

420
2ej

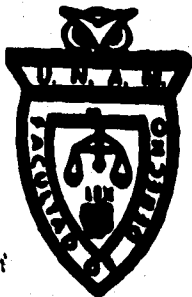


**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**"ANALISIS JURIDICO DEL NUEVO ARTICULO 38
DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES"**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARTIN MORA VALDESPINO



MEXICO, D. F.

1998

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

Cd. Universitaria, 6 de junio de 1966.

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E .

El C. MARTIN MORA VALDESPINO, ha elaborado en este Seminario a mi cargo, su tesis profesional intitulada: "ANALISIS JURIDICO DEL NUEVO ARTICULO 36 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES", bajo la dirección del Dr. Carlos Daza Gómez, con el objeto de obtener el grado académico de Licenciado en Derecho.

El alumno ha concluido la tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el artículo 8, fracción V, del Reglamento de Seminarios para las tesis profesionales, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos.



RESULTADO DEL DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL

Atentamente.
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
El Director del Seminario.

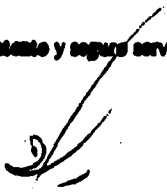

DR. PAUL CARRANCA YURIVAS.

México, D.F., a 3 de Junio de 1996.

**DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE
DERECHO PENAL
FACULTAD DE DERECHO
UNAM
P R E S E N T E**

Fui designado para dirigir y revisar el trabajo intitulado "ANÁLISIS JURÍDICO DEL NUEVO ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES" mismo que fue elaborado por el C. MARTÍN MORA VALDESPINO, considero ha sido una investigación seria, con la bibliografía adecuada, y utilizando los métodos Histórico, Analítico, Comparado, por lo que reúne los requisitos legales y formales que exige el reglamento de exámenes profesionales, lo que pido tenga a bien autorizar su aprobación e impresión.

Quedo de Usted como su más atento y seguro servidor.



DR. CARLOS DAZA GOMEZ

DEDICO LA PRESENTE TESIS.

CON TODO CARINO PARA:

LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO,

LA FACULTAD DE DERECHO,

EL DIRECTOR DE ESA FACULTAD:
DR. MAXIMO CARBAJAL CONTRERAS,

EL DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL:
DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS, Y,

MI ASESOR.
DR. CARLOS J. M. DAZA GOMEZ.

POR EL APOYO Y ATENCION QUE ME BRINDARON.

ESPECIALMENTE A:

LIC. AURORA GOMEZ AGUILAR
JUEZ VIGESIMO OCTAVO PENAL EN EL D.F.

LIC. LUIS MIGUEL HERNANDEZ IBELLES

POR SU COLABORACION E INFORMACION PROPORCIONADAS

A MIS PADRES:

JUVENTINO MORA PERDOMO (*)

MARIA VALDESPINO AVILA

MIS HERMANOS:

OTILIA
GRACIELA
LOURDES
JORGE
MIGUEL
ALVARO E
ISIDRO

POR SU COMPRESION, PACIENCIA E INFINITA BONDAD.

EN GENERAL, A QUIENES CONSIDERO MUY ESPECIALES:

SUSANA MONTES, MARCO ANTONIO ACEVEDO CASTILLO, MARI CRUZ SILVA HERNANDEZ, FERNANDO RAMIREZ MONTERO, MARINA CRUZ JIMENEZ, DEMETRIO BECERRIL MARTINEZ, ROSA MARIA CORTEZ TORRES, CESAR EFRAIN LEDEZMA ALVAREZ, PEDRO DURAN SUAREZ, ALBERTO GENERO GOMEZ BUCIO, SONIA CASTRO RAMIREZ, GLADIS FIGUEROA OSORIO, JAI ME DE LA ROSA ALVARADO, SONIA ISLAS RAMIREZ, MARIA EUGENIA RIVERA SEGUNDO, ANGEL OLIVERA MARTINEZ, ANA BERTHA GARCIA VAZQUEZ, JOSE HERNANDEZ MARTINEZ, VERONICA LUCIA ROCHA LICEA, JUAN ANTONIO SANCHEZ BRAVO, CARLOS ENRIQUE VALENCIA SOLIS Z. MARIA DEL ROCIO RODRIGUEZ ARVIZU, JOSEFINA SANCHEZ A., MARIO SALAZAR RIVERA, GERARDO BENITEZ ESPEJEL, VICTOR VELASCO RAMIREZ, GENOVEVA MARTINEZ SORIA Y EVA ROSAURA CONTRERAS VERA.

