendo las más recientes reformas y adiciones que ha tenido el artículo 16 constitucional.

En el segundo capítulo se realiza un estudio sobre el concepto de orden de aprehensión, las causas por las que se puede negar y los recursos con que cuentan las partes ante la negativa de la orden de aprehensión por parte del juzgador, así como las situaciones que se presentaban al interpretar el texto anterior del artículo 4o. del Código Adjetivo, además de los casos en que procede la orden de reaprehensión.

El tercer capítulo se integra con el estudio de las instituciones afines a la orden de aprehensión, dada su relación con la misma, como es el caso de la flagrancia, los casos urgentes, la orden de comparecencia, la orden de presentación y el arresto, como instituciones que vulneran o en su caso limitan la libertad personal de los gobernados.

En el cuarto y quinto capítulos, base de la presente investigación, se realiza el análisis de los requisitos constitucionales para dictar una orden de aprehensión en una forma más detallada en aquellos casos en que resultan innovaciones como sucede con las expresiones siguientes "que sea de un hecho determinado que la ley señale como delito sancionado cuando menos con pena privativa de libertad; que se acrediten los elementos del tipo penal así como la probable responsabilidad del inculpado".

Realizando un análisis de los elementos objetivos, subjetivos y normativos que integran el tipo penal, así como lo que debe entenderse por probable responsabilidad y los elementos y condiciones que se deben reunir para tenerla por acreditada. Por todas estas cuestiones resulta interesante el análisis de los requisitos constitucionales para dictar una orden de aprehensión, pues constituyen un avance en el ámbito de las garantías individuales, ya que serán los mismos elementos que se tomarán en consideración para dictar un auto de formal prisión o dictar una sentencia condenatoria en su caso.

CAPITULO PRIMERO

ASPECTOS HISTORICOS-LEGISLATIVOS PARA DICTAR UNA ORDEN DE APREHEN-
SION: EVOLUCION HISTORICO-LEGISLATIVA, INFLUENCIA DEL DERECHO
COMPARADO, JUSTIFICACION DE LA DETENCION DE UNA PERSONA.

CAPITULO PRIMERO

ASPECTOS HISTORICOS-LEGISLATIVOS DE LOS REQUISITOS PARA DICTAR UNA ORDEN DE APREHENSION.

1.1. EVOLUCION HISTORICA-LEGISLATIVA.

A través de la historia del pueblo mexicano han habido cambios políticos, que han influido en el perfeccionamiento de las leyes tratando siempre lograr la protección del gobernado por medio de las garantías individuales de legalidad, de seguridad, de propiedad y de libertad.

La protección a la libertad física consagrada por el artículo 16 de nuestra constitución actual reconoce los siguientes antecedentes según lo señala el maestro Zamora-Pierce:

"PRIMER ANTECEDENTE. Artículos 287 y 292 de la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812:

Artículo 287. Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que se 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.

Artículo 292. En fraganti todo delincuente puede ser arrestado y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del

juez: presentado o puesto en custodia, se procederá en todo como se previene en los dos artículos precedentes.

SEGUNDO ANTECEDENTE. Artículos 28 y 166 del Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814:

Artículo 28. Son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de la ley.

Artículo 166. No podrá el Supremo Gobierno: Arrestar a ningún ciudadano en ningún caso más de cuarenta y ocho horas, dentro de cuyo término deberá remitir al detenido al tribunal competente con lo que se hubiere actuado.

TERCER ANTECEDENTE. Artículos 112, fracción II y 150 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos sancionada por el Congreso General Constituyente el 4 de octubre de 1824:

Artículo 112. Las restricciones de las facultades del presidente (de la República), son las siguientes:

II. No podrá el presidente privar a ninguno de su libertad, ni imponerle pena alguna; pero cuando lo exija el bien y seguridad de la federación, podrá arrestar, debiendo poner las personas arrestadas, en el término de cuarenta y ocho horas, a disposición del tribunal o juez competente.

Artículo 150. Nadie podrá ser detenido sin que haya semiple-

na prueba, o indicio de que es delincuente.

CUARTO ANTECEDENTE. Artículos 2o., fracciones I y II, de la Primera; 18, fracción II, de la Cuarta; 41, 42, 43, fracciones I y II y 44 de la Quinta, de las Leyes Constitucionales de la República Mexicana, suscrita en la ciudad de México el 29 de diciembre de 1836:

Artículo 2o. Son derechos del mexicano:

I. No poder ser preso sino por mandamiento de juez competente dado por escrito y firmado, ni aprehendido sino por disposición de las autoridades a quienes corresponda según la ley. Exceptúase el caso de delito in fraganti, en el que cualquiera puede ser aprehendido, y cualquiera puede aprehenderlo, presentándole desde luego a su juez o a otra autoridad pública.

II. No poder ser detenido más de tres días por ninguna autoridad política, sin ser entregado al fin de ellos, con los datos para su detención, a la autoridad judicial, ni por ésta más de diez días sin proveer auto motivado de prisión. Ambas autoridades serán responsables del abuso que hagan de los referidos términos.

Artículo 18. No puede el Presidente de la República:

II. Privar a nadie de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna; pero, cuando lo exijan el bien o la seguridad pública, podrá arrestar a los que le fueren sospechosos, debiendo ponerlos a disposición del tribunal a los tres días a más tardar.

Artículo 41. El mandamiento escrito y firmado del juez, que

debe preceder a la prisión, según el párrafo I, artículo 2o. de la primera ley constitucional, se hará saber en el acto al interesado; éste y todos deberán obedecer, cumplir y auxiliar estos mandamientos, y cualquiera resistencia o arbitrio, para embarazarlos o eludirlos, son delitos graves, que deberán castigarse según las circunstancias.

Artículo 42. En caso de resistencia o de temor fundado de fuga podrá usarse de la fuerza.

Artículo 43. Para proceder a la prisión se requiere:

I. Que proceda información sumaria, de que resulte haber sucedido un hecho que merezca, según las leyes, ser castigado con pena corporal.

II. Que resulte también algún motivo o indicio suficiente para creer que tal persona ha cometido el hecho criminal.

Artículo 44. Para proceder a la simple detención basta alguna presunción legal o sospecha fundada, que incline al juez contra persona y por delito determinado. Una ley fijará las penas necesarias para reprimir la arbitrariedad de los jueces en esta materia.

QUINTO ANTECEDENTE. Artículo 7o., fracciones VI, VII y IX del Primer Proyecto de la Constitución Política de la República Mexicana, fechada en la ciudad de México el 25 de agosto de 1842:

La Constitución declara a todos los habitantes de la repúbli-

ca al goce perpetuo de los derechos naturales de la libertad, igualdad, seguridad y propiedad, contenidos en las disposiciones siguientes:

VI. Ninguno puede ser aprehendido, detenido, ni preso, sino por previo mandato o auto escrito de juez competente de su propio fuero; ni juzgado o sentenciado por otro; ni custodiado fuera de la residencia del que debe juzgarlo; ni preso en otro edificio que el que le señalare su juez, conservándose en aquel a su absoluta disposición.

VII. Ninguno será aprehendido, sino cuando contra él obren indicios por los cuales se presume ser el reo de un delito que se ha cometido; no será detenido más de tres días, a menos que subsistan las presunciones que dieron causa a su detención; ni más de ocho, sin que se provea el auto motivado de su prisión.

IX. Las autoridades políticas pueden mandar a aprehender a los sospechosos y detenerlos por veinticuatro horas; mas al fin de ellas deben ponerlos a disposición de su propio juez con los datos para su detención.

SEXTO ANTECEDENTE. Artículo 13, fracción XI del Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 2 de noviembre de 1842:

La Constitución reconoce en todos los hombres los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, otorgándoles en consecuencia, las siguientes garantías:

Seguridad. XII. Ninguno será aprehendido, sino por los

agentes o personas que la ley establezca y en virtud de orden escrita del juez de su propio fuero, o de la autoridad política respectiva y cuando contra él obren indicios por los cuales se presuma ser reo de un determinado delito que se ha cometido, y no podrá ser detenido por más de ocho días por la autoridad judicial, sin proveer el auto de prisión, ni más de veinticuatro horas por la política la cual lo entregará dentro de ellas a su juez con los datos que tuviere.

SEPTIMO ANTECEDENTE. Artículo 16 de la Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso General Constituyente del 5 de febrero de 1857:

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio papeles y posesiones sino en virtud de mandato escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

OCTAVO ANTECEDENTE. Artículo 60 y 61 de Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, dado en el Palacio de Chapultepec el 10 de abril de 1865:

Artículo 60. Ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente, dado por escrito y firmado, y sólo cuando obren contra el indicios suficientes para presumirle autor de un delito. Se exceptúa el caso de delito in fraganti, en que cualquiera

puede aprehender al reo para conducirlo a la presencia judicial o de la autoridad competente.

Artículo 61. Si la autoridad administrativa hiciere la aprehensión, deberá poner dentro de tercero día al presunto reo a disposición de la que deba juzgarle; acompañando los datos correspondientes; y si el juez encontrare mérito para declararlo bien preso, lo hará a más tardar dentro de cinco días; siendo caso de responsabilidad, la detención que pase de estos términos.

NOVENO ANTECEDENTE. Mensaje y Proyecto de la Constitución de Venustiano Carranza, fechados en la ciudad de Querétaro el primero de diciembre de 1916:

Artículo 16 del Proyecto. No podrán librarse órdenes de arresto contra una persona, sino por la autoridad judicial y siempre que se haya presentado acusación en su contra por un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal a alternativa de pecuniaria y corporal, y que esté, además, apoyadas por declaración bajo protesta de persona digna de fe, o por otros datos que hagan probable su responsabilidad, hecha a excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

Solamente en casos urgentes podrá la autoridad administrativa decretar, bajo su más estrecha responsabilidad, la detención de un acusado poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

DECIMO ANTECEDENTE. Artículo 16 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, hasta antes de las reformas del 3 de septiembre de 1993, establecía:

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandato escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fé o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado; hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a la disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial". (1)

Después de lo antes anotado nos damos cuenta, y resulta evidente que, durante todo el siglo XIX y XX, los constituyentes,

(1) Zamora-Pierce, Jesús; Garantías y Proceso Penal, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1970, pp. 5-11.

en su momento histórico todos ellos pretendieron proteger la libertad de los mexicanos, disponiendo que podían ser privados de ella únicamente en aquellos casos limitativa y expresamente autorizados por la norma jurídica.

Podemos afirmar que la libertad es el bien máspreciado en nuestra legislación mexicana; la garantía de libertad es una de las que encuentra antecedentes más lejanos, desde la influencia del Derecho Español que a la vez se inspiraron en el Interdicto Romano, y retomado por el principio básico de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; además considerando las Constituciones del México Independiente, se constata que siempre se ha mantenido el ideal de proteger la libertad física de todos los individuos, y que sólo podía ser restringida en los casos establecidos por la ley y cumpliendo con las formalidades y requisitos que ella misma establece. Es cierto que no siempre las bellas teorías legislativas condujeron a cumplir en la práctica la protección de esta garantía, lo que trajo como consecuencia arbitrariedades y abusos, lo que ha inspirado a seguirse perfeccionando, que es lo que se pretende con las recientes reformas al artículo 16 constitucional.

Actualmente el artículo 16 constitucional con motivo de las citadas reformas quedó como sigue:

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la

ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal".

1.2. INFLUENCIA DEL DERECHO COMPARADO.

Dada la importancia de la garantía de libertad del hombre como atributo esencial de su naturaleza, se elevó a la categoría de derecho público subjetivo del que es titular todo gobernado, ello explica de que sea entre todas las garantías, una de las que encuentra antecedentes e influencias más lejanas, en el Derecho Romano, en el Derecho Inglés y en el Derecho Hispano.

Al respecto el jurista Zamora-Pierce, señala: "En el Derecho Romano, el Título XXIX del libro XLIII del Digesto establecía el interdicto llamado De homine libero exhibendo, en los términos del cual, el Pretor requería a aquel que tenía en su poder a un hombre libre, diciéndole: Quem liberum dolo malo retines, exhibeas (Exhibe al hombre libre que retienes con dolo malo). Este interdicto romano conserva íntegramente su condición de institución jurídica de Derecho Privado. Es una acción posesoria, que se ejerce, sobre una cosa o bien, en virtud del dominium, que en este caso corresponde al hombre libre con respecto a su propio cuerpo. Es un derecho patrimonial en el que el individuo es a la vez sujeto y objeto del derecho. Su persona corporal o física estaba equiparada a una cosa y sometida a la voluntad del propietario, y permitía a este rescatarla mediante una acción posesoria. Este interdicto por ningún motivo debemos confundirlo con el

concepto contemporáneo de garantía, pues estaba destinado, única y exclusivamente, a los hombres libres, no otorgaba su protección a todo individuo, a todo ser humano, como es el caso de las modernas garantías.

Diferencias trascendentales, si tenemos presente que en la República Romana en 204 a.c., había 214,000 ciudadanos libres sobre 20 millones de habitantes.

El Derecho Inglés protegió la libertad personal de todos los hombres libres (mas no lo eran todos los habitantes de Inglaterra) mediante el capítulo 29 de la Carta Magna de 1215. Cuyo texto estableció el principio de que ningún hombre libre sería encarcelado sino mediante el juicio legal de sus pares o conforme a la ley de la tierra. Este principio fue hecho efectivo y garantizado por el recurso de habeas corpus consagrado por la ley de 1679 pero practicado e incorporado al common law desde tiempo atrás. El writ d' habeas corpus es un mandamiento dictado por un juez, a solicitud de un individuo que afirma ser objeto de una detención ilegal. Mediante ese writ el juez ordena al carcelero que presente al detenido dentro de determinado plazo, a fin de verificar la legalidad de la detención en procedimiento contradictorio.

En España, y más precisamente, en el Reino de Aragón, se protegió la libertad individual, mediante normas que se inspiraron en el interdicto romano de *homo libero exhibendo*, y que constituyen antecedentes de nuestro Juicio de Amparo. El Privilegio General otorgado por el rey Pedro III, y elevado a la categoría de Fuero en 1348, estableció el proceso floral llamado de la manifestación de las personas, por el cual, si alguno había sido

preso sin hallarle en flagrante delito, o sin instancia de parte legítima, o contra ley o fuero, o si a los tres días de la prisión no se le comunicaba la demanda, por más que pesase sobre él, acusación o sentencia capital, debía ser puesto en libertad por espacio de veinticuatro horas, en virtud de lo que se llamaba vía privilegiada.

La puntual observancia de estos fueros quedaba en manos de un funcionario designado con el nombre de Justicia de Aragón, de quien los Fueros exigían fuese: 'Zelador fiel de las leyes con cargo de que velase sobre las opresiones contra todos, de forma que ni la soberanía pudiese jamás irrogarles ningún agravio...'

Más tarde, en 1527, pero siempre en España, el Fuero de Vizcaya protegió la libertad mediante la ley 26, título XI, que dice: 'Que ningún prestamero ni merino, ni executor alguno sea osado de prender persona alguna sin mandamiento de juez competente, salvo el caso de infragante delito. Si así sucediere y el juez competente ordenara la libertad, se le suelte, cualquiera que sea la causa o deuda porque está preso'. (2)

Este texto, es sin duda el antecedente más antiguo de nuestro artículo 16 constitucional. En él podemos encontrar claramente enunciada la regla de que solo por mandamiento judicial puede privarse de la libertad a un individuo, misma que admite únicamente una excepción: el delito flagrante.

(2) Zamora-Pierce, Jesús; ob. cit., pp. 3-5.

En el mismo sentido se encuentra lo manifestado por el maestro Burgoa Orihuela, quien refiere: "Que la garantía de seguridad de que tratamos ya se encontraba consagrada en la legislación Aragonesa, cuyas prescripciones en este punto fueron corroboradas por la ley XII expedida por Felipe V en 1743 y cuyo texto es el siguiente: "Preveniones a los ministros de la Corte y Villa en las prisiones que ocurran. Los ministros de la Corte y Villa y los alguaciles no han de prender sin orden de los jueces a persona alguna, sino en los casos de hallarla cometiendo algún delito; y en este, asegurados los reos en la cárcel, pasarán sin detención alguna a dar cuenta a sus respectivos jueces, para que manden lo que se haya de hacer; y si fuere de noche, cuando hicieren las prisiones, les avisarán al amanecer, y en caso de haber sido maliciosa, se les castigará a arbitrio; y reincidiendo, queden privados de oficio, y desterrados de la corte y veinte leguas de su contorno, aumentando las penas según las circunstancias.

Los alguaciles lleven los reos derechamente a la cárcel, y no los detengan en otros sitios o casas, sino en el caso de tener orden de los jueces, o suceder algún accidente que lo motive, de que sin dilación darán cuenta; y si no lo hicieren, serán castigados al arbitrio de los jueces, cuyas ordenes no revelarán por si, ni por otra persona, pena de seis años de presidio en Africa, y de privación de oficio". (3)

(3) Burgoa Orihuela, Ignacio; Las Garantías Individuales, Décimosexta Edición, Editorial Porrúa, México 1984, p. 605.

La cuarta enmienda de la Constitución Federal Norteamericana, se consigné la garantía de legalidad en los siguientes términos: "No se violará el derecho del pueblo que lo pone a cubierto de aprehensiones y cateos arbitrarios en sus personas, habitaciones, papeles y efectos; y no se expedirá ninguna orden sobre esto, sin causa probable que lo motive, apoyada en un juramento o afirmación que designe claramente el lugar que ha de registrarse, y las personas o cosas que hayan de ser aprehendidas o embargadas".

La protección a la libertad personal en nuestro derecho mexicano ha sido producto de la influencia que ha recibido del Derecho Romano, Inglés, Español y Norteamericano.

1.3. JUSTIFICACION DE LA DETENCION DE UNA PERSONA.

Para proceder a la privación de una persona en las modalidades que señala la Constitución, esto es mediante orden de aprehensión, o en sus casos de excepción como son de delito flagrante y en el caso de urgencia, obedece a necesidades de diversa índole entre las que se encuentran principalmente el temor de que el indiciado se fugue, destruya las pruebas de su conducta y de esta manera dificulte la acción de la justicia, o en su caso cometa nuevos delitos, además de protegerlo contra posibles venganzas privadas, y una vez decretada su reclusión preventiva, asegurar la presencia del sujeto activo del delito en el proceso, esto es la disponibilidad que tiene el órgano jurís-

dicional del inculpado al tenerlo interno en un establecimiento penal, así como garantizar la efectividad de la sentencia, impidiendo de esta manera que se fugue asegurando así la ejecución de la eventual condena de la pena privativa de libertad; éstas causas son generalmente las que obligan al aseguramiento de una persona.

Esta reclusión será considerada como una prisión provisional que puede suspenderse en virtud de la libertad caucional, si la privación de la libertad perdura después de decretada la formal prisión la misma ya no será motivo de la orden de aprehensión o de la detención en razón de flagrancia o caso urgente, sino que esta nueva situación provendrá del auto de formal prisión.

El proceso penal persigue la satisfacción de dos intereses diversos pero no contrarios, el de la sociedad que busca el interés colectivo de la seguridad de sus integrantes, en el que tiene que hacer uso de medidas que se convierten en males necesarios que debe aplicar para contener los excesos en que incurren algunos de sus miembros, con el objeto de salvaguardar la convivencia social armónica; y por otro lado se encuentra la de respetar la libertad de los ciudadanos y de imponer en forma excepcional y en la medida más restringida posible la privación de la libertad de una persona, además con la obligación de que si ese ciudadano es sometido a proceso se le absuelva si es inocente y en caso contrario que su culpabilidad se establezca mediante un proceso legal respetuoso de sus garantías y derechos; el equilibrio entre ambos intereses, es la única forma de preservación del orden, pues tan importante es uno como el otro; aquí la libertad

de un individuo que se le imputa haber violado la ley, allá la seguridad de la sociedad; luego entonces al defender a la sociedad de los embates de la delincuencia se vuelve imperativo privar de su libertad a un indiciado, con la finalidad del proceso penal y con la exigencia de que se cause el menor daño posible, salvaguardando de esta manera los derechos del inculpaado como los de la sociedad.

Según el maestro Colin Sanchez; la restricción de la libertad de una persona obedece a necesidades procesales, "pues atendiendo a la naturaleza y fines del proceso penal, las leyes que lo regulan imponen la necesidad de restringir la libertad personal, porque sino fuera así, resultaría imposible asegurar la presencia del supuesto autor del ilícito penal ante el órgano jurisdiccional y en consecuencia el proceso quedaría paralizado al dictarse el auto de inicio, de radicación o cabeza de proceso, luego entonces la custodia preventiva es una situación jurídica, un estado un modo de lograr la presencia del imputado al proceso.

Por otra parte es indispensable el aseguramiento de quien ha delinquido, para con esta medida, auspiciar la tranquilidad necesaria a quien ha sufrido la violación o a quienes se han enterado de la comisión del delito; además, si no se adoptara, quizá se destruyeran los vestigios que hubiere dejado el ilícito penal. Sin la presencia del indiciado ante el órgano jurisdiccional el carácter acusatorio del proceso quedaría desvirtuado, ya que los actos del Ministerio Público habrían llegado ha darse

tan sólo hasta el ejercicio de la acción penal, en esas condiciones, no seguirían llevándose a cabo durante el proceso; los actos de defensa tampoco se realizarían por lo cual resultaría desvirtuado el carácter acusatorio mencionado". (4)

Por su parte Francisco Carrara, sostuvo que "la prisión preventiva tenía un carácter inmoral porque el encarcelar alguna persona por indicios o sospechas y sin que se haya dictado sentencia constituye una injusticia, además el hacerlo así es causa de desmoralización porque de no resultar responsable, quien ha sido objeto de un trato semejante experimentará un grado de desaliento y una total desconfianza". (5)

La privación de la libertad de alguna manera pugna con el principio de inocencia en el que se establece que nadie puede ser considerado culpable mientras una sentencia firme no lo establezca, y esta situación se agrava cuando la autoridad judicial al dictar el auto de formal procesamiento decreta la prisión preventiva, aunque como se señaló anteriormente esto se puede atemperar con la obtención de la libertad provisional cuando proceda, y cuando esto no suceda aunque se señale que dicha restricción tiene un carácter netamente preventivo y no sancionador, y que

(4) Colin Sánchez, Guillermo; Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Décima Edición, Editorial Porrúa, México 1986, p. 181.

(5) Citado por Colin Sánchez; Guillermo, ob. cit., p. 181.

con la prisión preventiva se logra la custodia del que ha delinquido por el tiempo indispensable para su procesamiento; no se deja de admitir que esta tiene algo de ejecución, pues se prevee la forma de computar el tiempo que haya durado el internamiento, es decir se abone al inculpado en caso de ser condenatoria la sentencia sobre la pena impuesta, lo cual convierte esta medida preventiva en pena a posteriori, es decir una sanción anticipada, así lo establece el artículo 20 Constitucional fracción X, al señalar: "en toda pena de prisión que imponga una sentencia se computará el tiempo de la detención".

El problema surge cuando se dicta una sentencia absolutoria, pues tampoco se debe dejar de reconocer los daños y perjuicios que causan a una persona, cuando se le mantiene detenida, pues con ello se le afecta su libertad, su trabajo, su familia, al convertir esta medida en trascendental al dejar en desamparo a ésta cuando el detenido es el soporte, y en ocasiones la afectación de su salud; además de la contaminación carcelaria, por ello sería deseable que esta medida preventiva se utilizara en casos excepcionales, y que el Estado resarciera parte de ese daño causado a un sujeto declarado judicialmente inocente, mediante un fondo que se estableciera con las multas impuestas en los procesos penales con ello atemperaría un poco la injusticia cometida.

Como lo señala Concepción Arenal: "imponer a un hombre una pena grande como es la privación de la libertad, una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel y esto sin haberle probado que es culpable, y con la probabilidad de que sea ino-

cente, es cosa que dista mucho de la justicia". (6)

Por otra parte es incuestionable que el artículo 14 Constitucional, prescribe que para que un gobernado sea privado de su libertad se requiere que previo al acto de privación haya existido un juicio seguido ante los tribunales, previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento; luego entonces si esta disposición constitucional, impide la privación provisional de la libertad, resulta entonces que esta medida de cautela, es aparentemente inconstitucional, se dice aparente porque la excepción al artículo 14 constitucional se encuentra en la propia constitución en los artículos 16 y 18 al señalarse en el primero de los nombrados los casos en que procede la privación de la libertad y en el segundo al establecer que sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva, por tanto y por ser dichas disposiciones de la misma jerarquía, pues además el artículo 10. de nuestra Carta Magna señala que las garantías sólo podrán restringirse o suspenderse en los casos y en las condiciones que la misma constitución señala, por tanto es factible aplicar una medida de cautela restrictiva de la libertad personal cuando la pena aplicable sea prisión.

(6) Concepción Arenal citado por Silva Silva; Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, Décima Segunda Edición, Editorial Harla, México 1970, p. 494.

En suma la detención de una persona, si bien no se justifica, si se explica, en virtud de que la misma se vuelve un mal necesario para la realización de la justicia, puesto que la comisión de un delito provoca repulsión en la sociedad y una sensación de inseguridad que produce una reacción entre sus miembros de exigir que se encarcele a quien es señalado como autor de un ilícito penal, siendo mayor esta exigencia de acuerdo a la gravedad de la ofensa causada con el delito y provocando con la detención del inculcado la recuperación de la tranquilidad general, además de la seguridad de que el delito no quedará sin castigo al no sustraerse el inculcado de la acción de la justicia.

Actualmente es aceptada por diversos ordenamientos la privación de la libertad, "como un mal necesario para la realización de la propia justicia".

Por nuestra parte consideramos que la prisión, tanto en su aspecto de medida preventiva aplicable durante el procedimiento penal mientras se llega a sentencia, como en su aspecto de pena o medida represiva, se ha visto como un mal necesario justificable.

También consideramos que la finalidad de la pena de prisión o privativa de libertad, tiende a evitar que el sujeto reincida, pues al sancionar al delincuente se refuerza la intimidación de la colectividad y se ejemplariza a los demás para que se abstengan de violar la norma.

CAPITULO SEGUNDO

PROCEDIMIENTO PARA UNA ORDEN DE APREHENSION: CONCEPTO DE ORDEN DE APREHENSION, CAUSAS POR LAS QUE SE PUEDE NEGAR UNA ORDEN DE APREHENSION, RECURSOS ANTE LA NEGATIVA DE UNA ORDEN DE APREHENSION, ARTICULO CUARTO DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, REAPREHENSION.

CAPITULO SEGUNDO

PROCEDIMIENTO PARA LA ORDEN DE APREHENSION.

2.1. CONCEPTO DE ORDEN DE APREHENSION.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ha establecido en sus artículos 14 y 16 los casos en que una persona pueda ser privada de su libertad, señalando expresamente, en el artículo 14 constitucional, que: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecido en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho". De tal manera que conforme a este mandamiento constitucional, sólo se puede privar de su libertad a una persona cuando se cumpla con los requisitos que señala, refiriendo que la privación de la libertad sea mediante un juicio, mismo que debe cumplir las formalidades esenciales del procedimiento, sin embargo existe la posibilidad de que una persona sea privada de su libertad aún sin la existencia de un juicio, y así se señala en el artículo 16 constitucional reformado, en su párrafo segundo, que a la letra dice: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".

En este caso es evidente que la orden de aprehensión será previa a la existencia del juicio, pues para obsequiar aquella se requiere la existencia de una averiguación previa que reúna los requisitos antes mencionados y mediante la cual el Ministerio Público ejercita acción penal sin detenido, solicitando el obsequiamento de la orden de aprehensión en contra de una persona a la autoridad judicial. Con ello se reafirma que la orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, es la regla general para que un gobernado pueda ser afectado en su libertad para los fines del proceso penal, contemplándose como excepciones a esta regla las relativas a la flagrancia y a los casos urgentes; a fin de distinguir a esta regla general de sus excepciones se suprime la expresión "... o detención ..." que como sinónimo se empleaba en el texto anterior del artículo 16 constitucional, con la finalidad de que sólo se le conozca como orden de aprehensión en cuanto acto propio del juez, en tanto que la detención corresponde al Ministerio Público, previa satisfacción de determinados requisitos que señala la ley; por otra parte y para mayor seguridad del gobernado ha habido una reforma esencial al artículo 16 constitucional antes mencionado, de tal manera que actualmente para obsequiar una orden de aprehensión se exigen mayores requisitos a los que anteriormente señalaba dicho precepto, pues deben de integrarse los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado, lo que de alguna manera exige mayor certeza respecto al hecho por el cual se priva de la libertad a una persona, superándose la ambigüedad del texto anterior que no señalaba con claridad la obligación de probar el hecho penalmente relevante, pues la mención de pruebas se refería sólo

al aspecto de la presunta responsabilidad, de lo anterior se desprende como garantía para el gobernado que la orden de aprehensión, debe satisfacer los mismos requisitos que exige el auto de formal prisión conforme al actual artículo 19 de la Constitución Federal reformado, lo que constituye una seguridad jurídica para los gobernados, puesto que desde el momento en que se ordena la privación de su libertad por mandamiento de captura ya existe una clasificación del delito que se le atribuye, con lo cual el inculcado está en aptitud de defenderse adecuadamente, pues es evidente que los elementos del tipo penal a los que se refiere la ley penal han de ser tanto objetivos como subjetivos incluyendo los normativos, cuando el tipo penal a los que se refiere la constitución así lo requiera, y no se pueda, en consecuencia, girar orden de aprehensión sólo por un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal como anteriormente lo establecía la constitución, existiendo ahora con las reformas el requisito de que ese hecho que la ley señala como delito sea sancionado cuando menos con pena privativa de libertad, siendo acertada la sustitución de dicho término por el de "pena corporal", porque con ello se evita la confusión que existía respecto de las penas prohibidas por el artículo 22 constitucional; en consecuencia el Ministerio Público, no deberá solicitar la orden de aprehensión cuando no se encuentren satisfechos los requisitos que la ley establece para que procedan, y en caso de hacerlo la autoridad judicial no está obligada a acordar favorablemente su petición, pues el titular del órgano jurisdiccional, debe examinar previamente si las pruebas obtenidas satisfacen los requisitos del artículo 16 Constitucional y 132 del Código de Proce-

dimientos Penales para el Distrito Federal, en caso contrario debe negar la orden de captura, mismo estudio que deberá hacer dentro de los cinco días contados a partir de la fecha de la radicación; tratándose de delito grave o delincuencia organizada inmediatamente debe radicarse y dentro de las veinticuatro horas siguientes resolver sobre el pedimento; si de las diligencias practicadas se advierte que se cumple con los requisitos, el auto en que se ordena la aprehensión debe ser entregada al Ministerio Público para que a su vez la remita a la Dirección de Aprehensiones, y por último sea entregada a los Agentes de la Policía Judicial encargada de su cumplimiento mediante la captura del indiciado; en virtud de esa orden se va a privar de su libertad a la persona contra quien se gire, pero será una prisión provisional que puede suspenderse en virtud de la libertad caucional, cuando ésta proceda conforme a la ley y cumpliendo con los requisitos que la misma establece. Si la privación de la libertad perdura por no alcanzar su libertad caucional, y porque existan elementos suficientes para procesar, el acto de autoridad que le dá origen ya no será la orden de aprehensión, pues la prisión preventiva proviene del auto de formal prisión; cambia su situación jurídica del procesado.

Ahora bien, existen diversas opiniones por los doctrinarios sobre lo que debe de entenderse por orden de aprehensión, así por ejemplo el maestro Colin Sánchez, refiere que: "Desde el punto de vista procesal es una resolución judicial, en la que con base en el pedimento del Ministerio Público y satisfechos los requisitos del artículo 16 constitucional, se ordena la captura de un sujeto determinado para que sea puesto de inmediato a disposición de la

autoridad que lo reclama o requiere, con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye". (7)

Por su parte el autor Silva Silva, señala que orden de aprehensión: "Es la providencia cautelar, dispuesta por el tribunal para que por conducto de un ejecutor sea presentada físicamente una persona, con el fin de lograr los aseguramientos propios, que las medidas privativas de libertad implican (asegurar eventual condena, presencia al proceso, impedir destruya pruebas, etc.), en el caso del procesado penal, consiste en asir a una persona aun contra de su voluntad y llevarla ante el tribunal que lo reclama". (8)

Así también en el mismo sentido el maestro García Ramírez, manifiesta que: "La orden de aprehensión es un mandamiento judicial por medio del cual se dispone la privación de la libertad de una persona, con el propósito de que ésta quede sujeta cautelarmente a un proceso determinado como presunta responsable de la comisión de un delito". (9)

De igual forma el jurista Burgoa Orihuela, refiere que: "La orden de aprehensión tiene como efecto directo la privación de la

(7) Colín Sánchez, Guillermo; ob. cit., p. 286.

(8) Silva Silva, Jorge Alberto; ob. cit., p. 498.

(9) García Ramírez, Sergio; Curso de Derecho Procesal Penal, Primera Edición, Editorial Porrúa, México 1974, p. 366.

libertad de un sujeto no derivada de una sentencia judicial, o sea la privación libertaria como un derecho preventivo". (10)

Por nuestra parte, consideramos que la orden de aprehensión, es un mandamiento judicial por medio del cual se dispone la privación de la libertad de una persona, con base en la solicitud del Ministerio Público al ejercitar la acción penal, previa satisfacción de los requisitos del artículo 16 constitucional, con el propósito de que éste quede a disposición en el centro de reclusión (Reclusorios Preventivos) de la autoridad que obsequió dicha orden como probable responsable de la comisión de un delito, este acto material de captura lo ejecuta la policía judicial.

Asimismo es de señalarse que cuando se haya ordenado la captura de una persona que se encuentra fuera de la jurisdicción de la autoridad que la dicta, no es necesario girar exhorto a la autoridad judicial de las Entidades Federativas, donde se encuentre la persona que deba ser detenida; pues conforme al artículo 119 constitucional reformado, la misma puede realizarse mediante los convenios de colaboración entre las Procuradurías, de esta manera se establece que cada Estado y el Distrito Federal están obligados sin demora a entregar a los indiciados, procesados o sentenciados así como a practicar el aseguramiento y entrega de objetos, instrumentos o productos del delito.

El objetivo de las reformas es dar mayor seguridad jurídica al gobernado y la salvaguarda de los derechos humanos.

(10) Burgoa Orihuela, Ignacio; ob. cit., p. 604.

2.2. CAUSAS POR LAS QUE SE PUEDE NEGAR UNA ORDEN DE APREHENSION.

Las causas por las que se puede negar una orden de aprehensión son principalmente cuando no se satisfacen todos los requisitos del artículo 16 constitucional y 132 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al respecto el maestro Collin Sánchez, señala que: "El auto que niega la orden puede obedecer a que no existen elementos suficientes para establecer la probable responsabilidad del sujeto. En consecuencia la averiguación queda abierta para que el Ministerio Público aporte nuevos elementos o solicite la práctica de las diligencias encaminadas a satisfacer las exigencias legales y ya así pueda dictarse". (11)

Al respecto es de señalarse que conforme a las reformas a los artículos 4o. y 36 del del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el Ministerio Público cuenta con sesenta días para aportar nuevos elementos, y únicamente podrá solicitar las prácticas de aquellas diligencias que esté impedido para realizar conforme a la ley como es el caso de los cateos.

Al respecto el autor Mancilla Ovando, señala en forma sustancial que: "La orden de aprehensión debe negarse, cuando de las pruebas recabadas en la averiguación previa no se acrediten la existencia de todos y cada uno de los elementos que integran el

(11) Collin Sánchez, Guillermo; ob. cit., p. 283.

tipo delictivo de la figura por el que acusa el Ministerio Público, pues no debe expedirse porque no se ha comprobado que la conducta esté determinada en la ley como delictuosa y que merece cuando menos sanción de pena privativa de libertad, de tal manera que no se satisfacen las formalidades exigidas por el artículo 16 constitucional para dictar el auto de autoridad por faltarle uno de los elementos esenciales". (12)

Asimismo en el supuesto de que la acusación, la denuncia o la querrela no esté sostenida, por datos que prueben la existencia del delito, los elementos que los constituyen y que demuestren la probable responsabilidad del indiciado, es decir que no basta la existencia de la denuncia, ni la existencia de la averiguación previa para que se dicte la orden de aprehensión, pues deben existir pruebas que integren el contenido de la etapa procedimental administrativa de carácter indagatorio que funden la pretensión jurídica que consagra el derecho de la acción penal ejercitada por el Ministerio Público, es decir de las pruebas de la averiguación previa debe acreditarse que la conducta está tipificada como delito en la ley y se sanciona cuando menos con pena privativa de libertad y que el inculpado es el probable responsable del delito, pues solo así se dará satisfacción a los requisitos que establece el artículo 16 constitucional para que

(12) Mancilla Ovando, Jorge Alberto; Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1989, pp. 119

el juez dicte la orden de aprehensión.

De igual manera Mancilla Ovando, continúa diciendo que: "También se deberá negar la orden cuando se haya probado plenamente la existencia de una excluyente de incriminación, como por ejemplo la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, aun cuando la conducta sea típica, no habrá delito por existir una causa de licitud, y ni siquiera se entrará al estudio de la probable responsabilidad del inculpado, por tanto no se satisfacen para expedirla los requisitos del artículo 16 constitucional.

De igual forma dicha orden de aprehensión deberá negarse en el supuesto de que el Ministerio Público ejercite acción penal en contra de una persona por un delito en el que la ley establezca como sanción una pena alternativa, consistente en sanción pecuniaria o pena privativa de libertad, pues dicha orden de aprehensión carceraria de validez constitucional". (13)

Por otro lado, en caso contrario no se podrá negar la orden de aprehensión cuando la consignación llevada a cabo por el Ministerio Público haya equivocado la denominación que debe darse al delito, pues si los hechos tipifican una conducta ilícita, el juez debe calificarla debidamente en virtud de que el Ministerio Público consigna hechos delictuosos sin que lo anterior implique invadir esferas o atribuciones; de igual manera se especifica que no se podrá negar la orden de aprehensión por faltarle el nombre

(13) Mancilla Ovando, Jorge Alberto; ob. cit., p. 120 y 121.

completo del inculpado, será suficiente el apodo u otros datos que lo identifiquen.

Al respecto el maestro Colin Sánchez señala: "Tampoco servirá de base para la negativa de que no se cite el nombre completo del individuo a quien debe aprehenderse bastará señalar su primer nombre o en su defecto de este sus apellidos o todos aquellos datos que hagan posible la identificación del sujeto". (14)

2.3. RECURSOS ANTE LA NEGATIVA DE UNA ORDEN DE APREHENSION.

El recurso, es el medio eficaz para obtener la restitución o reparación del derecho vulnerado por el juez, con motivo de una resolución jurisdiccional, provocado por las partes en un proceso penal.

Así lo afirma en el mismo sentido el jurista González Bustamante: "El recurso es un medio de impugnación, otorgado a las partes, para atacar las resoluciones judiciales, que le causen agravios, con el fin de que se haga un nuevo examen de la resolución impugnada, por el mismo tribunal que la dictó o por otro de superior jerarquía". (15)

(14) Colin Sánchez, Guillermo; ob. cit., p. 282.

(15) González Bustamante, Juan José; Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Novena Edición, Editorial Porrúa, México 1988, p. 264.

Conforme a la Legislación Procesal Penal para el Distrito Federal, cuando existe por parte del juzgador la negativa para expedir una orden de aprehensión, previo estudio de las constancias que obren en autos, únicamente será apelable por el Ministerio Público dicha negativa, cuando el juzgador declare en el auto que no hay delito que perseguir, así expresamente lo señala el artículo 418 en su fracción III, al establecer que: "Son apelables; los que resuelven las excepciones fundadas en alguna de las causas que extinguen la acción penal; los que declaran no haber delito que perseguir".

Por otra parte cuando no se establece la leyenda anterior señalándose únicamente que no se satisfacen los requisitos que se establecen en el artículo 16 constitucional, el Ministerio Público no podrá impugnar dicha resolución, quedando la misma para efectos del artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que establece: "Cuando se haya negado la orden de aprehensión, o de comparecencia, o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, sino se aportan por el ofendido o por el Ministerio Público pruebas dentro de los sesenta días, a partir del siguiente en que se les haya notificado estas resoluciones, o su desahogo, no son suficientes para librar las ordenes referidas, se sobreseerá la causa".

Con la anterior disposición se reforma totalmente el sistema que anteriormente predominaba, es decir que ya no se tiene que esperar a que transcurra el tiempo de la prescripción del delito de que se trate, sino que el Ministerio Público o el ofendido

tienen el término de sesenta días, para aportar pruebas conducentes para obtener por parte del juzgador la orden de aprehensión y si no lo hacen o haciéndolo previo desahogo de las mismas no son suficientes para el fin propuesto, se sobreseerá la causa, lo anterior crea mayor seguridad para los gobernados toda vez que ya no tienen que vivir en la incertidumbre esperando que prescribiera la acción penal, haciéndose efectivo el beneficio de la duda, lográndose con ello, de alguna manera que se de cumplimiento a lo que se establece en el artículo 17 constitucional, sobre que la justicia debe ser pronta y expedita.

No obstante lo anterior, sería deseable que todas las resoluciones en que se niegue una orden de aprehensión, procediera el recurso de apelación y no solamente cuando se señale que no hay delito que perseguir, para que dichas resoluciones fueran revisadas por la superioridad jerárquica, para de esta forma hacer más transparente la administración de la justicia, quedando a elección del Ministerio Público la impugnación, para que fuera estudiada la legalidad del auto en los términos que fué dictado, por la sala correspondiente, o en su caso aportar dentro de los sesenta días las pruebas que estime pertinente para el obsequiamento de la orden de aprehensión, tal como lo señala el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 367 fracción VI, que establece expresamente: "Procede la apelación en el efecto devolutivo, en contra de; los autos en que se niegue la orden de aprehensión, o se niegue la citación para preparatoria. Estos autos son apelables por el Ministerio Público".

Por su parte el artículo 142 del mismo Ordenamiento Procesal Federal, señala en su último párrafo: "Si el juez niega la orden de aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo, por considerar que no están reunidos los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política Federal, y 195 de este Código, se regresará el expediente al Ministerio Público para el trámite correspondiente".

Lo anterior crea la disyuntiva de que el Ministerio Público, tenga la oportunidad de escoger una vía (la apelación o aportar más pruebas dentro del término de sesenta días) para la obtención de la orden de aprehensión que se hubiera negado, aunque creemos que en forma errónea el legislador procesal federal, establece en el artículo 199 de ese ordenamiento: "Para dictarse la orden de aprehensión no será obstáculo la circunstancia de que esté pendiente un recurso de apelación interpuesto contra la resolución anterior que la hubiera negado".

Ahora bien, los anteriores comentarios se hacen sobre los recursos que proceden, cuando se niega una orden de aprehensión y no es obsequiada por el juez; en caso contrario cuando la orden sí es obsequiada por la misma autoridad judicial antes señalada, el probable responsable cuenta con el recurso del amparo indirecto ante los Juzgados de Distrito, siendo el medio de defensa que tiene el gobernado, para hacer respetar la supremacía de la constitución y ceñir los actos de autoridad a sus mandamientos.

2.4. ARTICULO CUARTO DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Por regla general, las consignaciones se realizan una vez que se han practicado todas las diligencias y se encuentran reunidos los requisitos del artículo 16 constitucional, pues no se debe consignar, para luego perfeccionar en el juzgado la averiguación previa, así expresamente lo señala el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal reformado, de 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 penal, según especifican las últimas reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1974, y que entró en vigor el día 10. de febrero del mismo año.

El artículo 4o. del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, hasta antes de las reformas en su texto señalaba: "Cuando el acta de policía judicial no aparezca la detención de persona alguna, el Ministerio Público practicará o pedirá a la autoridad que se practiquen todas aquellas diligencias necesarias, hasta dejar comprobados los requisitos que señala el artículo 16 constitucional para la detención; pero si dichos requisitos aparecieran ya comprobados en el acta de policía judicial, el Ministerio Público la turnará al juez solicitando dicha detención".

Esta redacción permitía que las diligencias para acreditar los extremos del artículo 16 constitucional, las pudiera practicar el Ministerio Público directamente, o pedir a la autoridad

judicial penal que las practicara; la intervención de la autoridad judicial en la reunión de los elementos probatorios para poder excitar al órgano jurisdiccional fué duramente criticada, afirmando que, el órgano que dicta el derecho no debe intervenir en una función que propiamente no tiene tal esencia.