Y FINALMENTE:

"A DIOS, POR SU VOLUNTAD Y MISERICORDIA INFINITA"

**ANALISIS JURIDICO DEL NUEVO ARTICULO 36 DEL CODIGO DE
PROCEDIMIENTOS PENALES**

| | PAG. |
|---|-----------|
| INTRODUCCION | 1 |
| | |
| CAPITULO I | 5 |
| <u>AVERIGUACION PREVIA.</u> | |
| | |
| 1.1 Diversos Conceptos. | 5 |
| 1.2 Periodo de preparación del ejercicio de la acción penal. | 7 |
| 1.3 La Denuncia. | 12 |
| 1.4 La Querrela. | 18 |
| 1.5 La Excitativa. | 27 |

CAPITULO II 29

LA ACCION PENAL.

2.1 La Acción Penal (concepto). 29

2.2 Consignación con detenido. 32

2.3 Consignación sin detenido. 36

2.4 Resoluciones del Organo 38
Jurisdiccional.

2.4.1. Orden de Aprehensión. 39

2.4.2. Orden de Comparecencia. 49

2.4.3. Declaración Preparatoria. 52

2.4.4. Auto de Plazo Constitucional. 55

CAPITULO III 64

SOBRESERIMIENTO.

3.1 Artículo 660 del Código de 64
Procedimientos Penales.

3.1.1. Cuando el Procurador General 64
Justicia del Distrito Federal
confirme o formule conclusiones
no acusatorias.

3.1.2. Cuando aparezca que la 66
Responsabilidad penal está
extinguida.

3.1.3. Cuando no se hubiere 69
dictado auto de formal
prisión o de sujeción a
proceso y aparezca que el
hecho que motiva a la
averiguación no es delictuoso
o cuando estando agotada ésta,
se compruebe que no existió
el hecho delictuoso que la motivó.

3.1.4. Cuando habiendose decretado 71

la libertad por desvanecimiento de datos, esté agotada la averiguación y no existan elementos posteriores para dictar nueva orden de aprehensión, o se esté en el caso previsto por el artículo 546.

| | | |
|--------|--|----|
| 3.1.5. | Cuando esté plenamente comprobado que en favor del inculpado existe alguna causa eximente de responsabilidad. | 73 |
| 3.1.6. | Cuando existan pruebas que acrediten fehacientemente la inocencia del acusado. | 79 |
| 3.1.7. | Cuando se trate de delitos culposos que sólo produzcan daño en propiedad ajena y/o lesiones de las comprendidas en los artículos 289 ó 290 del Código Penal, si se paga la reparación del daño a la víctima o al ofendido por el delito, si el inculpado no hubiese abandonado a aquélla, y no se encontrase el activo en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares. | 79 |

CAPITULO IV 82
ARTICULO 26 DEL CODIGO ADJETIVO DE LA MATERIA
PENAL.

| | | |
|-----|--|----|
| 4.1 | Antecedentes. | 82 |
| 4.2 | Motivos de la reforma. | 90 |
| 4.3 | Diversos planteamientos jurídicos. | 90 |

| | PAG. |
|-------------------------------|-------------|
| CONCLUSIONES | 100 |
| PROPUESTAS | 105 |
| BIBLIOGRAFIA | 107 |

INTRODUCCION.

Como es sabido, a partir del primero de febrero del año de 1994 entraron en vigor diversas reformas al Código Sustantivo Penal, así como a los Códigos Procesales, tanto del Distrito Federal como del Fuero Federal, mismas que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación en fecha 10 de enero del mismo año. En cuanto al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cabe expresar que, entre otras reformas, se incursionó la del artículo 36, que será el análisis de la presente tesis, mismo que pienso, se creó como consecuencia de la interpretación torcida y mayoritaria que se le daba al artículo 4º del Código de Procedimientos Penales, y tratando de subsanar éste, es como se crea el artículo 36 en comento.