Al respecto el maestro Franco Sodi, al comentar el artículo 4o. antes de las reformas señalaba que: "Desgraciadamente en ésta disposición se faculta a el Ministerio Público para solicitar a los jueces que practiquen diligencias de averiguación en auxilio del órgano de la acción penal, lo que menoscaba su respetabilidad convirtiéndolos en amanuences de una autoridad administrativa, contraria la naturaleza de la averiguación previa que es función exclusiva del Ministerio Público, como lo destaca la jurisprudencia de la corte que puede consultarse en el tomo I del Semanario Judicial de la Federación, y por último dá un carácter híbrido al proceso contrariando el texto del artículo 21 de la Constitución General de la República que previene como función única del juez, la aplicación de la ley, y no la persecución del delito que ha dejado privativamente en manos del Ministerio Público". (16)

Con motivo de las reformas, dicho artículo 4o. cambió su redacción para quedar como sigue: "Cuando de la averiguación previa no aparezca detención de persona alguna, el Ministerio Público practicará las diligencias necesarias hasta dejar com-

(16) Franco Sodi, Carlos; El Procedimiento Penal Mexicano, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1986, p. 382.

probados los requisitos que señala el artículo 16 constitucional para obtener la orden de aprehensión".

Con lo anterior se suprime la facultad de solicitar al juzgador que intervenga en la reunión de elementos probatorios, para solicitar la orden de aprehensión de una persona.

2.5. ORDEN DE REAPREHENSIÓN.

La Orden de Reaprehensión se da generalmente en la instrucción, y consiste en una resolución judicial que determina la privación de la libertad de una persona, sin necesidad de fundarla en los requisitos del artículo 16 constitucional, pues solo vuelve a la situación jurídica ya existente.

Así lo hace notar el maestro Collin Sánchez, que la misma procede cuando: "Se evade de la cárcel; gozando de la libertad bajo protesta se ausenta de la población sin el permiso del juzgado; deja de cumplir con las obligaciones inherentes al disfrute de la libertad bajo fianza; gozando de la garantía mencionada no se presenta a cumplir la sanción, etcétera". (16)

De la hipótesis anterior se advierte que debe ordenarse por parte de la autoridad judicial, la orden de reaprehensión o recaptura, cuando el inculpado o procesado incumpla con sus obligaciones o se evada de la cárcel, convirtiéndose la misma en

(16) Collin Sánchez, Guillermo; ob. cit., p. 282.

una reiteración de la medida cautelar de la privación de la libertad física; es decir que solamente se trata de procurar que dicha persona que se ha dado a la fuga continúe en la situación jurídica ya existente antes de la evasión, al respecto me permito transcribir las siguientes ejecutorias jurisprudenciales que nos ilustran al respecto:

"ORDEN DE REAPREHENSION.- Cuando un reo se ha evadido de la cárcel, en que se encontraba detenido, el juez debe mandarlo aprehender de nuevo, y en este caso esa orden de aprehensión no significa el ejercicio de la acción penal, por lo cual puede hacerlo sin la petición del Ministerio Público, ya que solamente se trata de procurar que el reo continúe en la situación jurídica ya existente antes de la evasión".

Quinta Epoca:

Tomo XXVIII. Ruiz Prisciliano.....pàg. 230.

"REAPREHENSION.- Cuando la orden de aprehensión se funda en que una persona que està en libertad bajo protesta se ausente de la población sin el debido permiso del juez. èste puede decretar orden de aprehensión en contra de esa persona, sin necesidad de fundarla en los requisitos del artículo 16 constitucional, toda vez que dicha persona ya està sujeta a un auto de formal prisión, por los mismos hechos".

Quinta Epoca:

Tomo XXIX. Ruiz Julia.....pàg. 81.

Asimismo se ordenará la reaprehensión cuando deje de cumplir con las obligaciones inherentes al disfrute de la libertad provisional mismas que establece el artículo 567 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y mismas que consisten principalmente en presentarse ante el juez cuantas veces sea citado o requerido para ello, principalmente presentarse a las audiencias para el desahogo de las pruebas, comunicar al juzgado los cambios de domicilio que tuviere y presentarse ante el juzgado que conozca de su causa el día que se le señale de cada semana para firmar en el libro de control de procesados, cuando esto no suceda se ordenará la revocación de la libertad provisional y se deberá hacer efectiva la garantía que exhibió en favor del Estado; asimismo se deberá suspender el procedimiento en base al artículo 477 fracción I del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, hasta lograr su captura, una vez lograda ésta el proceso continuará únicamente por lo que hace al fugado; la suspensión del procedimiento se da en virtud de que no se puede llevar en materia penal un juicio en rebeldía y a espaldas del procesado.

De igual manera se ordenará la reaprehensión cuando una persona se encuentre gozando de libertad provisional, y se haya dictado en su contra sentencia definitiva y condenatoria con pena privativa de libertad, y no se le haya concedido sustitutivo y la misma haya causado estado en virtud de que ya no existan recursos ordinarios o extraordinario para combatirla.

Por otra parte, no es necesario para que proceda la orden de reaprehensión hacer un nuevo estudio sobre los requisitos que

establece el artículo 16 constitucional, ya que estos se dan por satisfechos en virtud de que la solicitud que hace el Ministerio Público de la orden de reaprehensión no significa el ejercicio de la acción penal, únicamente se requiere señalar la causa por la que la misma resulta procedente; de igual manera el juzgador puede negar la orden de reaprehensión que le solicite el representante social, cuando la causa que lo señale no se encuentra debidamente justificada.

La orden de reaprehensión se entregará al Ministerio Público para que a su vez sea transmitida a los Agentes de la Policía Judicial para su ejecución, y ya capturado sea remitido inmediatamente al reclusorio para ser puesto a disposición del juzgado que lo requiere, para seguir con el procedimiento, y volver a la situación jurídica que mantenía antes de la evasión.

CAPITULO TERCERO

INSTITUCIONES AFINES A LA ORDEN DE APREHENSION: LA FLAGRANCIA Y
LOS CASOS URGENTES, LA ORDEN DE COMPARECENCIA, LA ORDEN DE PRE-
SENTACION, EL ARRESTO.

CAPITULO TERCERO

INSTITUCIONES AFINES A LA ORDEN DE APREHENSION.

3.1. LA FLAGRANCIA Y LOS CASOS URGENTES.

LA FLAGRANCIA.

La primera excepción a la regla general de que toda persona para ser detenida se requiere de la correspondiente orden de aprehensión lo constituye el delito flagrante, al establecerse en el párrafo IV del artículo 16 de nuestra Carta Magna, en forma textual: "En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público".

Conforme al diccionario de la lengua castellana, flagrante significa: "en el mismo momento", y referido al delito, es en el mismo momento de estarse cometiendo sin que el autor haya podido huir. Por su parte el maestro Rafael de Pina señala que en el lenguaje jurídico el delito es flagrante: "cuando es descubierto en el momento de su ejecución o aquel en que el autor es sorprendido cuando lo acaba de cometer". (18)

En el mismo sentido el maestro Burgoa Orihuela, señala que:

(18) De Pina Vara, Rafael; Diccionario de Derecho, Décimosegunda Edición. Editorial Porrúa, México 1984, p. 274.

"delito flagrante es aquel cuyo autor es arrestado en el momento de estarlo cometiendo o perseguido materialmente después de haberlo perpetrado". (19)

Por su parte el autor Rivera Silva, refiere que flagrante: "es el momento mismo que esta resplandeciendo el delito". (20)

La expresión que utiliza nuestro texto constitucional de delito flagrante constituye un exceso en el lenguaje jurídico, porque pareciera ser a primera vista que se refiere a la existencia jurídica de un delito, que conforme al artículo 10. del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal le corresponde a los Tribunales Penales decidir cuando un hecho ejecutado es o no delito y lo que realmente se quiso referir el constituyente, al utilizar dicha expresión es precisamente la existencia material de la conducta que lo configura; por tanto sería deseable que la misma fuera sustituida por la expresión "conducta flagrante", pues se advierte del texto constitucional que la voluntad del constituyente fué autorizar a cualquier persona sea o no autoridad la detención del autor de la conducta (acción u omisión) material que puede configurar el delito, lo anterior se desprende del texto del artículo 21 constitucional en el que se faculta de manera exclusiva a la autoridad judicial la

(19) Burgoa Orihuela, Ignacio. ob. cit., p. 609.

(20) Rivera Silva, Manuel; El Procedimiento Penal, Décimo-cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1984, p. 143.

imposición de las penas una vez que ha determinado que la conducta constituye delito.

La facultad que se le concede a cualquier persona para privar de la libertad a quien desarrolla una conducta delictiva en el momento mismo de estarla realizando no constituye una garantía individual, sino una medida de protección social, que permite a sus miembros contribuir a que no se altere el orden público y la seguridad de la sociedad, poniendo a disposición de la autoridad inmediata o al Ministerio Público a sus autores, para ser consignados ante la autoridad competente a efecto de que dichas conductas no queden sin castigo; lo anterior se autoriza en virtud de la evidente e innegable participación del indiciado en el hecho delictivo, siendo facultativo para los particulares y siempre que no corran riesgos y en cambio para las autoridades y sus agentes se convierte en una obligación.

Por su parte el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en el artículo 267, señala: "Se entiende que existe delito flagrante, no sólo cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, sino cuando, después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculpaado es perseguido materialmente o cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad".

Con lo anterior se establecen diversas hipótesis de La Flagrancia, así tenemos que:

A) "Cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo", ésta primera hipótesis es lo que se ha dado en llamar propiamente flagrancia estricta, y es el acto en el que una persona es sorprendida mientras está cometiendo un delito, estableciéndose esa relación íntima entre el hecho delictuoso y su autor, es decir que la detención se realiza en la fase consumativa de la conducta.

B) "Cuando después de ejecutado el hecho delictuoso el inculpado es perseguido materialmente", ésta segunda hipótesis es lo que se ha dado en llamar cuasiflagrancia, y se condiciona para que proceda la misma, que la persecución sea ininterrumpida, esto es que no se suspenda, y además que no se le haya perdido de vista, esto es que no se ponga el inculpado fuera del inmediato alcance de los que le persigan. La palabra "después" debe entenderse que se inicia en los momentos inmediatos posteriores a la consumación del evento delictivo, no importando el tiempo que transcurra en la persecución siempre y cuando no cese la misma, si por cualquier razón se llegare a suspender ya no se estará en la hipótesis antes señalada, por tanto no abarca cualquier etapa posterior a la consumación del delito.

C) "Cuando en el momento de haberlo cometido alguien lo señale como responsable del mismo, y se encuentre en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad", es lo que se ha dado en llamar presunción de flagrancia y la misma proviene de que están resplandeciendo las pruebas de la participación del inculpado, también llamada flagrancia de la prueba; lo que existe en esta hipótesis son datos que hacen

suponer fundadamente que ese sujeto fué el autor o que tuvo participación en los mismos.

En estos casos el Ministerio Público iniciará la averiguación previa y decretará la detención si se encuentran satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merezca pena privativa de libertad en caso contrario decretará su libertad.

CASOS URGENTES

En el Párrafo Quinto del artículo 16 de nuestra Constitución Política se establece lo relativo a las detenciones en casos urgentes, sufriendo modificaciones con la redacción del texto anterior con motivo de las reformas, quedando en los siguientes términos: "Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención previamente fundado y motivado legalmente su proceder".

Por su parte el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece al respecto que: "Habrá caso urgente cuando:

- a) Se trate de delito grave, así calificado por la ley;
- b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y
- c) Que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad

judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.

El Ministerio Público al emitir la orden de detención en caso urgente deberá hacerlo por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en los incisos anteriores. La orden mencionada será ejecutada por la policía judicial, quien deberá sin dilación alguna poner al detenido a disposición del Ministerio Público que la haya librado".

Con ello se reafirma que la regla general para que un gobernado pueda ser afectado en su libertad personal para fines de un proceso penal, lo constituye la orden de aprehensión dictada por una autoridad judicial, y que solamente como excepción a esta regla se establece en la propia constitución, la flagrancia y los casos urgentes.

En el texto anterior se establecía que cualquier autoridad administrativa podía detener a una persona, en tales casos con la reforma se a resuelto que dicha autorización es solamente para el Ministerio Público, ampliando sus facultades y obligaciones, lo anterior en congruencia con el artículo 21 constitucional que establece: "la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel".

Pues como lo señala el maestro Burgoa Orihuela, respecto a los casos urgentes en su crítica al texto anterior a las reformas, que: "se habría un campo propicio al subjetivismo de las autoridades administrativas, incluyendo dentro de su tipo funcional y orgánico al Ministro Público para atentar contra la

libertad personal de los gobernados. En efecto, la estimación de cuando se estaba en presencia de un "caso urgente" quedaba al arbitrio de cualquier autoridad que pretendiera detener a una persona sin orden judicial. Por tanto era suficiente que cualquier autoridad administrativa abrigara esos temores, si estimaba que se estaba ante un caso urgente, procedía a detener a la persona. Se reflejó aguda y gravemente en la realidad misma que registró con demasiada frecuencia casos en que, sin orden judicial, se privaba a una persona de su libertad no sólo por funcionario del Ministerio Público, sino por autoridades administrativas a las que constitucionalmente y legalmente no incumbía la persecución de los delitos. Prueba de ella era que en la práctica abundaban las consignaciones tardías 'con detenido' ". (21)

La finalidad de las reformas es la de proteger de la mejor manera la libertad de los gobernados, precisando los términos de la autorización en los casos de una detención por casos urgentes.

Asimismo se establece la limitación a dicha autorización solo para la persecución de los delitos graves que señala la ley, considerando lo anterior solo los delitos que afecten seriamente la tranquilidad y la paz pública, con ello se concluye que no podrá ser detenida una persona por cualquier delito perseguible de oficio como anteriormente se señalaba.

La facultad que se le concede al Ministerio Público para ordenar la detención del indiciado en notoria urgencia en los casos en que concurren delito graves así calificados por la ley

(21) Burgoa Orihuela, Ignacio; ob. cit., pp. 610 y 611.

libertad personal de los gobernados. En efecto, la estimación de cuando se estaba en presencia de un "caso urgente" quedaba al arbitrio de cualquier autoridad que pretendiera detener a una persona sin orden judicial. Por tanto era suficiente que cualquier autoridad administrativa abrigara esos temores, si estimaba que se estaba ante un caso urgente, procedía a detener a la persona. Se reflejó aguda y gravemente en la realidad misma que registró con demasiada frecuencia casos en que, sin orden judicial, se privaba a una persona de su libertad no sólo por funcionario del Ministerio Público, sino por autoridades administrativas a las que constitucionalmente y legalmente no incumbía la persecución de los delitos. Prueba de ella era que en la práctica abundaban las consignaciones tardías 'con detenido' ". (21)

La finalidad de las reformas es la de proteger de la mejor manera la libertad de los gobernados, precisando los términos de la autorización en los casos de una detención por casos urgentes.

Asimismo se establece la limitación a dicha autorización solo para la persecución de los delitos graves que señala la ley, considerando lo anterior solo los delitos que afecten seriamente la tranquilidad y la paz pública, con ello se concluye que no podrá ser detenida una persona por cualquier delito perseguible de oficio como anteriormente se señalaba.

La facultad que se le concede al Ministerio Público para ordenar la detención del indiciado en notoria urgencia en los casos en que concurren delito graves así calificados por la ley

(21) Burgoa Orihuela, Ignacio; ob. cit., pp. 610 y 611.

se deriva la necesidad de que los legisladores locales para que tengan efectividad en sus respectivos espacios de aplicación determinen que delitos revisten la condición de "graves" en sus respectivas entidades; lo anterior cobra relevancia en virtud de que la calificación de delito grave tiene efectos colaterales, así por ejemplo, no permite que el inculpaado obtenga la libertad provisional tal como lo establece el artículo 20 fracción I de nuestra Constitución Política.

En el Distrito Federal para los delitos graves del orden común, se ocupa el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales, que en su parte final establece que: "para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se califican como delitos graves, los siguientes: Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60 párrafo tercero; terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en el artículo 150 y 152; ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 170; corrupción de menores previsto en el artículo 201; trata de personas previsto en el artículo 205 segundo párrafo; explotación del cuerpo de una menor por medio del comercio carnal previsto en el artículo 208; violación previsto en los artículos 265, 266, 266 bis; asalto previsto en los artículos 286 párrafo segundo y 287; homicidio previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315 bis, 320 y 323; secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las

circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracción VIII, IX, y X, y 381 bis; extorsión previsto en el artículo 390; y despojo previsto en el artículo 395 último párrafo, todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la república en Materia de Fuero Federal; así como el de tortura previsto en los artículos 3o. y 5o. de la ley Federal para prevenir y Sancionar la Tortura".

En el último párrafo del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales se establece asimismo la calificación de los delitos considerados como graves.

El criterio tal como se señala para calificar la gravedad de los delitos es el de que con ello se afectan de manera importante valores fundamentales de la sociedad, del análisis de dichos preceptos es evidente que no quedan comprendidos todos los delitos graves, pues existen otros delitos que afectan valores de esa jerarquía y que no han sido incluidos, lo anterior se afirma atendiendo a las penas asignadas a esos delitos pues ésta debe guardar proporción con la ofensa que el delito produzca y si el legislador actúa con severidad en la pena por responsabilidad en ciertos delitos que tiene considerado como graves, fijándole márgenes de prisión muy elevados con el fin de disuadirlos debía incluirlos, por lo que la relación de los delitos graves se hace de manera no razonada e inexplicablemente omisiva de algunas figuras típicas de indiscutible gravedad; además de crear confusión esta relación en su aplicación sobre todo si se toma en consideración la punibilidad de ellos, que hace que no puedan ser considerados como graves la comisión culposa y las tentativas, además de que puede existir disparidad de enfoques jurídicos para

conductas de la misma indole y de la misma trascendencia antisocial dada la organización federal y la multiplicidad de códigos procesales existentes como entidades federativas existen en nuestro país.

En el caso de los delitos culposos no debe considerarse en algunos casos como graves dada la penalidad atenuada que le confiere el legislador pues ello se justifica atendiendo a que no producen la misma ofensa a la sociedad o en la misma magnitud que la produce el delito en su tipo doloso; y en el caso de las tentativas no se prevén expresamente dentro de los delitos graves, haciendo alusión únicamente a los delitos básicos, y consecuentemente tomando en consideración que el propio artículo 14 constitucional señala que en los juicios del orden criminal esta prohibido la aplicación de la analogía e incluir a la tentativa como delito grave, sería con ello violar el principio de legalidad interpretando a la ley de manera analógica, pues como se señaló no produce en la misma magnitud, la ofensa que produce el delito en su tipo básico, lo anterior por la penalidad atenuada.

Siendo de esta manera como surge para nuestro procedimiento penal el concepto de delito grave con características diferentes, pues dicho concepto existía con anterioridad referido a aquellos delitos cuya pena de prisión excedían de cinco años en su término medio, no alcanzando el derecho a la libertad provisional.

Por otra parte y como la orden de detención que expida el Ministerio Público como acto de autoridad, debe ser fundada y motivada, toda vez que se vulnera la garantía de libertad del gobernado, por tanto expresamente se exige previamente la exis-

tencia de datos antes de la detención en contra del indiciado para evitar que tales detenciones se hagan con fines meramente investigatorios. Si la detención no es ejecutada de inmediato no se justifica que dicha orden de detención subsista, sin perjuicio de que el Ministerio Público en su oportunidad solicite orden de aprehensión a la autoridad judicial.

Una segunda condición para considerar que el caso es urgente consiste en estar en el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia; aunque esta condición cae en el terreno de la subjetividad en cuanto que el riesgo fundado de que el sujeto se sustraiga a la acción de la justicia tiene que ser realizada por el Ministerio Público en primer término por la apreciación que haga atendiendo a la circunstancia del caso concreto, pues como lo señala el maestro Burgoa Orihuela, que: "esto abre un campo ilimitado propicio al subjetivismo para determinar en que situación se esta realmente ante un caso urgente para detener a una persona sin orden de aprehensión aparte de ser arriesgada resulta la mas de las veces facultativa y puede conducir hasta la arbitrariedad". (22)

Esta condición debe analizarse de manera objetiva atendiendo como se señaló a las circunstancias que concurran en el caso pues de otra manera se caería en una estimación arbitraria tal como lo señala el maestro Burgoa misma que sería opuesta a la recta interpretación de la norma jurídica.

(22) Burgoa Orihuela, Ignacio; ob. cit., p. 612.

La tercera condición establecida por el párrafo quinto del artículo 16 constitucional para considerar un caso urgente consiste en que no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia; datos que nos permiten constatar de manera objetiva la imposibilidad de acudir ante la autoridad judicial y así hacer real la garantía de legalidad de todo gobernado; por tanto el representante social al ordenar la detención de una persona debe señalar en forma clara y precisa las circunstancias que le impidieron, en forma racional, acudir ante la autoridad judicial en las constancias para justificar la necesidad de esa urgencia.

Como complemento de los párrafos anteriores se estableció en el párrafo sexto del artículo 16 constitucional lo siguiente: "En caso de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley".

Con ello se establece un control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional en relación a detenciones, hechas en flagrancia o casos urgentes; estableciéndose que sea el juez a quien se le consigne el detenido, quien previo estudio de las constancias de autos, una vez que haya radicado la causa deberá de inmediato calificar la legalidad o ilegalidad del acto concreto de la detención, ratificándola si aquella es legal o en caso contrario ordenando su libertad, con lo cual se restituye al individuo la garantía que le fue violada. Pues en el caso de que el juez ratifique la detención estará reconociendo la legalidad de la misma no solo desde el inicio sino también de su prolonga-

ción durante la averiguación previa, que lo constituye la retención de dicho inculpado hasta la consignación, pues es la decisión del juzgador la que justifica esa privación de la libertad y crea el estado jurídico respectivo, para el efecto de que la persona consignada continúe detenida, si es que no se concede la libertad provisional cuando proceda, y en esa condición queda sujeta a la siguiente etapa que es la declaración preparatoria para llegar al auto que defina su situación jurídica en el plazo que fija el artículo 19 constitucional; con ello se obliga al juzgador a que resuelva sobre los extremos del artículo 16 constitucional antes de proceder a tomar la declaración preparatoria y resolver sobre los extremos del artículo 19 constitucional. En el supuesto de que no se ratifique la detención por haber sido ilegalmente detenido, por no haberse justificado la flagrancia o la notoria urgencia, la persona consignada deberá quedar en libertad con las reservas de ley; lo anterior independientemente de la responsabilidad penal o administrativa a que se hace acreedor al que hubiese ordenado o prolongado la detención.