Pero a pesar de todo esto, la creación del citado artículo 36 del Código de Procedimientos penales reformado, y que en forma textual establece que: "Cuando se haya negado la Orden de Aprehensión o 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 60 días a partir del día siguiente en que se les hayan notificado estas resoluciones, o su desahogo, no son suficientes para librar las ordenes referidas, se sobreseerá la causa"; su contexto no resultó del todo favorable, toda vez que el mismo sin lugar a dudas conlleva a múltiples dificultades que pueden presentarse en su aplicación dentro de la vida práctica, por lo que la realización de este trabajo es precisamente para plantear diversos cuestionamientos jurídicos respecto del citado artículo 36, así como la solución a los mismos, planteamientos de entre los cuales cabe hacer mención del siguiente:

Que subsiste la inseguridad jurídica del imputado, aunque ésta, sea sólo, posiblemente, por un lapso breve, toda vez que también se deja abierta la causa cuando se ha negado la Orden de Aprehesión o Comparecencia, según lo procedente; o bien, dictado el Auto de Libertad por falta de elementos para procesar, para que el Ministerio Público o el ofendido aporten pruebas con la salvedad de que esta aportación sólo puede hacerse dentro de los 60 días a partir del día siguiente en que se hayan notificado estas resoluciones; de lo que se deduce que además dicho plazo podría correr de manera diferente, tanto para el ofendido como para el Ministerio Público, dependiendo obviamente de la fecha en que se les hayan notificado las resoluciones mencionadas, lo que inclusive podría dar pauta a un plazo mayor de los 60 días;

independientemente de que también considero que, este artículo 36 se contrapone con el numeral 80, en atención a que este último artículo establece que sólo las resoluciones apelables, deben ser notificadas, entre otros, al ofendido; y no obstante que la negativa de Orden de Aprehensión y Comparecencia no son apelables, el referido artículo establece que el plazo de los 60 días para aportar pruebas por el ofendido o por el Ministerio Público, después de negarse las citadas órdenes, correrán a partir del día siguiente en que se les hayan notificado esas resoluciones; esto es, que exige que la negativa de las órdenes aludidas se notifiquen, no sólo al Ministerio Público sino también al ofendido, lo que no estatuye el numeral 80 antes aludido; además, en el citado numeral 36, no se establece ninguna facultad de defensa en favor del imputado, con lo que posiblemente se entendería que se permite actuar a espaldas del mismo, pues no se soslaya que el legislador en esta reforma también pasó por alto que en todo procedimiento penal se debe crear un carácter bilateral que se trasluce en que, por un lado el ofendido está representado por el Ministerio Público y por el otro, el justiciable por su defensor, tan es así que inclusive a nivel de Averiguación Previa en base a la fracción IX del artículo 20 Constitucional en relación con el párrafo cuarto de la fracción X del mismo numeral, ya se exige que a este nivel de el inculpado se encuentre asistido de un defensor; por ende, si esta exigencia ya se reclama en la fase preparatoria de la acción penal, con mayor razón

resulta evidente que debe cumplirse con la misma una vez ejercitada la mencionada acción ante la autoridad jurisdiccional competente, lo cual no refiere el artículo 36 en comento.

Así también, en el presente trabajo se pretende demostrar que en la aplicación e interpretación del citado artículo 36 que se comenta, se convierte al Órgano Jurisdiccional en un amanuense del Ministerio Público, ya que dicho numeral desvirtúa en forma total la auténtica función que realmente debiera cumplir todo Órgano Judicial y que es la de actuar como director de la relación jurídico-procesal, dejando exclusivamente al Ministerio Público la persecución de los delitos y la búsqueda de los elementos de convicción.

Es por eso que al percatarme de las múltiples confusiones que conlleva la interpretación y aplicación del artículo 36 del Código de Procedimientos Penales, me motivó entrar al estudio y análisis jurídico del citado numeral.

Por ende, se pretende que la elaboración del presente trabajo cumpla con todos los requisitos y exigencias que conlleva a la realización del mismo; para así estar en posibilidad de aportar un pensamiento u opinión para la debida aplicación en la práctica del numeral 36 del Código de Procedimientos Penales, que se analizará en forma jurídica en esta investigación.

CAPITULO I
AVERIGUACION PREVIA

1.1. DIVERSOS CONCEPTOS.

Primeramente menciono que para el maestro GUILLERMO COLIN SANCHEZ la averiguación Previa es la etapa procedimental en la que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de policía judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar, para estos fines, el cuerpo del delito (ahora elementos del tipo) y la presunta responsabilidad (1).