Por su parte el Ministerio Público puede solicitar al juzgador que se libre la correspondiente orden de aprehensión en contra de dicho inculpado si se satisfacen los requisitos del artículo 16 constitucional, esto es, los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad de dicho inculpado, o solicitar la orden de comparecencia si el delito que se le imputa a la persona liberada tiene sanción no privativa de libertad o es de carácter alternativo, teniendo una pena no privativa de libertad y por inadvertencia haya sido consignada, o en su caso puede interponer el recurso de apelación en contra de

dicha resolución tal como lo establece el artículo 418 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que dice "Son apelables: II...; el de ratificación de la detención; el de formal prisión o de sujeción a proceso o el que los niegue; el que concede o niegue la libertad". Pueden interponer el recurso de apelación el Ministerio Público o el inculpado.

En tal virtud se concluye que para poderse ratificar la detención de un indiciado, cuando se consigna la averiguación con detenido, el juez debe analizar si efectivamente éste fue privado de su libertad en flagrancia de la conducta típica, al efecto, deberá examinar las constancias de autos para determinar la legalidad de la privación de la libertad, como un medio de control, para que la violación, en caso de existir, no quede consumada irreparablemente; lo mismo acontece respecto de la detención ordenada por el Ministerio Público en casos de urgencia, en cuya hipótesis, para ratificarse la detención del indiciado, se debe analizar si se cumplieron con los requisitos que establece el párrafo quinto del artículo 16 constitucional, o sea si se justificó que se está en presencia de las hipótesis de delito grave que así define la ley o ante el riesgo fundado de que el indiciado se pudiera sustraer de la acción de la justicia; también se deberá examinar cuál fue la causa por la que el Ministerio Público no pudo ocurrir ante la autoridad judicial a pedirle su intervención para el libramiento de una orden de aprehensión, además como todo mandamiento de autoridad se examinará si se fundaron y motivaron las causas que generaron el proceder del órgano de investigación.

Así las cosas, al ratificarse la detención, con anterioridad a la reforma constitucional, el juez verificaba que no hubiera operado la prescripción de la acción persecutoria o que el delito no estuviera sancionado con pena alternativa; actualmente, además, se debe cerciorar y examinar si se justifica la privación de la libertad del indiciado por orden de Ministerio Público o si fue sorprendido en flagrancia de la conducta típica, debiendo decretar su inmediata libertad con las reservas de ley si ello no está acreditado. Por otra parte la calificación de la detención, que habrá de hacerse al momento de la radicación de la causa, no incluye consideraciones relativas a la comprobación de los elementos del tipo penal ni a la probable responsabilidad, pues estos requisitos son necesarios para resolver la situación jurídica de un indiciado dentro del plazo constitucional.

En el párrafo séptimo del multicitado artículo 16 Constitucional se establece: "Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos en que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal".

Con lo anterior se define claramente el plazo por el cual el Ministerio Público puede retener a una persona que ha sido detenida en las hipótesis de flagrancia o urgencia, pues en el caso del cumplimiento de orden de aprehensión, debe hacerse sin demora ya que, quien materialmente ejecute dicho mandato no debe realizar diligencia alguna distinta a la puesta de disposición; con

esto se llena un vacío sobre la necesidad de establecer el tiempo máximo que debía durar la averiguación previa con detenido, pues dicho plazo le da a la autoridad la oportunidad que cumple con el deber de la integración de la averiguación en la que se deberá constatar la comisión del hecho delictuoso y los datos o elementos que hagan probable la responsabilidad del autor o autores para efecto del ejercicio de la acción penal y el inculpado pueda ejercer los actos propios de defensa, al establecerse el plazo de retención, mismo que es el tiempo el cual indiciado está a disposición del Ministerio Público, es con el fin por una parte de darle seguridad jurídica a los inculpados, pues ya no habrá lugar a posibles detenciones indefinidas, pues era un hecho de que el Ministerio Público a través de la Policía Judicial en los casos urgentes e inclusive a través de los particulares en los casos de delito flagrante efectuaban detenciones dentro del período de averiguación previa que muchas veces constituían verdaderas privaciones de la libertad por prolongarse durante varios días y en ocasiones en manos de la Policía Judicial por semanas enteras con la zozobra y temor de los detenidos, trayendo como consecuencia confesiones que en circunstancias normales no se producirían, y la angustia por parte de los familiares provocando un pánico real y desconfianza en la sociedad hacia las instituciones encargadas de velar por su seguridad; por otra parte las víctimas u ofendidos o la sociedad en general tendrán conocimiento de que el Ministerio Público cuenta con un plazo razonable para integrar la averiguación previa correspondiente, y en caso de que este fenezca y requiera mayor tiempo para dicha integración pondrá en libertad a dicho inculpado sin perjuicio

de que en estos casos solicite ante la autoridad correspondiente el arraigo, para posteriormente solicitar la correspondiente orden de aprehensión.

Con ello se trata de evitar detenciones arbitrarias prolongadas al libre albedrío del funcionario que realiza la averiguación previa y a la vez dar seguridad a los gobernados, pues existe dos intereses que hay que conciliar, por una parte la restricción de la libertad de un ciudadano y por otra la función del Ministerio Público como encargado de la persecución de los delitos, considerando que es un plazo razonable para desempeñar su función en forma correcta sin apresuramiento y obligándolo a a ser más eficiente, pues un plazo menor iría en detrimento de la administración de justicia.

Así también el Ministerio Público puede incurrir en responsabilidad penal al retener por más tiempo a un inculcado, así lo establece el artículo 225 fracción X del Código Penal que dice: "Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes: X.- Detener a un individuo durante la averiguación previa fuera de los casos señalados por la ley, o retenerlo por más tiempo del señalado por el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional."

En la segunda parte del párrafo séptimo que se analiza se autoriza la duplicación del plazo de cuarenta y ocho horas en los casos que la ley provea como delincuencia organizada, lo anterior se justifica por tratarse de uno de los males de nuestro tiempo, cuyo grado de organización, la disposición de amplísimos recursos económicos y financieros, uso de armas y vehículos

de toda especie (así como ilimitados recursos) y su letal capacidad de violencia, hacen que sean capaces de cometer delitos de tal magnitud que dificultan seriamente la facultad de persecución que le corresponde al Estado y que la averiguación previa se vuelva más compleja por la amplia capacidad que los delincuentes tienen para ocultar o eliminar huellas de sus comportamientos ilegales y de silenciar por diversos medios a testigos o víctimas. El carácter de delincuencia organizada se orienta por los criterios de permanencia en sus actividades ilícitas, su carácter lucrativo, el grado de complejidad en su organización y que esa asociación tenga como finalidad cometer delitos que afecten bienes jurídicos fundamentales de los individuos y la colectividad lo que a su vez alteran seriamente la seguridad pública o la salud, lo que hace difícil investigar este tipo de criminalidad violenta.

El artículo 26B bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala los delitos que son considerados como de delincuencia organizada: "En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que se deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada, que serán aquellos en que tres o más personas se organizan bajo reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento o reiterado con fines predominantemente lucrativos alguno de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero

Federal: Terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150 y 152; ataque a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; trata de personas prevista en el artículo 205 segundo párrafo; explotación del cuerpo de una menor de edad por medio del comercio carnal previsto en el artículo 208; violación previsto en el artículo 265, 266, 266 bis; homicidio doloso previsto en el artículo 302 con relación al 307, 315 y 320; secuestro previsto en el artículo 366 fracciones I a VI, exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en el artículo 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones IX y X, 381 bis; extorsión previsto en el artículo 390; despojo previsto en el artículo 395 último párrafo; así como el de tortura previsto en los artículos 3o. y 5o. de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura".

3.2. LA ORDEN DE COMPARECENCIA.

Cuando la consignación de la averiguación previa se hace sin detenido y por un delito que se sanciona con pena no privativa de libertad o alternativa, la misma se hace con pedimento de Orden de Comparecencia, en el primer caso porque no hay pena privativa de libertad y en el segundo porque siendo alternativa, sólo se podría saber si el delito merece pena de prisión hasta la sentencia; por su parte el Juzgador una vez que radique dicha averi-

guación previa y previo estudio de las constancias resolverá si se satisfacen los requisitos del artículo 16 Constitucional, esto es, si existen elementos de prueba que acrediten los elementos del tipo de que se trate y la probable responsabilidad penal de sus autores para obsequiarse dicha orden.

El artículo 133 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece : "En los casos a que se refiere el tercer párrafo del artículo 271 de este Código, y en todos aquellos en que el delito no dé lugar a aprehensión, a pedimento del Ministerio Público se librará la orden de comparecencia en contra del inculpado, para que rinda su declaración preparatoria, siempre que estén acreditados los elementos del tipo y la probable responsabilidad del inculpado.

La orden de comparecencia y la de aprehensión se entregarán al Ministerio Público".

Como se desprende del artículo anterior la orden de comparecencia es girada por el órgano jurisdiccional, en contra de los inculpados, por delitos que no tengan pena de prisión o ésta sea alternativa (prisión o multa) en la que se contemple una no privativa de libertad; o en el caso de que haya obtenido dicho inculpado su libertad bajo caución en averiguación previa, misma que debe ser solicitada por el Ministerio Público al ejercitar la acción penal, cumpliéndose los mismos requisitos que para una orden de aprehensión, lo anterior cobra especial relevancia toda vez que con dicha reforma brinda la seguridad de que un gobernado no será molestado por simples presunciones, sino que deben estar acreditados los elementos del tipo así como la probable responsabilidad penal; y la misma debe ser cumplimentada

a través de los agentes de la policía judicial; ello conlleva a una problemática de orden práctico cuando la misma se tiene que cumplir fuera de la jurisdicción del juzgador que la ha librado pues la policía que le ha de dar cumplimiento es la del lugar donde se encuentra el inculcado, lo anterior en virtud de que las ordenes de comparecencias no están comprendidas en los convenios de colaboración entre procuradurías por tanto no pueden ejecutarse por medio de dichos convenios quedando en este caso una laguna, pues anteriormente se cumplimentaban a través de exhortos, lo anterior en virtud de las reformas al artículo 119 constitucional.

En los casos en que procede la orden de comparecencia, a que se refiere el tercer párrafo del artículo 271 de la ley procesal, cuando el inculcado ha obtenido su libertad ante el Ministerio Público exhibiendo caución suficiente de que garantice no sustraerse a la acción de la justicia, sin perjuicio de que éste último solicite el arraigo; de tal suerte que resulta contradictorio, que alguien que garantizó que no se evadiría de la acción de la justicia e incluso se le previno al mismo para que comparezca para la práctica de diligencias ante el Ministerio Público o ante el Juez al que se le consignó la averiguación previa, en términos del párrafo sexto del artículo 271 en comento, se le mande traer por medio de policía judicial, pues al no incumplir ninguna norma y garantizar su libertad lo congruente sería que se le mandara a citar; es decir que la orden fuera directamente a la persona que ha de comparecer, para que lo haga por sí sólo o acompañado por su abogado para que se proceda a tomarle su declaración preparatoria, en día y hora señalados y en

caso de que la misma no fuera obedecida siendo debidamente notificado, se proceda al mandato de acompañamiento por medio de policía judicial o en su caso se expedirá la orden de aprehensión previa solicitud del Ministerio Público y se ordenará hacer efectiva la garantía que exhibió. Pues como lo señala el maestro Silva Silva "La orden de comparecencia, es una resolución del tribunal, con los mismos requisitos de la orden de aprehensión y que se diferencia de ésta en que la potencial sanción que podría ser aplicable no es de carácter corporal; el mandato de comparecencia es en sustancia un decreto de citación al imputado. No implica custodia posterior". (23)

La orden de comparecencia, traerá como consecuencia que se dicte por parte del juzgador el auto de sujeción a proceso, pues éste se dicta cuando se estima que hay base para un proceso por estar comprobados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad; la diferencia con el auto de formal prisión reside en que el primero se dicta cuando el delito imputado no tiene señalada únicamente pena corporal, su fundamento legal se encuentra en el artículo 18 Constitucional que establece, que: "Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva".

Teniendo este auto todos los requisitos medulares y formales del auto de formal prisión excepto la prisión preventiva; sin embargo se establece como restricción para la buena marcha del

(23) Silva Silva, Jorge Alberto; ob. cit., p. 500.

proceso que no podrá ausentarse del lugar del juicio, porque está obligado a comparecer cuantas veces se le requiera por parte de la autoridad jurisdiccional.

3.3. LA ORDEN DE PRESENTACION.

La Orden de Presentación o de Acompañamiento se da cuando una persona es obligada a comparecer ante la autoridad que lo requiera en cualquier calidad, la de denunciante o de testigos, excepto la de inculpado, salvo que se trate de la etapa de averiguación previa, en estos caso existe una restricción de su libertad que tiene un límite precario, el indispensable para el desahogo de la diligencia.

La orden de presentación supone por una parte el rechazo del citatorio en el que se le hace el llamado por parte de la autoridad, a una persona determinada para que acuda voluntariamente a un lugar y hora señalados para la práctica de alguna diligencia; ésta citación solamente puede ordenarla el juez durante el proceso y el Ministerio Público durante la averiguación previa, con el apercibimiento de ser presentados por la policía judicial en caso de incumplimiento, y si esto sucede, se gira la orden de presentación para que se presente el remiso; ésta orden se constriñe en acompañar al sujeto por parte de los agentes de la policía judicial quienes lo escoltarán y lo custodiarán ante la autoridad que lo requiere, sin que dicha costodia continúe una vez terminada la diligencia.

"El mandato de acompañamiento -dice Manzini- es un decreto del juez o de otra autoridad revestida del relativo poder, consiste en el mandamiento impartido por esa misma autoridad a los oficiales y agentes de la policía judicial o de la fuerza pública para que conduzcan a su presencia al imputado, a los denunciantes o testigos si hace falta hasta mediante el empleo de la fuerza." (24)

3.4. EL ARRESTO.

En el artículo 21 de nuestra Constitución Política se establece: ". . . Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas. Pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas."

Por tanto el arresto como lo señala el Maestro Rivera, Silva "Es la privación de la libertad como consecuencia de un mandato de autoridad administrativa". (25)

(24) Manzini. Citado por Silva Silva, Jorge Alberto; ob. cit., p. 500.

(25) Rivera Silva, Manuel; ob. cit., p. 135.

En este caso la autoridad administrativa hará comparecer al infractor para que se levante el acta correspondiente y a continuación la autoridad competente lo sancione con multa, si es que se dió la infracción, concediéndole un plazo racional para pagarla y en caso de que no se cubra la sanción pecuniaria se podrá expedir la orden de arresto, sustituyendo con esta medida el pago de la multa, salvo que la medida sea de arresto inmutable, como en el caso de manejar en estado de ebriedad.

Por otra parte los artículos 31 y 33 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establecen como corrección disciplinaria y como medidas de apremios, el arresto hasta de treinta y seis horas, como medida de carácter disciplinario es de lo que dispone el juzgador para hacer cumplir sus determinaciones; con ello se trata de evitar la contumacia o rebeldía de las partes o de los particulares frente a una determinación judicial.

Por su parte el maestro De Pina Vara, refiere que: "Arresto es una corta privación de la libertad, que puede ser impuesta por una autoridad judicial o administrativa". (26)

En el mismo sentido el autor Colin Sánchez, señala que: "El arresto es un procedimiento de restricción a la libertad menos riguroso que la captura o aprehensión, en virtud de que tiene un

(26) De Pina Vara, Rafael; ob. cit., p. 103.

carácter perentorio o temporal y no siempre emana de la autoridad judicial. Es una forma de coerción represiva limitada a un tiempo determinado que no debe exceder del que establece la ley, puede llevarse por motivos distintos a la comisión de un delito y ajenos del todo al proceso, tal es el caso de la violación a los reglamentos de policía". (27)

Se explica lo anterior por la necesidad de que los tribunales estén dotados de estas medidas coactivas, por que de otra manera, sus determinaciones no pasarían de simples consejos o sugerencias y su cumplimiento quedaría a voluntad de los particulares.

Luego entonces, concluimos que el arresto es una forma de coerción corporal, represiva, limitada a un tiempo determinado y que de acuerdo a lo establecido legalmente, no debe exceder de un término de treinta y seis horas, considerándose como castigo o correctivo disciplinario para hacer cumplir ciertas disposiciones impuestas por la autoridad administrativa o judicial según corresponda.

(27) Colin Sánchez, Guillermo; ob. cit., p. 185.

CAPITULO CUARTO

REQUISITOS CONSTITUCIONALES PARA DICTAR UNA ORDEN DE APREHENSION:
QUE CONSTE EN MANDAMIENTO ESCRITO, QUE LO DICTE UNA AUTORIDAD
COMPETENTE, QUE PRECEDA DENUNCIA O QUERELLA, QUE SEA DE UN HECHO
DETERMINADO QUE LA LEY SENALE COMO DELITO SANCIONADO CUANDO MENOS
CON PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, QUE SE ACREDITEN LOS ELEMENTOS
DEL TIPO PENAL, QUE SE ACREDITE LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.

CAPITULO CUARTO

REQUISITOS CONSTITUCIONALES PARA DICTAR UNA ORDEN DE APREHENSION.

4.1 QUE CONSTE EN MANDAMIENTO ESCRITO.

El acto de la autoridad judicial penal en el que se ordene la aprehensión de un gobernado para ser válida y produzca efectos jurídicos de acuerdo al artículo 16 de nuestra constitución política debe reunir la formalidad de ser por escrito; por consiguiente todo mandamiento u orden que se realice en forma verbal mediante el cual se pretenda privar de su libertad a una persona resulta violatoria de la garantía de seguridad a que hace alusión el artículo antes mencionado.

El dictado de que el mandamiento de toda autoridad debe ser por escrito va dirigido a todos los órganos del Estado, pues es en el documento donde se expresa la voluntad de dicho órgano, y la orden de aprehensión como todo acto de molestia en la persona debe reunir este requisito constitucional; pues ello además permitirá saber si el mandato procede de autoridad judicial penal competente, es decir si es su atribución de ese órgano del Estado o la misma constituye un exceso de poder; y si éste se encuentra fundado, es decir si se señala en el mandamiento escrito la denominación correcta de la ley y el artículo que lo faculta para dictar la orden de aprehensión; y si este se encuentra motivado es decir que si se señalan en acto de autoridad que pruebas y razonamientos llevan a la convicción del juzgador por tener por

acreditados los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad de dicho inculpado, lo anterior le permitirá a los gobernados probar la existencia del acto a través del documento que lo contiene y el contenido del mismo, para conocer sus alcances es decir los derechos y obligaciones que se derivan de la aplicación de ese mandato sin que se pueda variar su contenido, permitiendo la posibilidad de defensa al impugnarse a través de los medios legales que brinda la ley, cumpliéndose con ello el principio de seguridad jurídica que nuestra Carta Magna brinda a los particulares.

Esta formalidad es lo que hace nacer a la vida jurídica el acto de la autoridad, pues si éste no obra por escrito se estará ante la presencia de una expectativa de derecho pero no ante un acto de autoridad pues éste requiere que se materialice a través de un documento.

Además dicho documento debe ser firmado tanto por el titular del juzgado penal que es el juez, como por el secretario de acuerdos, quien dá fe de lo actuado por el juzgador que lo dicta, lo anterior aunque no se establezca en el texto constitucional, pues desde el punto de vista legal es la firma que le dá la autenticidad al escrito y firmeza a la resolución; pues la forma en que el titular del órgano del Estado adquiere una relación directa entre lo expresado y la firma que lo calza, pues de ello se deriva responsabilidades del contenido y consecuencias de la emisión del mandamiento.

Al respecto el maestro Burgoa Orihuela, señala que:
"Todo funcionario subalterno, o todo agente de autoridad debe

siempre obrar en base a una orden escrita expedida por el superior jerárquico... Para que se satisfaga la garantía formal del mandamiento escrito no basta que éste se emita para realizar algún acto de molestia en alguno de los bienes jurídicos que menciona el artículo 16 constitucional, sino que es menester que el particular afectado se le comunique o se le dé a conocer. Esta comunicación o conocimiento pueden ser anteriores o simultáneos a la ejecución del acto de molestia, pues la exigencia de que éste conste en mandamiento escrito, sólo tiene como finalidad que el gobernado se entere de la fundamentación y motivación legales del hecho autoritario que lo afecte, así como de la autoridad de quien provenga. Por otra parte, debe advertirse que el mandamiento escrito debe contener la firma auténtica del funcionario público que lo expida ya que no es sino el signo gráfico con el que, en general, se obligan las personas en todos los actos jurídicos en que se requiere la forma escrita". (28)

En el mismo sentido el autor Mancilla Ovando, refiere que: "El acto de autoridad constitucional produce efectos jurídicos cuando se establece por escrito. Es su calidad de mandamiento escrito lo que le permite nacer a la vida jurídica. Si no se cumple este requisito, estaríamos en presencia de una expectativa de derecho, pero no de un acto de autoridad. Su explicación la encontramos en que las facultades del poder público consagradas en ley, son atribuciones abstractas, generales e impersonales, en

(28) Burgoa Orihuela, Ignacio; ob. cit., p. 601.

tanto no se materialicen, y esto último sólo es posible cuando la autoridad formula el acto por escrito para hacer o dejar de hacer lo que la ley manda.

La garantía individual que se estudia, se complementa con la interpretación en el sentido que todo acto de autoridad debe ser firmado por el titular del órgano que lo dicta; y la firma tendrá que ser auténtica". (29)

En tal virtud toda orden de aprehensión debe ser obsequiada por escrito y firmada por el órgano del Estado que lo dicta expresándose en ella los motivos y fundamentos legales en que se apoya entregándose copia de dicha resolución al detenido para que pueda darse cuenta exacta de la acusación que existe en su contra y pueda preparar su defensa, esto último en la práctica no sucede a pesar de la importancia que reviste la privación de la libertad de una persona.

Se entiende luego entonces que, todo mandamiento escrito, debe contener la firma de la autoridad competente, porque de no ser así, se tendrá por no aplicada la ley al caso concreto y que sus términos no obligan a los particulares.

Resumiendo, el acto de autoridad establecido por escrito, permite al gobernado probar su existencia; ello significa certeza jurídica, pues a través del documento podrá acreditar sus términos sin que puedan variar sus dictados, estando consciente de los

(29) Mancilla Ovando, Jorge Alberto; ob. cit., p. 56.

alcances de derechos y obligaciones que se materializan al aplicar la ley, lo que le brinda la oportunidad de defensa al través de los medios de impugnación previstos en la ley.