Asimismo, menciona en su libro Derecho Mexicano de Procedimientos Penales que la Averiguación Previa comprende el siguiente estudio: la denuncia, los requisitos de procedibilidad (querrela, excitativa y autorización), la

1 COLIN, Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Décima Tercera Edición, Edit. Porrúa. S.A. México, 1992, Pág. 257.

función de policía judicial en sus diversas modalidades y la consignación (2)

Por otra parte, para el maestro MANUEL RIVERA SILVA, la Averiguación Previa es el conjunto de actividades "para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal" (3).

El maestro GONZALEZ BUSTAMANTE en su obra titulada "Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano", nos indica "que el Código Federal de Procedimientos, divide el procedimiento penal en cuatro fases: la primera, de Averiguación Previa a la consignación a los tribunales, llamada también fase preprocesal, que tiene por objeto investigar el delito y recoger las pruebas indispensables para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal. Es, en otros términos, el medio preparatorio al ejercicio de la acción. En esta fase, el Ministerio Público, como jefe de la policía judicial, recibe las denuncias o querrelas de los particulares o de cualquier autoridad, sobre hechos que estén determinados en la ley como delitos; practica las primeras diligencias, asegura los objetos o instrumentos del delito, las huellas o vestigios que haya dejado su perpetración y

2 IBID. Pág. 259

3 SILVA, Rivera Manuel, El Procedimiento Penal, Vigésima Segunda Edición, Edit. Porrúa S.A., México, 1993, Pág. 23

busca la posible responsabilidad penal de quienes hubiesen intervenido en su comisión" (4).

Por último, después de haber analizado y estudiado minuciosamente los diversos conceptos, se procede a dar uno propio: **Averiguación Previa**, es la etapa del procedimiento realizada por y ante el Ministerio Público en su función de Organismo Investigador y persecutor de los delitos (actuando como autoridad). En esta etapa el Ministerio Público y la policía judicial, quien se encuentra bajo el mando de aquél, una vez que le ha sido puesto de su conocimiento la posible comisión de un delito, llevan a cabo la práctica de todas y cada una de las diligencias pertinentes y necesarias, con el fin de acreditar tanto los elementos integradores del tipo penal de que se trate, como la probable responsabilidad penal de un individuo y así llegar a la consignación ante un Organismo Jurisdiccional; o bien, para el caso de no acreditarse éstos, proceder a la reserva o al archivo de la **Averiguación Previa**.

1.2 PERIODO DE PREPARACION DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

Como lo indica ARILLA BAS "el periodo de preparación del ejercicio de la acción penal, que las leyes

4 GONZALEZ, Bustamante Juan José, Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Octava Edición, Edit. Porrúa, S.A., México, 1985, Pág. 123

de procedimientos acostumbran denominar de averiguación previa, tiene por objeto, como su mismo nombre lo indica, reunir los requisitos exigidos por el artículo 16 de la Constitución General de la República, para el ejercicio de la acción penal. El desarrollo de este periodo compete al Ministerio Público" (5).

Para los efectos de este trabajo al periodo de preparación del ejercicio de la acción penal lo denominaremos Averiguación Previa, la cual principia en el momento en que la autoridad investigadora recibe la noticia de la comisión de un hecho delictuoso o que aparentemente reviste tal característica, pero debe recordarse que ésta iniciación no queda al arbitrio de la Representación Social, sino que, se requiere indispensablemente cumplir con ciertos requisitos, que son precisamente las exigencias a las que se les ha dado el nombre de requisitos de procedibilidad, denominación dada en virtud de ser condiciones con las que es crucial cumplir para dar inicio al procedimiento penal.

Es preciso mencionar, que los requisitos de procedibilidad varían según el orden establecido en un país, así encontramos que en algunos sistemas se consideran como requisitos de procedibilidad a la pesquisa, la flagrancia, el descubrimiento, la delación, la denuncia, la autorización,

G ARILLA, Bas Fernando, El Procedimiento Penal en México, Décima Cuarta Edición, Edit. Kratos S.A. DE C.V. México, 1992, Pág. 50

la excitativa y la querrela mínima, sin embargo, dentro de nuestra normatividad mexicana, sólo son considerados como requisitos de procedibilidad la Denuncia, La Querrela y la Excitativa; puesto que la pesquisa fue desterrada en forma afortunada por nuestro legislador quien prohibió la indagación sobre una población o provincia, o sobre una persona determinada, realizada con el objeto de averiguar quien o quienes habían cometido delitos, figura que fue aceptada en los siglos de hechicería y superstición. Otra figura que también fue desterrada de nuestro país es la delación, ya que también se prohibió la averiguación nacida de un documento anónimo, en el que se denunciaba un delito, o de un documento en el que se exigía reserva absoluta sobre la persona que hacía la denuncia (6).

La flagrancia dentro de nuestro sistema jurídico no es considerada propiamente como requisito de procedibilidad, ya que si bien, nuestro máximo cuerpo de leyes permite que un gobernado sea privado de su libertad al momento de estar cometiendo un delito (flagrancia); o bien, cuando después de ejecutado el hecho delictivo, el mismo es perseguido material e inmediatamente (cuasiflagrancia), o cuando en el momento de haberlo cometido alguien lo señala como responsable del delito (presunción de flagrancia); también lo es, que en ocasiones (como ocurre en los delitos perseguibles a petición

6 RIVERA, Silva Manuel, El Procedimiento Penal, Décima Quinta Edición, Edil. Porrúa, S.A., México, 1985, Pág. 97

de parte), no sólo basta que se haya sorprendido al delincuente al momento de la comisión del ilícito penal para que se de inicio a un procedimiento penal, sino que se requiere además, la petición de la parte directamente ofendida o de su legítimo representante; salvo el caso en el que el sujeto pasivo manifiesta con posterioridad su deseo de que se inicie el procedimiento; sin embargo, cabe decir que el Código de Justicia Militar en el artículo 78, la flagrancia sí es considerada como un requisito de procedibilidad.

* En base a las actuales reformas al Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, así como al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y al Código Federal de Procedimientos Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación en 13 de mayo de 1996, y que entraron en vigor el día siguiente, la presunción de flagrancia, ahora es considerada como la equiparación de la existencia de delito flagrante; y es cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiera participado con ella en la comisión del delito; o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito; o bien, aparezcan huellas o indicios que hagan

presumir fundadamente su participación en el delito; o bien, aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de 72 horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se hubiere iniciado la Averiguación Previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito.

En cuanto, a la figura del descubrimiento, el tratadista BRISEÑO SIERRA, lo acepta como requisito de procedibilidad, porque considera que éste es uno de los supuestos más frecuentes que se presentan para dar inicio al procedimiento penal, figura que según su parecer, se presenta cuando un funcionario o agente de la policía sorprende a un sujeto en el momento de cometer el delito, opinión de la que nos permitimos diferir, ya que a nuestro parecer el profesor en cita trata de darle otro nombre a lo que nuestro legislador denominó flagrancia, la que puede llevar a cabo cualquier persona, sea particular o agente de la policía, para lo cual se retoma la opinión que señalamos al tratar al delito quemante, esto es, flagrante.

La autoacusación, a nuestro parecer sólo puede ser considerada como una confesión, que presentada dentro de los

delitos perseguibles de oficio puede dar inicio a un procedimiento penal, lo que no procedería en los ilícitos señalados como perseguibles únicamente a petición de parte, salvo que, con posterioridad a la misma el ofendido en un delito manifieste su deseo de que se persiga al sujeto activo del mismo.

1.3 LA DENUNCIA.

Dentro de nuestro sistema jurídico es uno de los medios a través de los cuales se puede dar inicio al procedimiento y la cual puede definirse como la información hecha en forma verbal o escrita por cualquier persona ante el Ministerio Público sobre la posible comisión de un ilícito penal, misma que se realiza con el fin de que la Representación Social tenga conocimiento de ellos y ponga en marcha su función investigadora.

De la anterior definición podemos desprender los siguientes elementos:

- a) La información hecha por cualquier persona;
- b) Ante el Ministerio Público;
- c) Sobre la posible comisión de un ilícito penal;

d) Con el fin de que se ponga en marcha la función investigadora.

a) LA INFORMACION HECHA POR CUALQUIER PERSONA. La denuncia es un comunicado realizado en forma oral o escrita que se encuentra desprovista de instancia, es decir, la misma puede ser proporcionada por cualquier persona, con independencia de que la realice directamente el ofendido o la víctima, o cualquier otro sujeto que tenga conocimiento de la posible existencia de un delito perseguible de oficio, sea en representación de una persona física o bien en representación de una persona moral, pues cabe advertir que al respecto no se tiene ninguna diferencia entre las denuncias formuladas por las personas físicas y las realizadas por éstas en representación de una persona moral, ya que como se ha expuesto, la misma puede ser presentada por cualquier sujeto sea o no el pasivo del delito, siendo precisamente esta circunstancia la que diferencia a la denuncia de la querrela, puesto que en la primera el sujeto que la realiza puede ser el directamente ofendido o la víctima, o bien un sujeto extraño, y basta que el Ministerio Público tenga conocimiento de ella para iniciar la investigación de la posible comisión de un hecho delictuoso y se persiga al probable responsable del mismo.