4.2. QUE LO DICTE UNA AUTORIDAD COMPETENTE.

Dentro de los requisitos que debe regir todo acto de autoridad que implique molestia a los gobernados en su derecho se encuentra el de la competencia. El autor De Pina Vara, define a la competencia como: "la potestad de un órgano de jurisdicción para ejercerla en un caso concreto". (30)

En el mismo sentido el maestro Silva Silva, refiere que: "la competencia penal es el límite dentro del cual se puede ejercer la función jurisdiccional por parte de un órgano del Estado". (31)

Entendiéndose por competencia como la facultad atribuida a un órgano de autoridad para llevar a cabo determinadas funciones o para realizar determinados actos judiciales, al ser atribuidas a una autoridad determinadas facultades, los actos que realice o ejecute, para que tengan validez y sean lícitos deberán tener su origen en la ley. Siendo nuestro país tan extenso y los múltiples litigios que se ventilan no es posible que un solo juzgado re-

(30) De Pina Vara, Rafael; ob. cit., p. 164.

(31) Silva Silva, Jorge Alberto; ob. cit., p. 137.

suelva dichas controversias haciéndose necesaria la división del trabajo, de esta manera algunos tribunales les toca conocer de la materia civil y a otros de la materia penal, a unos de los delitos federales y a otros los locales, a unos les toca conocer en primera instancia y a otros en segunda instancia; por tanto el poder de jurisdicción de cada uno de estos órganos se encuentra limitado, por las reglas que lo regulan y de la esfera del juicio que conocen y ese límite es lo que constituye su competencia.

La competencia por regla general se establece por el lugar en que se comete el delito; según lo establece el artículo 446 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que al respecto asevera: "Es juez competente para juzgar de los hechos delictuosos y para aplicar la sanción procedente: el del lugar donde se hubiere cometido el delito".

Existen diversos criterios para establecer en que casos puede actuar un órgano judicial en materia penal, pero en términos generales los autores coinciden que en el Distrito Federal la competencia se determina:

- a) Por razón de la pena, pues conforme al artículo 10 y 11 de nuestra legislación procesal penal, los juzgados de paz penal conocen de delitos con penas de leves o levisimas, hasta dos años de prisión y cuando sea mayor de dos años conocerán los juzgados de primera instancia;
- b) Por razón del territorio, pues como se señaló anteriormente es juez competente el del lugar en donde se hubiere cometido el delito, pues a cada órgano judicial penal se le asigna un espacio territorial sobre el cual ejerce poder;
- c) Por razón del grado, son competentes las Salas Penales del

Tribunal Superior del Distrito Federal, para conocer de los recursos de apelación y de denegada apelación dictadas por los jueces penales;

d) Por razón del fuero (local y federal), serán competentes los juzgados penales federales para conocer de aquellos asuntos en que no actúa la federación como sujeto pasivo y sean competentes los jueces de las entidades federativas tal como lo establece el artículo 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Por su parte el jurista Franco Sodi, señala que: "la competencia se determina por razón de la materia, del lugar y de la persona. En consecuencia, para saber si un juez debe conocer de un proceso determinado, habrá que ver: 1o.- Si es competente para conocer del delito que motiva el proceso; 2o.- Si, enseguida, también es competente por razón del lugar donde dicho delito se ejecutó, y 3o.- Por último, si siendo competente por tales razones, lo es también en consideración de la persona a quien se imputa". (32)

Lo anterior aplicado a las ordenes de aprehensión nos lleva a colegir que solo pueden dictar ordenes de aprehensión los jueces competentes para ello, es decir los jueces penales, por tanto las ordenes de aprehensión dictadas por jueces civiles, familiares o

(32) Franco Sodi. Citado por Garcia Ramirez, Sergio Y Adato de Ibarra, Victoria; Prontuario del Proceso Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México, p. 58.

del arrendamiento, son ilegales pues todos ellos son incompetentes por materia; asimismo las ordenes de aprehensión dictadas por un juez aunque éste sea de la materia penal pero incompetente por razón del territorio o de fuero (federal o local), resultan igualmente inconstitucionales.

Al respecto el maestro González Bustamante, señala que: "el mandamiento de detención (léase aprehensión) por ser un acto esencialmente jurisdiccional sólo puede emanar de la autoridad judicial expresamente facultada por la ley y que además disfrute de jurisdicción y de competencia." (33)

Es un acto jurisdiccional que procede cuando el delito imputado merece ser sancionado cuando menos con pena privativa de libertad.

Sin embargo nuestra legislación Procesal Penal para el Distrito Federal, establece en su artículo 449, que el juzgador practique las diligencias que no admitan demora y dicte el auto de formal prisión o el de libertad por falta de elementos para procesar, reservando la substanciación de la competencia para un momento posterior remitiendo de oficio las actuaciones a la autoridad que juzgue competente, lo anterior si el gobernado se encuentra detenido, y si no es así, es decir que se encuentre en libertad, puede solicitar el amparo y este debe serle concedido en virtud de la incompetencia de la autoridad que dicta la orden

(33) González Bustamante, Juan José; ob. cit., p. 112.

de aprehensión que se combata, lo cual resulta de dudosa legalidad pues no se le puede dar validez a un acto convalidando las actuaciones que tienen un origen inconstitucional por provenir de autoridad incompetente.

4.3 QUE PRECEDA DENUNCIA ACUSACION O QUERRELLA.

El artículo 16 de nuestra Constitución en su párrafo segundo, señala que: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela...", con ello se establece que los medios de procedibilidad para provocar la actividad del Ministerio Público en la investigación de los delitos y buscar el castigo de los delincuentes son la denuncia, acusación o querrela.

Por su parte el artículo 262 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece: "Los agentes del Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo a las ordenes que reciban de aquéllos, están obligados a proceder de oficio a la averiguación de los delitos del orden común de que tengan noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

I.- Cuando se trate de delitos en los que sólo se puede proceder por querrela necesaria, y si no se ha presentado ésta, y

II.- Cuando la ley exija un requisito previo, y éste no se ha llenado".

De acuerdo con el texto anterior la investigación que de los delitos realice el Ministerio Público en la preparación de la acción penal para solicitar la orden de aprehensión a la autoridad judicial, se condiciona a que previamente dicha autoridad tenga noticia de que se ha cometido un hecho delictuoso, y esa noticia llegara a su conocimiento mediante una denuncia, acusación o querrela, y una vez recibida éstas la autoridad oficiosamente procederá a investigar el delito sin esperar nuevas excitativas y sin que se satisfagan ningún otro requisito.

En el caso de la denuncia no interesa la anuencia o el permiso del ofendido para iniciar las investigaciones por parte del representante social, como sucede con la querrela.

Por su parte el jurista Zamora Pierce, señala que la denuncia es: "la noticia que dá cualquier persona a la autoridad competente, sobre determinado hecho, posiblemente constitutivo de un delito perseguible de oficio. Esa Notitia Criminis puede provenir tanto de la víctima del delito como de un tercero, de un particular o de un empleado o funcionario público, de un procesado, de un reo, de un nacional o de un extranjero, de un mayor o de un menor de edad, e incluso del propio autor del delito (autodenuncia)". (34)

(34) Zamora-Pierce, Jesús; ob. cit., p. 16.

Asimismo el maestro Garcia Ramirez, apunta que: "denuncia es la transmisión de un conocimiento sobre determinado hecho con apariencia delictuosa, que cualquier persona hace (o debe de hacer) a la autoridad competente. Opera en el supuesto de delitos perseguibles de oficio". (35)

Por tanto la denuncia puede presentarla cualquier persona independientemente de su edad, sexo, religión, nacionalidad o condición social e inclusive tratándose de personas morales tendrá el carácter de denunciante la persona que se presente ante el Ministerio Público para hacer de su conocimiento la posible comisión de un delito independientemente de que la persona moral se le haya o no otorgado un poder para ello, pues la denuncia dada su naturaleza no admite apoderados, en virtud de tratarse de delitos que se persiguen de oficio esto es aquellos que afectan directamente a la sociedad y ésta, está interesada en que se investigue y se sancione, pues en este caso existe la acción pública que no exige denunciante exclusivo o querellante.

En el caso de la querrela al igual que la denuncia deben considerarse como requisitos de procedibilidad, toda vez que sin ella el Ministerio Público no puede ejercitar la acción penal, e inclusive creemos que no podría legalmente iniciar la investigación pues esta resultaría ociosa en caso de no presentarse la

(35) Garcia Ramirez, Sergio y Adato de Ibarra, Victoria; ob. cit., p. 23.

querrela; y la actividad del querellante se reduce a comparecer ante el Ministerio Público a narrar los hechos manifestando su deseo a que sea perseguido el delincuente y lo anterior no lo faculta para tener la calidad de parte en el proceso; por otra, en tal virtud no puede considerarse la misma como un elemento del delito o como condición objetiva de punibilidad, así como tampoco una acción privada, en virtud de que no se puede hacer depender de la voluntad de una persona la existencia o inexistencia de un delito, pues ello nos llevaría a concluir de que un hecho constituiría o no delito, según que hubiese o no querrela; asimismo tampoco puede considerarse como condición de punibilidad, pues se llegaría a la conclusión de que un hecho por no ser punible no sería delito, además de que no quedaría al arbitrio del particular si se aplica o no la pena, pues esta es facultad exclusiva del órgano jurisdiccional, pues no debe confundirse la situación de que por el hecho de que dicho querellante pueda desistirse de la querrela formulada quede a su arbitrio la punibilidad del acto; por otra parte tampoco constituye una acción privada en virtud del monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Público conforme al artículo 21 constitucional, además de que la formulación de la querrela no necesariamente determina que se ejercite la acción penal, pues esta debe ser consecuencia de la investigación que de los hechos querrelados realice el Ministerio Público.

Este requisito de procedibilidad se presenta en los delitos que se persiguen a instancia de parte interesada, en virtud de que se ha estimado de que entra en juego un interés particular de mayor intensidad que el daño sufrido por la sociedad, pues actuar

oficiosamente en estos casos, con la publicidad se podría ocasionar mayores daños a los ofendidos que los que experimenta la sociedad con el mismo delito, y las inconveniencias que representa un proceso penal.

Al respecto el maestro Rivera Silva, señala: "nosotros siempre hemos creído que no deben existir delitos perseguibles por querrela necesaria debido a que el derecho penal tan sólo debe tomar en cuenta intereses sociales y no abrazar situaciones que importan intereses de carácter exclusivamente particular. Si el acto quebranta la armonía social debe perseguirse independientemente que lo quiera o no la parte ofendida, y si el acto por cualquier razón vulnera únicamente intereses particulares, este acto debe desaparecer del catálogo de los delitos, para irse a hospedar a otra rama del derecho". (36)

Contrariamente a lo señalado por el maestro Rivera Silva, el catálogo de los delitos que son perseguibles a petición de parte (querrela) se amplía ya que se extiende a otros delitos que anteriormente no requerían este requisito de procedibilidad, como es el, caso de Violación de Correspondencia en el artículo 173; Amenazas, artículo 282; Atropellamiento, artículo 341; y los delitos señalados en el artículo 399-bis e inclusive se acepta que este tipo de delitos perseguibles previa querrela, el perdón se otorgue aún después de dictar sentencia condenatoria, que haya

(36) Rivera Silva, Jesús; Procedimiento Penal, ob. cit., p. 110.

ESTA TESTA NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

causado ejecutoria; en cuyo caso se hará la consiguiente manifestación en forma indubitable, ante al autoridad ejecutora, así lo señala el artículo 93 del Código Penal.

El maestro Zamora-Pierce al definir la querrela, señala que: "Es la noticia que dan las personas limitativamente facultadas a la autoridad competente, sobre determinado hecho posiblemente constitutivo de un delito perseguible a petición de parte, expresando su voluntad de que se persiga penalmente". (37)

En el mismo sentido el autor Osorio y Nieto dice que por querrela, se entiende: "La manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal". (38)

Por su parte el maestro Arilla Bas, dice: "que para que el Ministerio Público inicie la averiguación previa, auténtico período de preparación del ejercicio de la acción penal, es menester que se satisfagan los requisitos de procedibilidad a que hace referencia la norma constitucional, es decir, que medie denuncia, acusación o querrela, entendida éstas dos últimas de

(37) Zamora-Pierce, Jesús; ob. cit., p. 15.

(38) Osorio y Nieto, Cesar Augusto; ob.cit., p. 22

acuerdo con las opiniones mas difundidas de la mayoría de los autores, como sinónimas". (39)

La doctrina dominante considera a la acusación con la querrela como sinónimas, sin embargo es hacerse notar que existen opiniones en contrario entre las que se encuentran las del autor Osorio y Nieto, quien refiere que la acusación: "es la imputación directa que se hace a una persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguido de oficio o a petición de parte de la víctima u ofendido; en la acusación se realiza una imputación directa y categórica en contra de una persona determinada". (40)

Como puede observarse a diferencia de los delitos que se persiguen de oficio que pueden ser denunciados por cualquier persona tratándose de delitos que se persiguen a petición de parte, sólo pueden actuar determinadas personas que establece la ley con la calidad de querellantes, estableciéndose como regla general que la querrela debe presentarla el ofendido por el delito o por su representante; así el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece que: "Cuando para la persecución de los delitos sea necesaria la querrela de parte ofendida, bastará que ésta, aunque sea menor de edad, manifieste verbalmente su queja, para que se proceda en los

(39) Arilla Bas, Fernando; ob. cit., p. 56

(40) Osorio y Nieto, Cesar Augusto; ob. cit., p. 22

términos de los artículos 275 y 276 de este código. Se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de la querrela necesaria, a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta imputada al indiciado, y tratándose de incapaces, a los ascendientes y a falta de éstos, a los hermanos o a los que representen a aquellos legalmente; cuando la víctima por cualquier motivo no se pueda expresar, el legitimado para presentar la querrela serán las personas previstas por el artículo 30-bis del Código Penal para el Distrito Federal.

Las querellas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por apoderado que tengan poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesaria acuerdo previo o ratificación del consejo de administración o de la asamblea de socios o accionistas ni poder especial para el caso concreto.

Para las querellas presentadas por las personas físicas, será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de rapto, estupro o adulterio en los que se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero de este artículo".

La querrela al igual que la denuncia consisten precisamente en la comunicación, en el aviso o en la noticia dada a la autoridad investigadora misma que pueden ser formuladas verbalmente o por escrito, sobre un hecho determinado posiblemente constitutivo de delito, pero la primera de ellas se diferencia de la denuncia en la manifestación de la voluntad del ofendido que se persiga

penalmente al sujeto activo del delito; al comparecer tanto el denunciante como el querellante ante el representante social se le hará saber por éste la trascendencia jurídica del acto que realiza, sobre las penas en que incurrirán los que declaran falsamente ante las autoridades y sobre las modalidades del procedimiento según se trate de delitos perseguibles de oficio o por querrela.

Los delitos perseguibles por querrela de acuerdo al Código Penal son: "a).- Las lesiones previstas en el artículo 287; b).- Daño en propiedad ajena y cuando se causen lesiones por culpa con motivo de tránsito de vehículo cualquiera que sea su naturaleza prevista en el artículo 62; c).- Peligro de contagio venéreo entre cónyuge o concubinario en el artículo 169-bis; d).- Violación de correspondencia, artículo 173; e).- Amenazas, artículo 282; f).- Estupro, artículo 263; e).- Adulterio, artículo 274; f).- Abandono de cónyuge, artículo 337; g).- Injuria y difamación o calumnia, artículo 360; h).- Fraude, artículo 386; j).- Abuso de confianza, artículo 382; k).- Daño en propiedad ajena, artículo 397; l).- Robo de uso, artículo 380; m).- Despojo, artículo 395 en relación al 399-bis."

La querrela como acto voluntario puede presentarse si lo desea el querellante o en su caso abstenerse o bien revocar esa voluntad, para que se investigue, se ejercite la acción penal y se procese al inculpado; a través del perdón, conforme al artículo 93 del Código Penal para el Distrito Federal, este extingue la acción penal cuando es otorgado por el ofendido o el

legitimado para hacerlo, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la acción penal o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia en segunda instancia, y una vez otorgado el perdón no podrá revocarse; agregando en su último párrafo que el perdón del ofendido y del legitimado para otorgarlo en delitos de los mencionados en los dos párrafos anteriores, también extingue la ejecución de la pena, siempre y cuando se otorgue en forma indubitable ante la autoridad ejecutora; dicho perdón o revocación de la querrela no debe estar condicionada al cumplimiento de alguna obligación, dando lugar con ello que no continúe la investigación o la terminación definitiva del proceso y aún de la ejecución de la sentencia.

En consecuencia el requisito de procedibilidad es el que viene a dar legalidad y validez a todo acto de autoridad que afecte la esfera jurídica de quien a cometido un delito, por tanto si no existe la querrela no se podrá privar de la libertad a una persona, en tal virtud la autoridad judicial al resolver sobre la solicitud de la orden de aprehensión si existe querrela en los delitos que así lo exijan y si ésta fue presentada por parte legítima.

4.4. QUE SEA UN HECHO DETERMINADO QUE LA LEY SENALE COMO DELITO SANCIONADO CUANDO MENOS CON PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

Dentro de los requisitos para obsequiar una orden de aprehensión se encontraba; que la denuncia, acusación o querrela fueran

sobre un hecho determinado que la ley castigara con pena corporal. Con las Reformas Constitucionales que se publicaron en el Diario Oficial de la Federacion con fecha 3 de septiembre de 1993, el texto del articulo 16 de nuestra carta magna sobre este punto, sufrio modificaciones para quedar como sigue: "No podra librarse orden de aprehension sino por la autoridad judicial y sin que precede denuncia, acusacion o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad..."

Resulta acertada la sustitucion del termino pena corporal por el de "cuando menos pena privativa de libertad", por que con ello se evita la confusion respecto de las penas señaladas en el articulo 22 de nuestra Constitucion, pues el termino pena corporal tiene la connotacion de afectar la integridad fisica de una persona, en dicho numeral se establece: "Quedan prohibidas las penas de mutilacion y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie..."; esta exigencia va dirigida al organo jurisdiccional quien habra de dictar la orden de aprehension y en forma accesoria se hace extensiva al Ministerio Público, en su condicion de solicitante.

Este requisito de cuando menos con pena privativa de libertad se satisface unicamente si la pena privativa de libertad no esta señalada como alternativa con otra que no afecte la libertad de la persona, pues de ser asi, y de acuerdo con la parte inicial del parrafo primero del articulo 18 de la constitucion no puede haber lugar a prision preventiva, pues al ocurrir esta situacion solo procedera a solicitar orden de comparecencia, por tanto la

autoridad judicial penal no podrá ordenar que sea aprehendida una persona para efecto del proceso en los casos en que la ley establezca como sanción del delito una pena de menor grado a la de la privación de la libertad deambulatoria; además de abarcar la hipótesis de pena de muerte.

Al establecer el texto constitucional que la denuncia, acusación o querrela, se refiera a un hecho determinado que la ley señale como delito; se busca establecer el principio de responsabilidad por el hecho y no por el autor, garantizándose con ello que la ley solo sancione conductas humanas antisociales, mas no meros aspectos de la personalidad del indiciado.

En tal virtud, solo por delito sancionado abstractamente en la ley penal con pena privativa de libertad o con pena contra la vida (pena de muerte) tal como lo contempla la constitución en su artículo 22, o en el caso del fuero militar, habrá lugar al obsequiamiento de la correspondiente orden de aprehensión; pues esto dará lugar a la prisión preventiva y cuando no sea así, o esta sea alternativa, es decir prisión o multa, el probable sujeto activo del mismo debe forzosamente permanecer en libertad sin sufrir restricción de ninguna especie y la autoridad judicial penal estará impedida legalmente para expedir la orden de aprehensión.

Al respecto el maestro Zamora Pierce, señala que: "No podrá librarse ninguna orden de aprehensión... (salvo por) un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal (léase pena de prisión); si el delito que se imputa no está sancionado con pena de prisión, el inculpado no puede ser sometido a prisión preven-

tiva, ni tampoco puede ser privado de su libertad mediante una orden de aprehensión, así como tampoco debe dictarse orden de aprehensión si el delito es sancionado con pena alternativa (prisión o multa), pues en esta hipótesis no tenemos la certeza de que en caso de ser declarado culpable, el inculcado será sancionado con pena de prisión y solo podremos saberlo cuando se dicte la sentencia". (41)

4.5. QUE SE ACREDITEN LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.

Como se observa, el segundo párrafo del artículo 16 constitucional, texto reformado mantiene la exigencia de que "la orden de aprehensión sea dictada por la autoridad judicial... y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal...".

Que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal. Esta es una nueva expresión y un requisito que ahora se requiere para el obsequiamiento de una orden de aprehensión; requisito que está acorde con lo señalado por el artículo 19 constitucional, para el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

Los "elementos que integran el tipo penal" son los contenidos en la descripción típica hecha en la ley, por tanto el juzgador

(41) Zamora-Pierce, Jesús; ob. cit., p. 17.

debe examinar, comparando, si esa descripción típica que se hace en la legislación, se adecúa al hecho realizado por el inculpado; y esto se hará comprobando si se encuentran reunidos en su totalidad dichos elementos, pues de lo contrario si falta alguno no habrá tipicidad y en tal virtud la orden de aprehensión deberá negarse.

En consecuencia, el Ministerio Público sólo hará la consignación y la solicitud de orden de aprehensión, si con los datos que ha arrojado la averiguación previa se han acreditado los elementos del tipo penal del delito que se le atribuye al autor o partícipe, así como la probable responsabilidad del indiciado, tal como lo establece el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, lo cual coincide con el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Asimismo el artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala: "Cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previos que en su caso exijan la ley y que se han acreditado los elementos del tipo y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda".

Y en su párrafo quinto señala: "El juez ordenará o negará la orden de aprehensión, reaprehensión o comparecencia solicitada por el Ministerio Público dentro de los cinco días contados a partir de la fecha en que se haya acordado la radicación".