Es procedente la denuncia cuando es presentada por algún individuo perteneciente a una corporación policiaca, pues como hemos expuesto, este requisito de procedibilidad

puede ser presentado por cualquier persona, incluyendo también a los elementos policíacos.

b) ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO. La denuncia debe ser presentada indispensablemente ante el Representante Social, en virtud de ser ésta la Institución a quien le es encomendada la iniciación del procedimiento penal. "En efecto, teniendo por objeto la denuncia que el Ministerio Público se entere del quebranto sufrido por la sociedad, por la comisión de un delito, es obvio que la relación de actos debe ser llevada a cabo ante el propio representante social".

Debe ser realizada precisamente ante el Ministerio Público, puesto que a nivel Constitucional sólo a esta Institución le ha sido encomendado el ejercicio de la fase indagatoria y persecutora, siendo por ello justificable, que sea precisamente él quien reciba la denuncia, para así estar en posibilidad de llevar a cabo la práctica de las diligencias tendientes al acreditamiento de los elementos del tipo del delito de que se trate y la demostración de la probable responsabilidad de un individuo, para que en su caso se esté en posibilidad de ejercitar la acción penal ante el Órgano Jurisdiccional.

c) SOBRE LA POSIBLE COMISION DE UN HECHO DELICTUOSO. En efecto, la noticia puesta en conocimiento del Ministerio Público debe recaer sobre la posible comisión de

un hecho presumiblemente delictuoso, pues sólo éstos dar lugar a la apertura de la Averiguación Previa, ya que si los hechos versan sobre situaciones diferentes tales como controversias civiles, mercantiles, o bien, como hechos no constitutivos de un delito, etc; la esencia de la Averiguación Previa se vería trastocada y desvirtuada, ya que la misma no podría ser vista como la primera etapa del procedimiento penal.

d) CON EL FIN DE QUE SE PONGA EN MARCHA LA FUNCIÓN PERSECUTORA. La denuncia tiene como fin que el Organó Investigador realice todas y cada una de las diligencias pertinentes, a efecto de acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad penal de una persona y en su caso ejercitar su acción penal. El artículo 262 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece que el Ministerio Público y sus auxiliares esté obligados a proceder de oficio a la averiguación de los delitos del Orden común de que tengan noticia, de lo que se colige que una vez presentada la denuncia, la Representación Social, sin más tramitará la práctica de las diligencias pertinentes para la acreditación de los presupuestos del ejercicio de la Acción Penal.

La denuncia, además, de presentar los elementos antes señalados, exige que el denunciante no sea anónimo ni

secreto, y obviamente con el fin de que el inculpado logre una mejor defensa al saber quien es la persona que lo acusa.

Otra exigencia de la denuncia la constituye el hecho de que ésta sólo es el motor generador del Ministerio Público Investigador en tratándose de delitos perseguibles de oficio, lo cual significa que para su presentación no se requiere la anuencia o permiso del ofendido, pues como ya hemos apuntado, la misma puede ser presentada por cualquier persona sea o no sujeto pasivo del delito; es decir, de acuerdo a lo señalado en el artículo 262 del Código Adjetivo Penal, basta con que el Ministerio Público tenga conocimiento por cualquier persona de la probable comisión de hecho delictuoso, para que oficiosamente practique las diligencias pertinentes para la debida integración de la averiguación previa, no obstante que no haya sido el ofendido o la víctima quien haya manifestado tal denuncia.