En tal virtud se establece como requisitos para el dictado de

la orden de aprehensión la existencia de datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado. Tales requisitos consisten en acreditar mediante la existencia de datos (éstos como sinónimos de prueba), los elementos del tipo penal en su descripción legal y la probable responsabilidad del indiciado, en el entendido que para cumplirse con lo que establece la primera parte del artículo 16 constitucional, se requiere de la motivación necesaria y la fundamentación, la cual se satisface mediante la precisión de las circunstancias de lugar, tiempo y ejecución del hecho delictuoso, y las probanzas que lo acreditan así como los fundamentos legales que la contienen, para garantizar la defensa del indiciado, requisito necesario que debe contener todo acto de molestia de autoridad. Con lo anterior se precisan los extremos de prueba que se tienen que acreditar, para motivar la afectación de la libertad de un gobernado con el fin de someterlo a la jurisdicción penal, al establecerse que deberán existir "datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado". Por tanto, de esta manera se quiere superar la ambigüedad del texto anterior que no señalaba con claridad la obligación de probar el hecho penalmente relevante (anteriormente denominado cuerpo del delito), ya que la mención de pruebas se refería solo al aspecto de la probable responsabilidad, dejando el requisito de acreditar el cuerpo del delito (ahora elementos del tipo) hasta el auto de plazo constitucional al momento de resolver la situación jurídica del inculpado. Conforme al artículo 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal el Ministerio Público y el Juez gozarán

de la acción más amplia para emplear los medios de prueba que estimen conducentes para acreditar los elementos del tipo y la probable responsabilidad.

De lo anterior se desprende como garantía para el gobernado que la orden de aprehensión debe satisfacer los mismos requisitos que exige el auto de formal prisión, conforme al actual artículo 19 de la Constitución Federal, lo cual constituye una garantía de seguridad jurídica, puesto que desde el momento en que se ordena la privación de su libertad por mandamiento de captura, ya que existe una clasificación del delito que se le atribuye, con lo cual el indiciado está en aptitud de defenderse adecuadamente, manteniendo el equilibrio entre las garantías del gobernado y el derecho del Estado a ordenar la privación de la libertad de una persona cuando se han reunido los requisitos del artículo 16 de nuestra carta magna, mediante el mandamiento de captura.

EL TIPO

El primer paso para desentrañar lo que debe entenderse por elementos del tipo, consiste en conocer que es el tipo penal. El derecho penal como conjunto de normas jurídicas penales tiene como fuente única y exclusivamente a la ley, es decir al proceso legislativo, lo anterior conforme al artículo 14 Constitucional párrafo tercero, y 7o. del Código Penal, que a la letra dice el primero de los nombrados: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de

razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata"; y por su parte el artículo 7o. señala: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Ahora bien en toda norma jurídica vamos a encontrar dos partes; una en la que se describe y prohíbe una conducta y sus circunstancias, cierta clase de eventos antisociales y por otra donde se conmina o amenaza a quien realiza lo descrito o prohibido; a la primera se ha denominado convencionalmente TIPO PENAL, y a la segunda PUNIBILIDAD.

Así por ejemplo el maestro Castellanos Tena, señala que: "El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales." (42)

En el mismo sentido el autor López Betancourt refiere: "Que el tipo penal es la descripción hecha por el legislador de una conducta antijurídica, plasmada en una ley. Se ha considerado al tipo penal como un instrumento legal necesario y de naturaleza descriptiva." (43)

(42) Castellanos Tena, Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, vigésima edición, Editorial Porrúa, México 1984, p. 167.

(43) López Betancourt, Eduardo; Teoría del Delito, tercera edición, Editorial Porrúa, México 1974, p. 107

Por su parte el Maestro Jiménez de Asúa, señala que: "El tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito. Pues hay auténticos tipos de mera descripción objetiva, otros más detallados en que se dan modalidades de la acción referentes al sujeto activo, al pasivo, al objeto y numerosos más en que aparecen elementos normativos y subjetivos de lo injusto" (44)

En consecuencia resulta claro que el tipo penal viene siendo la descripción de los elementos que integran un tipo de delito, por ejemplo el robo, el fraude, el homicidio, etcetera, y le dan su propia individualidad; y su función consiste precisamente en sintetizar las características que fundamentan el contenido típico de una conducta prohibida, ya que de esta manera determina la materia de prohibición de una conducta en especial; pues la materia de prohibición se describe exhaustivamente en el tipo, pues el legislador debe expresar la totalidad de los elementos que integren el contenido del injusto típico de la correspondiente clase de delito, para mayores seguridad jurídica de los gobernados.

En consecuencia, una vez establecido lo anterior respecto del tipo, procedemos a hacer el análisis de sus elementos, mismos que en la especie son los integrantes de la conducta o hecho delicti-

(44) Jiménez de Asúa, Luis; Principios de Derecho Penal. (La Ley y el Delito), Editorial Sudamérica, Buenos Aires, p. 235.

vo; para ello será necesario determinar si está comprobado el injusto punible, esto es los elementos que integran lo objetivo, subjetivo y normativo, de acuerdo con la descripción legal de cada tipo.

Así por su parte el maestro Jimenez Huerta, señala que: "El comportamiento injusto que concretiza el tipo es puntualizado, unas veces, mediante mera descripción de los elementos objetivos de la conducta tipificada; otras, mediante expresa referencia a la valoración normativa de dicha conducta; y otras diversas, mediante el especial aprecio de la proyección que emerge desde lo más profundo del ánimo del autor". (45)

Por su parte el maestro Carranca y Trujillo, señala que: "En la construcción de los tipos, la ley utiliza elementos subjetivos (en el activo o en el pasivo del delito), objetivos (de resultados externos) y normativos (de valoración jurídica o de valoración cultural)". (46)

En el mismo sentido la autora Amuchategui Requena, señala que: "los tipos por sus elementos se clasifican descriptivos, si

(45) Jiménez Huerta, Mariano; Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Introducción al Estudio de la Figuras Jurídicas, quinta edición, Editorial Porrúa, México 1985, p. 73.

(46) Carranca y Trujillo, Raul; Derecho Penal Mexicano, décimo-cuarta edición, Editorial Porrúa, México 1982, p.-408.

describen con detalle los elementos que debe contener el delito; normativos si hace referencia a lo antijurídico y generalmente va vinculado a la conducta y medios de ejecución y subjetivo si se refieren a la intención del sujeto activo o al conocimiento de una circunstancia determinada o algo de índole subjetiva o sea es un aspecto interno". (47)

Por su parte el autor Jescheck, refiere que: "el tipo se compone de distintos grupos de elementos. Su armazón externa la integran los elementos objetivos del tipo, entre los que cuenta la relación de causalidad entre acción y resultado; el elemento central del tipo subjetivo es el dolo, al que, como su negación se contrapone el error de tipo. Los elementos subjetivos del tipo sirven a una más concreta caracterización de la voluntad típica de la acción". (48)

Por lo que en tal virtud el ciudadano agente del Ministerio Público al actuar en la averiguación previa como autoridad administrativa tendrá que acreditar los elementos objetivos, subjetivos y normativos cuando el tipo lo requiera, así como la

(47) Amuchategui Requena, Irma Griselda; Derecho Penal (cursos), Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Harla, México 1992. p. 63.

(48) Hans-Heinrich, Jescheck; Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen I, Tomo 2, Bosch, Casa Editorial España, tercera edición, Barcelona 1990, p. 373.

probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción penal, y en su caso la autoridad judicial para obsequiar o negar la orden de aprehensión solicitada, analizará si se encuentran acreditados o no, los elementos del tipo de que se trata (y la probable responsabilidad), es decir si existe tipicidad despues de haber comparado la conducta o hecho con las formas descritas por el legislador para lograr su identidad.

Lo anterior encuentra sustento legal en artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, reformado que dice: "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 la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos 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 formas de intervención de los sujetos activos; y

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo 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.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpa- do, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos sufi- cientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.

El anterior artículo coincide con el 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En conclusión estimamos que existirán tantas causas de atipi- cidad como elementos se consideren en el tipo penal; así conforme el numeral antes transcrito, las causas de atipicidad serán las siguientes: a).-Ausencia de conducta, cuando falte la voluntarie- dad (querer la acción u omisión); o por falta de actividad o inactividad, por ejemplo: cuando alguien es proyectado por una fuerza física superior irresistible, verbigracia, cuando alguien empuja a otro que se encuentra mirando un aparador y con su cuerpo causa un daño en propiedad ajena, en este caso el movimi- ento corporal no es querido, por tanto hay ausencia de conducta y ello constituye una causa de atipicidad que elimina la tipicidad y por tanto no se acreditan la totalidad de los elementos del

tipo penal; b).-Ausencia del bien jurídico, esto se da en los llamados delitos imposibles, ejemplo: Cuando alguien intenta matar a quien ya se haya muerto, o en el caso del robo cuando existe consentimiento por parte del dueño para que el sujeto activo se lleve el objeto; c).-Ausencia del elemento subjetivo, por ejemplo: en el abuso sexual, que exista un ánimo de copular y no de realizar un acto sexual; d).- Ausencia de calidad específica en el sujeto activo o en el pasivo, por ejemplo: Quien es acusado de peculado no tenga la calidad de servidor público, o cuando en el caso del estupro el sujeto pasivo es mayor de dieciocho años; e).- Ausencia de pluralidad en los sujetos activos, por ejemplo: Cuando se acusa a dos personas por asociación delictuosa; f).- Ausencia de los medios utilizados, por ejemplo en el delito de violación cuando no se demuestre que para realizar la cópula se hubiere utilizado la violencia física o moral; g).- Ausencia de circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, por ejemplo: en el delito de allanamiento de morada cuando la introducción no se realiza en casa habitación; h).- Ausencia de nexo causal, ejemplo: en un homicidio cuando la muerte no se deba a la actividad desplegada por el sujeto activo; i).- Ausencia de objeto material, ejemplo : Cuando en un supuesto robo no existió la cosa mueble; j).- Ausencia de elementos normativos o valorativos, por ejemplo: En un supuesto robo la cosa mueble es propia y no ajena, o existe el consentimiento por parte del sujeto pasivo o en su caso el sujeto activo tiene derecho para apoderarse de ella; k).- Ausencia de elementos subjetivo específico, por ejemplo: alguien se introduce en casa habitación en un supuesto allanamiento de morada pero lo hizo con motivo justificado o por

orden de autoridad competente; y seguirán constituyendo casos de atipicidades las demás circunstancias que la ley prevea, en el caso concreto, cuando no concurran en la realización del evento penalmente relevante.

4.6. QUE SE ACREDITE LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INDICIADO.

En el texto anterior del artículo 16 constitucional se establecía: "No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado".

Actualmente se establece en su párrafo segundo reformado que: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".

De tal suerte que actualmente para obsequiar una orden de aprehensión se exigen mayores requisitos a los que anteriormente señalaba el numeral antes mencionado, exigiéndose los mismos requisitos para un auto de formal prisión, lo que de alguna manera proporciona mayor certitud en las resoluciones que emitan

los juzgadores, respecto del hecho por el cual se priva de la libertad a una persona.

El texto anterior independiza los elementos del tipo de la probable responsabilidad de modo tal, que pueden existir los primeros aún cuando exista alguna causa que excluya la segunda.

Por otra parte pareciera que el artículo 16 constitucional al referirse la probable responsabilidad se refiriera a la intervención del sujeto en la realización de una conducta principal o accesoria de adecuación típica, pues la participación debe ser la atribuibilidad objetiva del hecho como resultado de una acción humana, ese cargar el hecho físicamente a un hombre, funciona dentro de la teoría de la acción que existe entre el nexo que une a la acción misma con sus consecuencias que es el resultado y mismo que puede ser acreditado por cualquier medio de prueba que estime conducente tanto el Ministerio Público como el juzgador, dentro de los elementos del tipo penal de que se trate; cuando en realidad se refiere a juicio de reproche provisional que se le hace al sujeto activo y por tanto de soportar las consecuencias del delito, como son la prisión preventiva y las incomodidades del proceso, lo anterior atendiendo después de verificar que se encuentran acreditados los elementos del tipo y que el actuar del sujeto no se encuentra justificado por alguna causa de licitud, como lo sería la legítima defensa, un estado de necesidad, el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber, tal como lo ordena el párrafo séptimo del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal: "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".

Y en virtud de ser imputable, es decir por tener la capacidad de comprender el carácter antijurídico del hecho y de poder conducirse de acuerdo, a esa comprensión en virtud de no padecer trastorno mental o desarrollo mental retardado; y de no encontrarse bajo un estado de error de prohibición en virtud de conocer la ilicitud de su conducta y de la existencia de la ley y del alcance de la misma, y por no creer que está justificada su conducta; y por no haber sido constreñido a actuar de determinada manera, teniendo diversas alternativas de acción, por tanto le era exigible conducirse conforme a la norma.

Lo anterior es entrar a considerar al inculcado en su faz subjetiva, en su relación con el hecho, como resultado conciente y voluntario.

Las anteriores cuestiones deben ser analizadas y acreditadas por parte del Ministerio Público durante la averiguación previa para poder ejercitar la acción penal ante el órgano jurisdiccional, solicitando la correspondiente orden de aprehensión, lo anterior encuentra fundamento en el artículo 286-bis de Código de Procedimientos Penales, y la autoridad judicial examinará si se encuentran acreditados los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad del inculcado al momento de resolver la solicitud hecha por el Representante Social.

Ahora bien atendiendo a las formas de comprobación de estos elementos, el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su último párrafo establece que: "los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley".

En el mismo sentido el artículo 124 del mismo ordenamiento procesal establece: "Para la comprobación de los elementos del tipo y la probable o plena responsabilidad del inculpado, en su caso, el Ministerio público y el juez gozaran de la acción más amplia para emplear los medios de prueba que estimen conducentes, según su criterio, aunque no sean los que define y detalla la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ésta."

Con lo anterior se corrobora una vez más que las reglas especiales y generales de comprobación de los delitos han sido superadas y que en realidad lo que constitulan eran medios de investigación. aunque es de indicarse que comprobar los elementos de la probable Responsabilidad, se hace tomando en cuenta todos los elementos de prueba que obren en la causa principalmente la confesión cuando existe, aunque no se desconoce su dificultad para hacerlo.

CAPITULO QUINTO

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD PENAL; ELEMENTOS OBJETIVOS, ELEMENTOS SUBJETIVOS, ELEMENTOS NORMATIVOS, LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.

CAPITULO QUINTO

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD PENAL.

Dentro del tipo penal hay que distinguir sus elementos constitutivos, mismos que son a saber: objetivos, subjetivos y normativos; al respecto es de indicarse que para cierto sector doctrinario se habla de elementos descriptivos, objetivos, normativos y subjetivos, esto es, le dan categoría independiente de lo objetivo a lo descriptivo sin que la tenga en realidad.

La legislación procesal penal en su artículo 122 señala los elementos que deben contener los tipos penales y que las autoridades deben acreditar, tanto el ciudadano agente del Ministerio Público durante la averiguación previa para el ejercicio de la acción penal, así como el juzgador para obsequiar una orden de aprehensión, dictar un auto de formal prisión o un auto de sujeción a proceso, o dictar una sentencia condenatoria; y es la doctrina quien se ha encargado de reunir los elementos en los tres grandes grupos, como son: elementos del tipo penal objetivos, subjetivos y normativos; asimismo es de indicarse que cada tipo penal señala sus propios elementos, pues tiene sus propias características que lo hacen diferentes a un tipo penal de otros, los cuales deben reunirse en su totalidad de manera tal que la conducta realizada sea idéntica a la abstracción legal del tipo de que se trate.

Por otra parte y dado que los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad, son los elementos

torales para obsequiar una orden de aprehensión, de acuerdo a nuestra legislación, debiera incluirse en las resoluciones judiciales un apartado especial respecto de la antijuricidad, diferente de la tipicidad y de la culpabilidad, pues si se concibe al delito como una acción típica antijurídica y culpable, pues la antijuricidad no debe introducirse en la tipicidad ni mucho menos en la culpabilidad por ser extraños a los mismos y para no romper con la estructura del delito, pues el propio artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala que la autoridad deberá constatar la existencia de alguna causa de licitud o de justificación después de demostrar los elementos del tipo, ello nos indica que debe ser un apartado especial donde se estudie la antijuricidad, ni en los elementos del tipo ni en la culpabilidad.

5.1. ELEMENTOS OBJETIVOS.

Por elementos objetivos del tipo, deben entenderse las circunstancias que determinen la manifestación externa del hecho, las que pueden ser descriptivas y se refieren al hecho, al autor, integrando dicho elemento la descripción del sujeto, el objeto material del hecho, la ejecución del mismo, incluyendo a veces formas especiales de comisión y medios en otras modalidades del mismo hecho, en este elemento también se constata el resultado, la relación causal existente entre dicha acción y el resultado, es decir el nexo de causalidad.

Por su parte el autor López Betancourt, señala que: "al

referirnos al elemento objetivo del tipo penal, estamos hablando de la descripción de la conducta antijurídica desde el punto de vista externo, se identifica con la manifestación de la voluntad en el mundo físico, requerida en el tipo penal. Es un lenguaje tomado del mundo cotidiano o de la terminología jurídica que describe objetos del mundo real; generalmente los tipos penales describen estados o procesos de naturaleza externa, determinables espacial o temporalmente y perceptibles por los sentidos.

El elemento objetivo del tipo penal se compone de: a).- el presupuesto de la conducta o del hecho; b).- el sujeto activo; c).- el sujeto pasivo; d).- el objeto jurídico; e).- el objeto material; f).- las modalidades de la conducta: 1).- referencias temporales; 2).- referencias espaciales; 3).- referencia a otro hecho punible; 4).- de referencia de otra índole; 5).- medios empleados; pues la ley penal no contiene exclusivamente descripciones con un resultado, hay tipos penales más concretos, en los que su contenido material no solo consiste en la realización de una conducta o en la producción de un resultado, sino se tienen que dar en la forma, con los medios o con las modalidades de la misma ley". (51)

En el mismo sentido Ernest Beling, señala: "Los elementos objetivos del tipo son la manifestación de la voluntad o movimiento corporal, el resultado, nexo causal, medios específicos de

(51) López Betancourt Eduardo; Teoría del Delito, Editorial Porrúa, S.A., México 1974, p. 118 y 119.

realización, modalidades de modo, tiempo, y lugar de realización, objeto material, sobre quien recae la acción, el bien jurídico y los sujetos. Si falta alguno de los elementos objetivos del tipo entonces consecuentemente no es posible que exista el tipo". (52)

Como es sabido el Derecho Penal no sanciona por sí sola la voluntad o la intención de lo que el autor ha querido, es decir no se castiga el pensamiento, pues para ello es necesario que trascienda al exterior a través de una acción, esta forma de aparición externa del hecho, es lo que describen los elementos del tipo objetivo y es donde se detalla con la máxima objetividad la conducta antijurídica que se realiza, ejemplos: privar de la vida a otro, cópula realizada con persona privada de razón o de sentido, portar armas prohibidas, etcétera. Constituyen el núcleo objetivo real de todo el delito, pero los elementos objetivos del tipo no solo describen los objetos del mundo exterior sino todo aquello que se encuentra fuera de la esfera psíquica del autor, y a menudo se trata de conceptos más complicados cuyo significado no se obtiene o se obtiene solo en parte, de la pura observación, sino que lo determinan, o contribuyen a determinar procesos psíquicos o valoraciones jurídicas y sociales.

El concepto de lo "objetivo" en el tipo no puede, pues, in-

(52) Citado por Rafael Márquez Piñero, El Tipo Penal, Algunas consideraciones jurídicas en torno al mismo, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1992, p. 181.

cluirse sin mas en el mundo de los fenómenos externos, sino que a menudo va unido a factores subjetivos y valoraciones normativas, por lo que resulta del todo imposible hacer una tajante división formal del tipo en parte objetiva y subjetiva, tampoco por otra parte es del todo correcta la equiparación del concepto de elementos objetivos del tipo, la totalidad de circunstancias situadas fuera del psiquismo del autor, pues en las palabras que expresan una actitud final entra también en juego la esfera psíquica del sujeto.

Como elementos objetivos del tipo se considera a los elementos que señala el artículo 122 del Código de Procedimientos penales para el Distrito Federal, a los que describe la acción, al sujeto activo, objeto material, en su caso al resultado, nexo causal, calidades de los sujetos activos y pasivos, es decir circunstancias externas del autor y del paciente del delito, medios de ejecución refiriéndose a (modo, lugar, tiempo y ocasión), es decir circunstancias externas del hecho, y el bien jurídico.

Tal como se observa, las Circunstancias de ejecución del hecho puede convertir a los tipos penales en privilegiados o calificados (agravados), pues la autoridad judicial debe precisar las modificantes del tipo básico, cuando se obsequie un orden de aprehensión o cuando se dicte un auto de formal prisión o de sujeción a proceso, lo cual sería encomiable, dotando de esta manera al proceso penal de una base clara y correcta que asegure en todo momento la estricta sujeción al principio de legalidad y al principio de plenitud de defensa para el inculcado, y la conducta o el hecho imputado quede precisado en toda su extensión

como entidad jurídica, pues lo anterior trae aparejada otras consecuencias, como considerar si el delito es señalado como grave, o ya sea para determinar si existió caso urgente, o para determinar el plazo de radicación y el tiempo que tiene el juzgador para librar la orden de aprehensión; así como para determinar si es procedente o no la libertad provisional, además para en su caso computar el tiempo de la prescripción de la acción penal.

Lo anterior en virtud de que las circunstancias modificativas son elementos del tipo del delito, ya sean cualificantes o de privilegio, puesto que el encuadramiento de la conducta al tipo penal tiene que hacerse en forma precisa, a efecto de cumplir con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 16 constitucional, aunque las mismas no se presenten como elementos esenciales sino como elementos accidentales del tipo, y al tener esa condición de elementos del tipo no pueden dejar de atenderlas en el auto que se abseeque una orden de aprehensión, pues es costumbre de que únicamente se atienda al acto abstracto del tipo básico y no al tipo básico modificado o circunstanciado lo cual daría concreta fisonomía al delito de que se trate, pues lo que se busca con las reformas constitucionales es perfeccionar nuestras garantías individuales.

Otra cuestión que surge es determinar si los sujetos a que se refiere el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, como elemento objetivo se refiere a cuestiones impersonales independientemente de la autoría de la conducta, pues comprobar que hubo alteración en la salud en virtud de una conducta humana es acreditar la materialidad del hecho.

atribuir la causación del resultado a una acción y una persona determinada, sigue siendo problema de la tipicidad; por lo que en tal virtud debe hacerse un juicio de tipicidad personal e instaurarle un juicio de reproche a esa misma persona aunque sea a título provisional es materia de la probable responsabilidad; y si el sujeto activo personalizado no fue el que realizó la conducta típica, o no se encuendra su conducta dentro de las hipótesis que señala el artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal, se debe señalar que no hay tipicidad respecto de esa persona, aunque de otra la pudiera haber.