Dentro del tema de la denuncia surge la pregunta de si el presentar la misma constituye una obligación o una facultad potestativa, debiéndose señalar que en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal no se previene nada al respecto, por lo que debemos concluir que dentro del fuero común la presentación de una denuncia sólo constituye una facultad discrecional; situación que no acontece dentro de la materia Federal, en atención a que en ésta, el Código Federal de Procedimientos Penales en sus artículos 116 y 117,

señalan que la presentación de la denuncia si constituye una obligación, surgiendo en este aspecto la incógnita planteada, sin embargo, a nuestro parecer, la obligación contemplada en los numerales referidos no constituyen en esencia una obligación propiamente dicha, toda vez que para que, ello ocurra se requiere indispensablemente que el incumplimiento de una obligación traiga aparejada una sanción, situación que no previenen los artículos señalados, ya que los mismos sólo hacen referencia a que la presentación de la denuncia constituye una obligación, pero no propone sanción alguna para su cumplimiento, por lo que a nuestro parecer, la presentación de la denuncia tanto en materia Federal como en el Fuero Común constituye una mera facultad discrecional.

Como conclusión: la denuncia es un requisito de procedibilidad definido como el comunicado realizado por cualquier persona ante el Ministerio Público de la posible realización de un hecho delictuoso perseguible de oficio, con el propósito de que dicho Órgano realice su actividad investigadora y persecutora.

1.4 LA QUERELLA.

La Querella es otra figura que dentro de nuestro sistema jurídico se considera como requisito de procedibilidad; y al hablar de la misma es necesario distinguir entre querella simple y querella necesaria; siendo la primera, la narración de hechos presumibles como constitutivos de un ilícito penal realizada por cualquier persona en forma oral o escrita ante el Titular de Acción Penal; por ello, éste es, un concepto sinónimo de denuncia; en cambio, la querella necesaria, y de la cual nos ocuparemos en el presente trabajo, puede ser definida como la exposición o narración realizada en forma oral o escrita directamente por el propio ofendido o por su legítimo representante ante el Ministerio Público sobre actos constitutivos presumiblemente como delitos y señalados por la Ley como perseguibles a instancia de parte, con el manifiesto deseo de que se investiguen los mismos y se persiga al presunto responsable de éstos.

De lo anterior, se pone de manifiesto que la querella necesaria presenta los siguientes elementos:

a) Exposición o narración de hechos realizada en forma oral o escrita directamente por el propio ofendido o por su legítimo representante ante el Ministerio Público;

b) Sobre actos constitutivos presumiblemente como delitos y señalados por la ley como perseguible a instancia de parte;

c) El manifiesto deseo de que se investigue la posible comisión de un hecho delictivo y se persiga al probable responsable de éste.

a) EXPOSICION O NARRACION DE HECHOS REALIZADA EN FORMA ORAL O ESCRITA DIRECTAMENTE POR EL PROPIO OFENDIDO O POR SU LEGITIMO REPRESENTANTE ANTE EL MINISTERIO PUBLICO. La querrela necesaria denominada dentro de nuestro sistema juridico únicamente querrela, tiene la peculiaridad de que es un derecho potestativo del sujeto pasivo, porque éste, puede o no, si así es su deseo, dar de su consentimiento para que se investigue la posible comisión de un hecho delictivo y de que, se persiga al probable responsable del mismo; la querrela debe ser realizada o presentada necesariamente por la persona o personas ofendidas de un delito, en virtud de que el legislador ha considerado que existe una serie de delitos donde la publicidad de los mismos puede causar un daño mayor al ofendido, que la ocultación de los mismos, por lo que se concede la oportunidad de que su conocimiento sea una facultad discrecional, lo que significa que si son externados por otras personas no se habrá cumplido con el requisito de procedibilidad, pues la misma, como ya se ha

expuesto, requiere indispensablemente ser presentada por el directamente ofendido o por su legítimo representante ante el Ministerio Público; de lo contrario, el requisito antes mencionado no se habrá cumplido.

Por otra parte, la narración debe también, al igual que en la denuncia ser presentada ante el titular de la acción penal, porque a éste se le encarga el inicio respectivo del procedimiento penal.

b) SOBRE ACTOS CONSTITUTIVOS PRESUMIBLEMENTE COMO DELITO Y SEÑALADOS POR LA LEY COMO PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE. Al igual que en la denuncia, la narración de hechos debe versar necesariamente sobre un posible hecho delictuoso; de lo contrario, no sería posible que el Órgano Investigador pusiere en marcha su función investigadora y persecutora; sin embargo, en tratándose de la querrela, se exige que ese hecho delictuoso se contemple como perseguible a petición de parte ofendida.

c) EL MANIFIESTO DESEO DE QUE SE INVESTIGUE LA POSIBLE COMISION DE UN HECHO DELICTIVO Y QUE SE PERSIGA AL PROBABLE RESPONSABLE DEL MISMO. Este deseo debe ser manifestado directamente por el ofendido o por su representante legal; en caso contrario el Ministerio Público no podrá oficiosamente poner en marcha su función persecutora

e investigadora, por ende, no podrá proseguirse con la secuela procedimental.