Cuando el tipo penal de que se trate contenga diversas hipótesis (conductas) por ejemplo el delito de Fraude que puede cometerse mediante el engaño o el error, la autoridad judicial al obsequiar la orden de aprehensión debe citar expresamente el contenido de la hipótesis para hacer el juicio de tipicidad pues de no hacerlo estaría violando el artículo 16 constitucional al hacer una resolución imprecisa pues el juzgador debe razonar su resolución en congruencia entre elementos del tipo y pruebas que acrediten inequívocamente cada uno de ellos.

5.2. ELEMENTOS SUBJETIVOS.

Como elementos subjetivos del tipo deben tenerse las circunstancias que corresponde al ámbito psíquico y al mundo de representación del sujeto activo; ello se puede constatar fácilmente en los tipos dolosos trascendentes, por ejemplo: la intención del apoderamiento de quien roba, la intención de enriqueci-

miento por parte del extorsionador; precisamente en este elemento subjetivo es donde puede encontrarse la referencia y la verificación de tipo fundamental o básico o un tipo especial, en los delitos de robo previstos en los artículos 367 del Código Penal y 380 del mismo ordenamiento, dada que el aspecto objetivo de ellos nada nos dice, y es precisamente el aspecto subjetivo de dichos tipos al que hay que recurrir para averiguar la fase interna del autor o partícipe, donde se constata la circunstancia que servirá de base para su correcta calificación, si el apoderamiento se realiza con el fin de ingresar al patrimonio de quien lo ejecutó el objeto del cual se apoderó, estaremos ante la presencia del delito de robo, si por el contrario ese apoderamiento de la cosa se realizó con el objeto de servirse temporalmente del mismo, mas no para ingresar a su patrimonio precisamente en base al elemento subjetivo nos encontramos bajo la existencia del robo de uso; tal como se advierte de lo expuesto no existe discrepancia conforme a la sistemática de las teorías causalistas y finalistas de la teoría del delito; el problema se presenta en la aceptación o rechazo del dolo, como parte integrante de esos elementos y es aquí donde surge la polémica.

Por su parte la teoría de la acción final admite el hecho de que el dolo sea un elemento subjetivo del tipo, y niega esta circunstancia la llamada teoría causal de la acción ya que ésta ubica el dolo como parte integrante de la culpabilidad, sin embargo cabe señalar que conforme a las reformas sufridas en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal claramente se puede comprobar la postura de la ley

con los postulados de la teoría de la acción final, ya que se debe entender la finalidad del autor o cómplice para así poder en su caso imponerle la sanción que corresponda a su participación; sin embargo cabe precisar que si aún existen partidarios de la teoría causal de acción, no tienen más remedio que aceptar que el DOLO ES EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO, lo cual resulta acertado, pues como distinguir el robo de uso de un robo genérico, pues entre los dos hay una relación de tipo fundamental o básico a especial privilegiado y aún más como distinguir un abuso sexual de una tentativa de violación, pues esos ánimos, propósitos e intenciones que concurren en la subjetividad del autor son los que distinguen un delito de otro, o en el caso de los delitos tentados de no ser así, no sabrían ante un suceso bajo que figura receptora del tipo en concreto se enjuiciaría tal acción, esto es, tendrían que afirmar una culpabilidad sin tipicidad, al no poder ubicar o constatar la conducta en un determinado presupuesto legal; pues ante un hecho cualquiera, pensamos en un disparo de arma de fuego, probado que fue dirigido hacia una persona, no podríamos afirmar si nos encontramos ante una tentativa de homicidio, lesiones dolosas consumadas, etcétera, y esta doble ubicación sistemáticamente del dolo, por parte de la teoría causalista, es una de las más agudas críticas a la misma al ubicar al dolo en diversos estratos de la teoría del delito, como elemento subjetivo del hecho y como especial forma de culpabilidad, es por ello que afirmamos que el dolo y la culpa son parte integrantes del elemento subjetivo del tipo, y en los delitos dolosos, además, si es necesario su constatación de intenciones diferentes del dolo.

Por su parte la autora Amuchategui Requena, señala que: "lo subjetivo en los tipos penales, se refieren a la intención del sujeto activo o al conocimiento de una circunstancia determinada, o algo de índole subjetiva o sea es un aspecto interno, por ejemplo: el homicidio en razón del parentesco, el elemento subjetivo consiste en que el delincuente conozca el parentesco que lo une con su víctima". (52)

Por su parte el maestro Jiménez Huerta, dice que: "los elementos subjetivos son aquellos en donde se requiere una especial referencia a una determinada finalidad, dirección o sentido que el autor ha de imprimir a su conducta, o a un específico estado psicológico de dicha conducta bien perfilado en sus caracteres, hasta integrar un estado de conciencia para de esta manera dejar inequívoca constancia de que la conducta está precisada por dicha finalidad o estado y evitar el equívoco que pudiera surgir de interpretar como típico cualquier acto externo". (53)

Como elementos subjetivos podemos citar los siguientes: No procure impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometer o se están cometiendo; al que por título oneroso enajene alguna cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella; la muerte dada a un ascendiente sabiendo el delincuente el parentesco; el que a sabiendas hiciere uso de moneda falsa; el que a sabiendas hiciere uso de documento falso.

(52) Amuchategui Requena, Ilda Griselda; ob. cit., p. 62.

(53) Jiménez Huerta, Mariano; ob. cit., p. 88.

La existencia de estos elementos típicos subjetivos responde a la complejidad que el propio acontecer de la vida ofrece, pues, como hemos visto, en algunos casos la propia realidad objetiva de determinadas conductas pende de la tendencia interna trascendente o del estado de conciencia del autor, y en otros, sólo a través de ellas la conducta antijurídica adquiere significación penal.

"La importancia de los elementos subjetivos es extraordinaria, pues aparte de condicionar la posible aplicación de la figura típica, sirven para excluir apriorísticamente las configuraciones basadas en los contornos y perfiles del actuar culposos. Sólo los tipos delictivos que no contengan expresas o implícitas referencias a estos subjetivos elementos, son susceptibles de entrar en juego imprudencialmente, esto es, "...incumpliendo (el agente) un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen", a que hace mención el párrafo segundo del artículo 9o. del código punitivo." (54)

En el mismo sentido el maestro López Betancourt, señala: "Los elementos subjetivos del tipo penal van a atender a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto activo o debe tener, en la realización de algún ilícito penal, es decir, atienden a circunstancias que se dan en el mundo interno, en la psique del autor". (55)

(54) Jiménez Huerta, Mariano; ob. cit., pp. 88 y 89.

(55) López Betancourt, Eduardo; ob. cit., p. 124.

De lo anterior se desprende que cuando el legislador describe una conducta humana de trascendencia penal, no pasa por alto los elementos psíquicos, pues toda acción de la persona parte de determinados móviles, se encamina y se dirige a la consecución de ciertos fines, así por ejemplo en el caso de los tipos dolosos no solo implica que con la conducta causar un resultado sino que también requiere de la voluntad de causar ese resultado, y en ocasiones el legislador tipifica conductas que solo son delictivas si se toma en cuenta la situación anímica del sujeto que actúa así por ejemplo en el caso de un uso de documento falso, dicha conducta adquiere relevancia típica cuando el sujeto activo del delito hiciera uso "a sabiendas" de un documento falso, cobrando relevancia al incrustarse el elemento subjetivo diferente del dolo o de la culpa cuando el tipo penal de que se trate lo admita que debe contener todo delito.

Por tanto tal como lo señala Hans Welzel, en su llamada teoría de la acción final, "la voluntad" se une en forma integral con la conducta humana; pues es la voluntad lo que caracteriza a la conducta humana, por tanto el dolo está en la conducta considerándolo como un dolo neutro libre de toda valoración, un dolo natural, por tanto si el tipo penal es descripción de conducta el dolo está en el tipo, por ello el legislador no debe falsear su objeto de regulación debe tomar a la acción como se da en la vida real, con su aspecto externo y con su aspecto interno que es la finalidad luego si el delito es una conducta humana delictuosa debe llenar ese modelo, el dolo debe ser la finalidad tipificada, pues los juzgadores en los tribunales se enfrentan a acciones de

la vida no a entelequias metafísicas". (56)

Por tanto siendo la conducta humana un proceso causal regido por la voluntad, debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad que rige la acción a nivel de tipicidad, aunque no se desconoce la dificultad para probarla pues la misma se puede deducir pero no observar.

5.3. ELEMENTOS NORMATIVOS.

Lo normativo hace referencia generalmente a lo antijurídico y va vinculado a la conducta y medios de ejecución y se reconoce por frases como "sin derecho", "indebidamente", "sin justificación", etcétera, implican lo contrario a derecho y en ocasiones son valoraciones de tipo jurídico como "la ajenidad de la cosa" en el robo, "de servidores públicos" en el delito de abuso de autoridad "de documento" en el delito de falsificación de documentos públicos y privados; y en otras más de tipo cultural en el que se tiene que valorar con arreglo a determinadas normas y conceptos vigentes que no pertenecen a la esfera misma del derecho, como "el acto sexual" en el delito de abuso sexual; la "honestidad" exigida en la mujer en ciertas formas de delitos sexuales; siendo necesaria su inclusión en los tipos penales al

(56) Welzen Hans; La Teoría de la Acción Finalista, Editorial DePalma, Buenos Aires, 1968, pp. 23 y 24.

describir las conductas que prohíben y que obligan al juzgador a efectuar una valoración de tipo cultural o jurídica o de la ilicitud tipificada de la conducta.

Al respecto el maestro Castellanos Tena señala que: "cuando las frases usadas por el legislador tienen un significado tal que requieran ser valoradas cultural o jurídicamente constituyen elementos normativos" y en otra parte señala que "algunos tipos captan especial antijuricidad al señalar en la descripción que el comportamiento se efectúe "sin motivo justificado" "fuera de los casos en que la ley lo permita" entonces el obrar justificadamente con la permisión legal, no se colma el tipo y las causas que en otros delitos serían, por su naturaleza, causas de justificación tornanse atipicidades en estos casos (elementos normativos)". (57)

Lo anterior entraña valoraciones que tiene que realizar el juzgador discrecionalmente según los indicios existentes, la situación del hecho, y atendiendo a las normas generales de cultura y época en que viven los protagonistas.

Asimismo lo señala el autor López Betancourt: "En algunas ocasiones, para tipificar una conducta, es necesario insertar juicios normativos del hecho, poder efectuar una evaluación especial de la conducta plasmada en el tipo penal, pues existen conductas que normalmente son lícitas, pero excepcionalmente,

(57) Castellanos Tena, Fernando; ob.cit., pp. 168 y 176.

cuando son realizadas injusta, indebida o ilícitamente, adquieren relevancia penal: es aquí en donde el legislador se ve precisado a satisfacer los elementos normativos, y son una llamada de atención al juez en los que se le trata de advertir, debe confirmar la antijuricidad de la conducta, ya que con estos elementos, un hecho aparentemente lícito puede pasar a ser un hecho ilícito; asimismo puede ocurrir lo contrario, que un hecho aparentemente ilícito no lo sea. Es imposible prescindir de características normativas del tipo, que son a veces extraordinariamente indicadas para deslindar la conducta punible. Pero si emplean características altamente normativas con excesiva despreocupación se pondrá a cargo del juez la tarea -que incumbe al legislador-, de decir acerca de lo punible y su determinación exacta". (58)

En consecuencia por lo general se le da una categoría independiente al elemento normativo; al respecto el autor Muñoz Conde, señala: "Los elementos normativos del tipo parecen reconocidos de modo general en la teoría del delito por los autores latinoamericanos, ya que la mayoría se adscribe a una posición causalista valorativa, si bien en algunos no aparecen claramente delineadas las fronteras entre los elementos normativos y la antijuricidad" y en otra parte señala "que se debe ser parco en la utilización de elementos normativos (acreedor, insolvencia, ajenidad, etcetera), por el peligro que representan para la seguridad jurídica, en virtud de que implican siempre una valora-

(58) López Betancourt, Eduardo; ob. cit., p. 124.

ción y por eso, un cierto grado de subjetivismo y emplear sobre todo elementos lingüísticos descriptivos que cualquiera puede apreciar o conocer en su significado sin mayor esfuerzo, 'matar, daños, lesiones', aunque realmente es imposible desterrar los elementos normativos e incluso los puramente descriptivos como el de 'morada' en el allanamiento de morada, están necesitados de valoración para ser aplicados en la práctica". (59)

Siempre que el tipo contenga una especial alusión a la antijuricidad de la conducta que describe, encierre una específica referencia al mundo normativo en el que la antijuricidad halla su fundamento estaremos frente a los elementos normativos. Ejemplo: Indebidamente, sin causa legítima, sin motivo justificado, sin causa justificada, sin causa justa, acto arbitrario, vejación, injusta, sin derecho, ilícitamente y sin permiso de la autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permite.

El autor Jimenez Huerta, refiere que: "frente a los elementos normativos el juez debe desenvolver, además de una actividad cognocitiva (comprobación), una actividad valorativa, la cual empero, no debe ser realizada desde el punto de vista subjetivo del juzgador, sino con criterio objetivo, esto es, según la conciencia de la comunidad.

Los verdaderos elementos normativos que contienen los tipos

(59) Muñoz Conde, Francisco; Teoría General del Delito, Editorial Temis, Bogotá 1984, pp. 45 y 51.

penales, son aquellos que por estar cargados de desvalor jurídico, resalta específicamente la antijuricidad de la conducta. Siempre que el tipo contiene una especial alusión a la antijuricidad de la conducta que describe, encierra una específica referencia al mundo normativo en el que la antijuricidad halla su fundamento. Implican, por tanto, verdaderos elementos normativos los siguientes términos incrustados en los tipos que a continuación se mencionan: indebidamente (arts. 173, fracs. I y II; 215, frac. III; 244, frac. II; y 222, frac. I); sin causa legítima (art. 215, frac. II); sin causa justificada (art. 212, frac. V); sin causa justa (art. 210); sin derecho (art. 367); ilícitamente (art. 386)". (60)

Sin embargo se advierte que las expresiones que se refieren a la ilicitud o antijuricidad como por ejemplo: "indebidamente", "sin derecho" en el delito de robo, en ocasiones resultan superfluas en virtud de que vienen a constituir una antijuricidad especial tipificada y misma que es establecida por impaciencia del legislador, lo anterior en virtud de que la antijuricidad es un elemento esencial de todo delito, por lo que en consecuencia "apoderarse ilegítimamente" resulta un elemento normativo ocioso ya que todo delito para serlo precisa que se cometa en forma antijurídica, misma situación acontece con la expresión "sin causa justificada", pues las conductas realizadas en ejercicio de un derecho no pueden integrar el injusto penal; lo anterior nos

(60) Jiménez Huerta, Mariano; ob. cit., pp. 81 y 82.

coloca mas que en una atipicidad en una causa de justificación, no siendo necesaria especificar la antijuricidad, ya que quien actúa legitimamente o jurídicamente no comete delito.

En el caso de la expresión "ausencia de consentimiento" tendrá que ser considerada como elemento del tipo en primer término y solo en cuanto a que la antijuricidad es tipificada como parte integrante de la conducta en el caso de que exista antes o concomitantemente, al apoderamiento en el robo originará una causa de atipicidad, pues como se dijo, anteriormente, en algunos casos estos elementos se justifican porque normalmente los tipos que lo contienen las conductas que describen son ilícitas y solo por excepción cuando son realizadas en estos supuestos adquiere relevancia penal, lo recomendable sería que se redujeran a lo estrictamente necesario a dichos elementos normativos en bien de la seguridad jurídica para no dar lugar a interpretaciones demasiado amplias, dando lugar con ello a tipos penales demasiado elásticos.

Por otra parte concluimos que los elementos del tipo penal; objetivos, subjetivos y normativos no quiere decir que se acrediten plenamente es decir que no haya forma de desvirtuarlos, lo cual no es coincidente con la realidad, pues en los tribunales cada día se emiten resoluciones en que se dictan sentencias absolutorias por inprobación de los elementos del tipo penal. Lo cual indica que no es contradictorio emitir una resolución en el sentido de señalar que se han acreditado los elementos del tipo penal en una orden de aprehensión y después afirmar que se han desvirtuado en el auto de plazo constitucional si se han

aportado pruebas para ello, pues en caso de afirmar lo contrario no tendría más razón el proceso que acreditar plenamente la responsabilidad penal, lo cual en la especie no sucede.

5.4. LA PROBABLE RESPONSABILIDAD PENAL.

La Probable Responsabilidad Penal, es otro de los elementos torales que exige el Artículo 16 constitucional, para que la autoridad judicial pueda afectar la libertad personal de un gobernado con el fin de someterlo a la jurisdicción penal mediante el libramiento de una orden de aprehensión, al señalar: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial... y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".

Exigiendo de esta manera los mismos requisitos para una orden de captura, que para un auto de formal prisión.

Antes de entrar al análisis de lo que se debe entender por probable responsabilidad penal, primeramente estudiaremos la cuestión de la probabilidad y de la responsabilidad penal.

Por su parte Cuello Calón, refiere que "la responsabilidad es el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad, del hecho imputado". (61)

(61) Cuello Calón citado por Rivera Silva; ob. cit., pp. 163.

Al respecto Arilla Bas, señala que en términos generales, por responsabilidad debe entenderse "el deber jurídico del sujeto de soportar las consecuencias del delito". (62)

Por su parte el autor Enrique Bacigalupo, refiere que la Responsabilidad, "son las condiciones bajo las cuales el autor del ilícito penal debe responder penalmente por el hecho cometido". (63)

Por nuestra parte creemos que por responsabilidad penal debe entenderse la obligación que tiene el individuo a quien se le imputa la comisión de un hecho típico y antijurídico de responder del juicio de reproche que le hace la sociedad a través de los órganos del Estado, por haber actuado sin una causa legal que justificará su proceder y haber actuado con culpabilidad.

Por lo que hace a la "Probable", muchos autores hablan de "presunta" responsabilidad y otros de "posible", otros más aluden a la "sospecha"; las leyes procesales utilizan las denominaciones de Probable Responsabilidad y la Constitución en los artículos 16 y 19 usan el término "probable"; en la práctica se usan indistintamente las expresiones, presunta y probable; sin embargo es de señalarse que con la expresión "presunta" se hace alusión a la prueba presuncional o circunstancial y es un error

(62) Arilla Bas, Fernando; ob. cit., p. 86.

(63) Bacigalupo Enrique; Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis Bogotá Colombia 1989, pp. 77-89.

utilizarlo como sinónimo del término jurídico "probable" a que hace alusión el artículo 16 Constitucional, ya que la prueba presuncional conduce a la plenitud probatoria al enlazar los diversos medios de prueba e indicios que obren en la causa penal y no es esta la situación que analizamos; en tal virtud la expresión probable, no indica comprobación absoluta sino simplemente se refieren a lo que puede ser o existir o a lo que se puede fundar en alguna razón sin que por ello se concluya la prueba plena del proceder, pero tiene que referirse al autor del ilícito; lo anterior no obstante que desde durante la averiguación previa pudiera suceder que se encontrara acreditada en forma indubitable su responsabilidad en algún ilícito, no obstante debe considerarse como Probable Responsable.

El Código Penal antes de las reformas del 10 de enero de 1994 mil novecientos noventa y cuatro, si bien es cierto no definía lo que es la responsabilidad penal, también lo es que señalaba que personas son responsables de los delitos. Al establecer en el Artículo 13 del Código Penal del Distrito Federal, que a la letra dice; "Son responsables del delito: I. Los que acuerden o preparen su realización; II. Los que realicen por sí; III. Los que lo realicen conjuntamente; IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otros; V.- Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo; VI. Los que intencionalmente presten o auxilien a otro para su comisión; VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; VIII. Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quién de ellos produjo el resultado".

La expresión de quienes eran los responsables del delito, trajo una serie de confusiones sobre lo que debía entenderse por probable responsabilidad.

Al respecto el autor Osorio y Nieto, señala: "por presunta responsabilidad se entiende la probabilidad razonable de que una persona determinada halla cometido un delito y existirá cuando del cuadro procedimental se deriven elementos fundados por considerar que un individuo es probable sujeto activo de alguna forma de autoría. Se requiere para la existencia de la presunta responsabilidad, indicios de responsabilidad, no la prueba plena de ella, pues tal certeza es materia de la sentencia". (64).

En el mismo sentido se encuentra lo señalado por el maestro Silva Silva, al referir que "la probable responsabilidad o existencia de indicios de criminalidad o culpabilidad es una de las notas que caracterizan al procedimiento, pues no sería ni lógico ordenar la detención de una persona de quien no se tiene ni siquiera sospecha.

Probable viene del latín 'probabilis', significa -dice Borja Soriano-, "aquello de que hay buenas razones, aquello que es verosímil, lo que se funda en razón prudente, lo que es posible y merece ser más creído que la opinión contraria, para esta resolución es posible que pueda emitirse un juicio de probabilidad

(64) Osorio y Nieto, César Augusto; ob. cit., p. 44.

sobre la participación del imputado en el hecho, aquí ya no es preciso que ello conste indudablemente, es suficiente que las pruebas conduzcan razonablemente a esa conclusión, aunque no se logre arribar a la certeza sobre ese extremo". (65)

Pareciera a primera vista que el artículo 16 constitucional, entiende por Probable Responsabilidad la intervención del sujeto en la realización de una conducta, principal o accesoria de adecuación típica; de igual forma, el autor Agustín Trinidad Pecero, refiere que "la probable responsabilidad debe acreditarse con elementos de prueba aptos y suficientes de los que se deriven que ese sujeto consignado intervino conforme a alguna de las ocho hipótesis del Código Penal para el Distrito Federal". (66)

En el mismo sentido la autora Minerva Cervantes de Castillejos, refiere: "que se emplea la denominación genérica de presunto responsable para referirnos a la persona respecto de la cual existan elementos probatorios para suponer fundadamente que participó en el delito en alguna de las formas previstas en el artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal, y así se excluye a la persona respecto de la cual se ha dictado sentencia condenatoria o absolutoria que haya causado ejecutoria". (67)

(65) Citado por Silva Silva, Jorge Alberto; ob. cit., p. 320.

(66) Trinidad Pecero, Agustín; ob. cit., p. 311.

(67) Cervantes de Castillejos, Minerva; Anuario Jurídico, Uniformidad del Sistema Penal en México, UNAM, XII, 1985, p. 538.

Sin embargo haciendo un análisis más detenido, y conforme a las reformas a las leyes sustantivas y adjetivas, y de acuerdo principalmente a las reformas de los artículos 13 y 15 del Código Penal nos lleva a la conclusión de que el sujeto activo será probable responsable por haber realizado la conducta típica antijurídica siendo imputable, teniendo la capacidad de comprender el carácter antijurídico del hecho y de conducirse de acuerdo a esa comprensión y por no haber actuado bajo un estado de error de prohibición, además por ser exigible una conducta diversa a la que realizó, por haber podido determinarse a actuar conforme a derecho. Por tanto la probable responsabilidad viene siendo un juicio de atribución provisional que hace la autoridad judicial después de verificado el cumplimiento del tipo, y que no existan causas que justifiquen ese proceder, y las condiciones antes señaladas; y teniendo como presupuesto que además existan indicios de criminalidad contra determinada persona es decir de que existan indicios hasta este momento de que una persona ha violado una disposición legal, y de que esa conducta típica y antijurídica que tiene como presupuesto en forma probable le pueda ser reprochable por reunir las condiciones antes señaladas; y la atribución en que se determine con precisión quien es la persona a quien se le imputa el hecho delictuoso conforme al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, debe estudiarse como elementos del tipo; pues en caso de que no exista o se desconozca a quién imputársele tal hecho delictuoso deberá negársele la orden de aprehensión por falta de el sujeto activo del delito, que es uno de los elementos del tipo; pues no existe el nexo causal entre una persona determinada y un resultado

relevante para el derecho penal.

En consecuencia cuando se actúa amparado por una causa de justificación se debe negar la orden de aprehensión porque el inculpado se encuentra actuando conforme al derecho, pues en este caso el Estado permite que se actúe de esa manera y su conducta es ilícita, en este supuesto no se debe de entrar ni siquiera al estudio de la probable responsabilidad; asimismo se debe negar la orden de aprehensión cuando el sujeto es inimputable, es decir que no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de conducirse de acuerdo a esa comprensión en virtud de minoría de edad, ó padecer trastorno mental y desarrollo intelectual retardado (aunque lo anterior pudiera ser materia de un juicio diverso, como en el caso de los menores, a través del consejo tutelar de menores) o actúe bajo un error invencible, o se ejerció coacción en contra de su persona de tal manera que no se le pueda exigir una conducta diversa a la realizada por no haber podido actuar conforme a derecho, no se podrá acreditar la probable responsabilidad (causas de inculpabilidad).

Pues la forma de intervención de los sujetos activos se estudia entre los elementos del tipo, conforme a la fracción II del Artículo 122 del Código de Procedimientos Penales; pues como lo afirma el maestro García Ramírez, que "la probable responsabilidad suele asociarse a al hipótesis del Artículo 13 del Código Penal esto es, a las formas de participación en el delito, no son sinónimas estrictamente, pues la responsabilidad que requiere el enjuiciamiento y la que postula el derecho penal sustantivo encierra mayores datos que aquella. La existencia de ésta última

quedará contemplada en la sentencia cuyo propósito es, declararla y establecer sus consecuencias". (67)

En el mismo sentido el maestro Enrique Bacigalupo pero referido a la Responsabilidad Penal señala que: "la realización de una acción típica y antijurídica no es suficiente para generar responsabilidad penal. Las condiciones bajo las cuales el autor de un ilícito penal debe responder por el hecho cometido tienen por lo tanto, que analizarse independientemente de las que determinan la existencia de lo ilícito; la teoría predominante trata de todos los elementos de la responsabilidad en una única categoría que se designa con la expresión de culpabilidad. Dentro de esta se distingue entre la capacidad de culpabilidad (designada tradicionalmente como imputabilidad), la cuestión de la conciencia de la antijuridicidad (según la sistemática más moderna; la sistemática tradicional trata aquí lo referente al dolo y a la culpa o negligencia) y las circunstancias que excluyen la culpabilidad, bajo el título de exigibilidad; son elementos que condicionan la responsabilidad penal". (68)

Por tanto la Probable Responsabilidad a que alude el Artículo 16 Constitucional no debe tomarse en su sentido gramatical (calidad de lo que puede ser probado), ni tampoco equipararlo a

(68) García Ramírez y Adato Ibarra; ob. cit., p. 199.

(69) Bacigalupo Enrique; ob. cit., p. 69.

una probable autoria, puesto que la probable responsabilidad como se dijo anteriormente contiene mas elementos que deben ser valorados.

Ahora bien, por otra parte pudiera suceder que el juez penal gire orden de aprehensión por considerar que de la averiguación previa se deducen los elementos suficientes para hacer probable la responsabilidad penal de una persona y no obstante al resolver la situación jurídica dentro del plazo constitucional de las 72 horas, resuelva que no está demostrada ésta, aparentemente resulta contradictorio toda vez que se exige los mismos requisitos para expedir una orden de aprehensión y para dictar un auto de formal prisión; sin embargo tal resolución resulta apegada a derecho, porque la probable responsabilidad puede destruirse, si dentro del plazo constitucional o su duplicidad, se practican diligencias para desvirtuar el material probatorio presentado por el mismo Ministerio Público.

Por lo tanto la Probable Responsabilidad de un indiciado existirá cuando se presenten determinadas pruebas, por las cuales se puede suponer la responsabilidad de un sujeto; es decir que no solo sea factible, sino que sea verosímil o que se pueda probar, y previo a lo anterior se debe estudiar que no exista ninguna causa de justificación.

La probabilidad se asemeja a la duda, sin embargo esta no favorece al probable responsable, pues la probabilidad lejos de eliminar la duda la implica y por ende la orden de aprehensión se obsequia aunque exista duda sobre la responsabilidad.

Por otra parte la calidad de probable responsable la tendrá el sujeto activo de la acción penal hasta que se dicte la sentencia definitiva, aunque conforme a las diversas etapas procedimentales reciba diversas denominaciones específicas, así por ejemplo será denominado indiciado o inculcado durante la averiguación previa hasta el ejercicio de la acción penal, y una vez que ha sido radicado dicha averiguación ante el juzgado correspondiente, si es detenido será denominado consignado; de lo contrario se le seguirá nombrándosele indiciado; a partir del auto de formal prisión se le nombra procesado; y durante las conclusiones del Ministerio Público será acusado hasta la sentencia, y es ahí precisamente que deja de ser Probable Responsable para definir su plena responsabilidad penal o su inocencia en el ilícito que se le imputa. Cuando la sentencia condenatoria causa estado se le denomina reo.

CONCLUSIONES

1.- Las Reformas Constitucionales y Procesales de la Materia Penal sobre los requisitos y condiciones que debe observar la autoridad judicial para obsequiar una orden de aprehensión, (acreditar los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad), fortalece los derechos subjetivos de los gobernados que integran este país, creando con ello mayor seguridad en las resoluciones judiciales, mayormente cuando se trata de afectar un bien tan preciado como lo es la libertad personal; de esta manera Nuestra Carta Magna, con sus reformas, es fuente constante de seguridad jurídica para el individuo y para la sociedad, pues se procuran avances en el ámbito de las garantías individuales haciéndolos acordes a la realidad de nuestra nación, para que las autoridades como los gobernados cuenten con un marco jurídico en donde exista el equilibrio entre el respeto de los derechos fundamentales del ser humano y las funciones de procurar justicia.

2.- La prisión preventiva aplicada desde la ejecución de la orden de aprehensión y durante el procedimiento, persigue la satisfacción de dos intereses diversos pero no contrarios, el de la sociedad que busca el interés colectivo de la seguridad de sus integrantes, en el que tiene que hacer usos de medidas que se convierten en males necesarios (como la detención de una persona) que se deben aplicar para contener los excesos en que incurren algunos de sus miembros con el objeto de salvaguardar la convivencia social armónica, y por otro lado se encuentra la de resper-

tar la libertad de un ciudadano y de imponer en forma excepcional y en la medida más restringida la privación de la libertad de una persona, además con la obligación de que si ese sujeto que es sometido a proceso, se le absuelva si es inocente, y en caso contrario que su culpabilidad se establezca mediante un proceso legal respetuoso de sus garantías y derechos; pues el equilibrio entre ambos intereses es la única forma de preservación del orden, pues tan importante es uno como el otro, aquí la libertad de un individuo que se le imputa haber violado la ley, allí la seguridad de la sociedad. Luego entonces al defender a la sociedad de los embates de la delincuencia se vuelve imperativo privar de su libertad a un indiciado para tranquilidad de la misma, previa satisfacción de determinados requisitos; salvaguardando los intereses tanto de los inculpados como de la sociedad, en tal virtud, si bien la detención de una persona no se justifica si se explica en virtud de que la misma se vuelve un mal necesario para la realización de la justicia.

3.- Se reafirma con las reformas, que la orden de aprehensión dictada por una autoridad judicial competente, fundando y motivando su resolución, es la regla general para que un gobernado pueda ser afectado en su libertad personal para los fines del proceso penal, contemplándose como excepciones a esta regla, las relativas a la flagrancia y a los casos urgentes; exigiéndose mayores requisitos en la orden de captura, pues deben acreditarse los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, los mismos requisitos que se exigen para dictar un auto de formal prisión, superándose de esta

manera la ambigüedad del texto anterior, que no señalaba con claridad la obligación de probar el hecho penalmente relevante, pues el acreditamiento se refería sólo al aspecto de la probable responsabilidad, dando con ello mayor seguridad jurídica para los gobernados.

4.- Con la reforma al artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se cambia totalmente el sistema anterior que predominaba, al negarse una orden de aprehensión, con ello ya no se tiene que esperar a que transcurra el tiempo de la prescripción del delito de que se trate, sino que el Ministerio Público o el ofendido, tiene el término de 60 sesenta días para aportar pruebas conducentes para obtener por parte del juzgador la orden de aprehensión y si no lo hacen o haciéndolo previo análisis de las mismas resultan insuficientes, se sobreseera la causa, creando mayor seguridad para los gobernados toda vez que ya no tienen que vivir en la incertidumbre esperando que prescriba la acción penal, lográndose con ello de alguna manera que se dé cumplimiento a lo que establece el artículo 17 constitucional, sobre que la justicia debe ser pronta y expedita; no obstante lo anterior sería deseable que todas las resoluciones en que se niegue una orden de aprehensión procediera el recurso de apelación y no únicamente cuando se estableciera la leyenda de que no hay delito que perseguir, para efecto de que fueran revisadas por la superioridad y de esta forma hacer más transparente la administración de justicia, así como lo especifica el Código Federal de Procedimientos Penales.

5.- La orden de reaprehensión o recaptura, se ordena por la autoridad judicial, cuando el inculcado, procesado o sentenciado incumpla con sus obligaciones o se evada de la cárcel, convirtiéndose la misma en una reiteración de la medida cautelar de la privación de la libertad y en su caso en el cumplimiento de la de la pena de prisión que se le haya impuesto por sentencia firme. Y para que proceda no es necesario hacer un nuevo estudio sobre los requisitos que establece el artículo 16 Constitucional ya que éstos se dan por satisfechos en virtud de que la solicitud que hace el Ministerio Público de la orden de Reaprehensión no significa el ejercicio de la acción penal, únicamente se requiere señalar la causa por la que la misma resulta procedente.

6.- La expresión que utiliza el artículo 16 constitucional de "delito flagrante" resulta un exceso en el lenguaje jurídico, puesto que pareciera a primera vista que se refiere a la existencia jurídica de un delito que conforme al artículo 10. del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, le corresponde hacer la declaratoria a los juzgados penales y lo que realmente se quiso referir al utilizar dicha expresión es precisamente a la existencia material de la conducta que lo configura, por tanto sería deseable que la misma fuera sustituida por la expresión "conducta flagrante" pues se advierte del texto constitucional que la voluntad del constituyente fue autorizar a cualquier persona sea o no autoridad la detención del autor de la conducta, ante su innegable participación (acción u omisión) material que pueda configurar el delito, en su caso, si se reúnen los demás elementos, lo anterior se desprende del texto del

artículo 21 de nuestra Carta Magna, en el que se faculta de manera exclusiva a la autoridad judicial la imposición de las penas una vez que se ha determinado que la conducta constituye delito. En los artículos 267 y 268 reformados del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal se establecen los requisitos que se deben reunir para encontrarnos frente a los institutos jurídicos denominados "Flagrancia y Casos Urgentes".

7.- Se establecen como requisitos para que proceda el caso urgente: que se trate de delito grave así calificado por la ley; que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia; que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial, por razón de la hora, lugar u otras circunstancias; siendo de esta manera como surge para nuestro procedimiento penal el concepto de 'delito grave' con características diferentes pues dicho concepto existía con anterioridad referido a aquellos delitos cuya pena de prisión excedían de cinco años en su término medio, no alcanzando el derecho a la libertad provisional.

8.- Al establecerse en el artículo 16 Constitucional que en caso de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación con detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley, con ello se establece un control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional en relación a las detenciones hechas en en estos casos por el Ciudadano Agente del Ministerio Público, calificando la legalidad o la ilegalidad del acto de la detención, es decir si

fue realizada conforme a derecho, ratificándola, y en caso contrario decretándole la libertad con las reservas de ley, pues es la decisión del juzgador que justifica esa privación de la libertad y su prolongación; lo anterior no incluye consideraciones relativas a la acreditación de los elementos del tipo penal de que se trate ni a la probable responsabilidad pues estos requisitos son necesarios para resolver la situación jurídica del inculcado en el plazo que señala nuestra Carta Magna; con ello se obliga al juzgador a que resuelva sobre los extremos del artículo 16 constitucional antes de que proceda a tomar su declaración preparatoria y resolver sobre los extremos del artículo 19 de nuestra Carta Magna.

9.- La orden de comparecencia es dictada por el órgano jurisdiccional en contra de los inculcados por delitos que tengan como sanción pena no privativa de libertad o ésta sea alternativa en la que se contemple una no privativa de libertad, a pedido del Ministerio Público y existan elementos de prueba que acrediten los elementos del tipo de que se trate y la probable responsabilidad del inculcado; lo anterior cobra especial relevancia toda vez que con dicha reforma se brinda seguridad de que un gobernado no será molestado por simples presunciones y si bien es cierto que dicha orden no restringe la libertad, si la limita.

10.- El arresto consiste en la privación de la libertad hasta por treinta y seis horas, que puede ser impuesta por una autoridad judicial o administrativa, en este último caso por infrac-

ciones a los reglamentos de tránsito, e infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno, y por parte de la autoridad judicial como medida disciplinaria o de apremio con que cuenta el juzgador para hacer cumplir sus determinaciones y con ello se trata de evitar la contumacia o rebeldía de las partes procesales o de los particulares frente a una determinación judicial.

11.- La orden de aprehensión que sea obsequiada debe constar por escrito y firmada por el órgano del estado que lo dicta, expresándose en ella los motivos y fundamentos legales en que se apoya, siendo deseable que se entregara copia de dicha resolución al probable responsable al momento de su detención por los agentes de la policía judicial con la finalidad de que se de cuenta exacta de la acusación que existe en su contra y pueda preparar su defensa, sin que suceda esto en la práctica a pesar de la importancia que reviste la privación de la libertad de una persona.

12.- La querrela como requisito de procedibilidad se presenta en los delitos que se persiguen a instancia de parte interesada en virtud de que se ha estimado que entra en juego un interés particular de mayor intensidad que el daño sufrido por la sociedad, pues actuar oficiosamente en estos casos, con la publicidad se podría ocasionar mayores daños a los ofendidos que los que experimenta la sociedad con el mismo delito y con las inconveniencias que representa un proceso penal, y es este requisito que viene a dar legalidad y validez a todo acto de autoridad que

afecte la esfera jurídica de quien a cometido un delito que se persiga a petición de parte interesada; por tanto la autoridad judicial al resolver sobre la solicitud de la orden de aprehensión debe verificar si existe querrela en los delitos que así lo exijan y si ésta fue presentada por parte legítima.

13.- En el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se establecen los elementos que deben contener los tipos penales y que las autoridades deben acreditar, tanto el Ciudadano Agente del Ministerio Público durante la averiguación previa para el ejercicio de la acción penal, así como el juzgador para obsequiar una orden de aprehensión, dictar un auto de formal prisión o un auto de sujeción a proceso o dictar una sentencia condenatoria de tal manera que la conducta realizada sea idéntica a la abstracción legal que se trate y que la doctrina los ha reunido en tres grandes grupos a saber; objetivos, subjetivos y normativos. Siendo que para obsequiar una orden de aprehensión se requiere que se acredite los elementos del tipo y la probable responsabilidad, si se concibe el delito como acción típica, antijurídica y culpable sería deseable que se estableciera en las resoluciones un apartado para hacer el estudio de la antijuricidad pues ésta no pertenece ni a la tipicidad ni a la culpabilidad. Por otra parte tal como se observa del numeral antes citado las circunstancias modificativas son elementos del tipo ya sean cualificantes o de privilegio y en virtud de que el encuadramiento tiene que hacerse en forma precisa y como forma parte del tipo no pueden dejar de atenderse en el momento de dictar una orden de aprehensión, pues es costumbre de que

unicamente se atiende al delito básico y no al tipo básico modificado lo cual daría concreta fisonomía al delito de que se trate y es lo que se busca con las reformas constitucionales es perfeccionar nuestras garantías individuales.

14.- Al establecer el artículo 16 constitucional como requisito para obsequiar una orden de aprehensión, que se acrediten los elementos del tipo de que se trate, mismos que en la especie son: objetivos, subjetivos y normativos, no quiere decir que se tengan que acreditar plenamente, es decir que no se puedan desvirtuar, lo cual no sería acorde con la realidad pues diariamente se dictan resoluciones absolutorias por inprobación de los elementos del tipo, pues en caso de afirmar lo contrario no tendría más razón el proceso que acreditar plenamente la responsabilidad penal lo cual en la especie no acontece.

15.- Conforme a las reformas a los artículos 13 y 15 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en el Fuero Federal, el sujeto activo será probable responsable por haber realizado la conducta típica, antijurídica, siendo imputable, teniendo la capacidad de comprender el carácter antijurídico del hecho y de poder conducirse de acuerdo a esa comprensión y por no haber actuado bajo un estado de error de prohibición, además por ser exigible una conducta diversa a la que realizó, por haber podido determinarse a actuar conforme a derecho, por tanto la probable responsabilidad viene siendo un juicio de atribución provisional que le hace la autoridad judicial después de verificado el cumplimiento del tipo y que

no existan causas de justificación, después de verificar que se cumplan las condiciones antes señaladas. Pues la forma de intervención se estudia como elemento del tipo y no puede equipararse la probable responsabilidad a una probable autoría, pues la primera contiene mayores elementos que deben ser valorados.

B I B L I O G R A F I A

Alcala-Zamora y Castillo, Niceto; Derecho Procesal Penal Mexicano, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1985.

Amuchategui Requena, Irma Griselda; Derecho Penal (cursos), UNAM, Editorial Harla, México 1992.

Arilla Bas, Fernando; El Procedimiento Penal en México, Onceava Edición, Editorial Krátos, S. A., México 1986.

Bacigalupo Enrique; Manual de Derecho Penal. Parte General, Editorial Temis, Bogotá 1989.

Barrita López, Fernando A.; Prisión Preventiva y Ciencias Penales (enfoque interdisciplinario), Editorial Porrúa, México 1990.

Barrita López, Fernando A.; Averiguación Previa (Enfoque Interdisciplinario), Editorial Porrúa, México 1992.

Burgoa Orihuela, Ignacio; Las Garantías Individuales, Décimo octava Edición, Editorial Porrúa, S. A., México 1985.

Carranca y Trujillo, Raúl; Derecho Penal Mexicano. Parte General, Décimocuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1982.

Castellanos Tena, Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, Vigésima Edición, Editorial Porrúa, México 1984.

Cervantes de Castillejos, Minerva; Anuario Jurídico, Uniformidad del Sistema Penal en México, UNAM, XII, 1985.

Colin Sánchez, Guillermo; Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Décima Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1986.

De Pina Vara, Rafael; Diccionario de Derecho, Décimosegunda Edición, Editorial Porrúa, México 1984.

Franco Sodi, Carlos; El Procedimiento Penal Mexicano, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1986.

García Ramírez, Sergio y Victoria Adato de Ibarra; Prontuario del Proceso Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1988.

García Ramírez, Sergio; Curso de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, México 1982.

González Bustamante, Juan José; Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Novena Edición, Editorial Porrúa, México 1988.

Hans-Heinrich, Jescheck; Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen I, Bosch, Casa Editorial España, Tercera Edición, Barcelona 1990.

Hernández López, Aarón; Manual de Procedimientos Penales, Segunda Edición, Editorial Pac, S.A., México 1985.

Jiménez de Asúa, Luis; Principios de Derecho Penal (La Ley y el Delito), Editorial Sudamérica, Buenos Aires 1990.

Jiménez Huerta, Mariano; Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Introducción al Estudio de las Figuras Jurídicas, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 1982.

López Betancourt, Eduardo; Teoría del Delito, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1974.

Mancilla Ovando, Jorge Alberto; Las Garantías Individuales y su aplicación en el Proceso Penal, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1989.

Márquez Piñero, Rafael; El Tipo Penal, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1992, p. 181.

Muñoz Conde, Francisco; Teoría General del Delito, Editorial Temis, Bogotá 1984.

Obregón Heredia, Jorge; Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Comentado y Concordado, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 1989.

Osorio y Nieto, César Augusto; La Averiguación Previa, Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1986.

Pallares, Eduardo; Prontuario de Procedimientos Penales, Décima Edición, Editorial Porrúa, México 1986.

Reyes Tayabas, Jorge; El Nuevo Régimen sobre la Privación de la Libertad en Procedimientos Penales, PGR, México 1995.

Rivera Silva, Manuel; El Procedimiento Penal, Décimocuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1984.

Silva Silva, Jorge Alberto; Derecho Procesal Penal, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Editorial Harla, México 1990.

Welsen Hans; La Teoría de la Acción Finalista, Editorial DePalma, Buenos Aires 1968.

Zamora Pierce, Jesús; Garantías y Proceso Penal, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1990.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Nonagésimo Séptima Edición, Editorial Porrúa, México 1993.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Décima primera edición, Editorial Esfinge, S.A., México 1995. (reformas)

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Cuadragésima quinta edición, Editorial Porrúa, México 1992.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal,

Editorial Andrade, México 1995.

Código Federal de Procedimientos Penales, Cuadragésima Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 1992.

Código Federal de Procedimientos Penales,

Editorial Andrade, México 1995.

Código Penal para el Distrito Federal (en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal), Quincuagésima Edición, Editorial Porrúa, México 1992.

Código Penal para el Distrito Federal (en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal), Editorial Andrade, México 1995.