Además de los elementos antes mencionados cabe expresar que la querrela tiene como característica que al ser ésta una facultad potestativa, admite el perdón del ofendido, es decir, el sujeto pasivo cuenta con la opción de elegir si quiere o no expresar su deseo de que se investigue un delito y se persiga al que presumiblemente lo cometió; por ende, también cuenta con la facultad de que una vez expresado dicho deseo pueda otorgar el perdón a la persona o personas que cometieron dicho delito, sin embargo, cabe mencionar que esta facultad tiene ciertas limitaciones como lo son el hecho de que debe presentarse antes de que el Ministerio Público ejercite su acción penal, ello en la fase de Averiguación Previa, o bien, ante el Organó Jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia; además, sin que sea necesario para tal efecto la aceptación por parte del inculpado del citado perdón..

Otra característica que debe destacarse es la divisibilidad de la querrela con la cual queremos referir que la querrela sólo puede alcanzar a un sujeto, aunque sean varios los presuntos responsables, por ende al ser la querrela divisible, también podemos hablar de que el perdón que extingue ésta también es divisible, ya que si existen varios ofendidos, cada uno de ellos contará con la facultad

de perdonar a un encausado, o bien, para el caso de que existan varios inculpados, el perdón sólo beneficiará a aquél a cuyo favor se haya otorgado.

Esta divisibilidad se presenta con cierta frecuencia en los delitos perseguibles a petición del sujeto pasivo y se observa en los siguientes casos:

a) En un sólo hecho, presuntamente constitutivo de uno o varios delitos, aparecen como indiciados dos o más sujetos; y

b) Mediante un sola conducta realizada por un único sujeto se producen varios resultados probablemente integrantes de figuras típicas.

En la primera hipótesis sucede que el ofendido, manifiesta querellarse contra uno de los indiciados pero no contra otro u otros; en la segunda, sucede que el ofendido se querrela por la lesión jurídica sufrida por uno de los ilícitos, pero no por todos.

La querrela es divisible en virtud de que esta Institución tiene el carácter de derecho potestativo y como tal, el titular de ese derecho puede ejercitarlo con libertad, espontaneidad y discrecionalidad, ya que en caso

contrario no se estaría en presencia de un derecho potestativo.

La querrela constituye una facultad discrecional, la cual según lo previsto por el artículo 264 del Código Adjetivo para el Distrito federal, bastará que el ofendido manifieste verbalmente su queja, no obstante que el mismo sea menor de edad; y tratándose de incapaces, dicha exigencia la podrán satisfacer, los ascendientes y a falta de éstos, los hermanos o los que representen a aquéllos legalmente; pero cuando la víctima por cualquier motivo no se pueda expresar, los legitimados para presentar la querrela, según el numeral antes aludido, lo serán las personas previstas por el artículo 30 bis del Código Penal "artículo 30 bis", tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: 1.- El ofendido; 2.- En caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite o el concubinario o concubina, y los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento".

Y en tratándose de personas morales, las querrelas podrán ser formuladas por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con clausula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del consejo de administración o de la asamblea de socios o accionistas ni poder especial para el caso concreto.

Por lo que toca a la Ley Adjetiva Federal, ésta al tratar el tema de la querrela de menores de edad o de incapaces, en su artículo 115, establece lo siguiente: "Cuando el ofendido sea menor de edad, pero mayor de 16 años, podrá querrellarse por sí mismo o por quien esté legitimado para ello. Tratándose de menores de esta edad o de otros incapaces, la querrela se presentará por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela".

De lo anterior podemos deducir en forma acertada que las personas que pueden presentar querrela son:

a) El Ofendido. Definiéndolo como toda persona que haya sufrido algún perjuicio con motivo del delito, debiendo distinguirse aquí entre ofendido y víctima, siendo el primero "la persona física que recibe directamente la lesión jurídica en aquellos aspectos tutelados por el derecho penal", y el segundo, "aquél que por razones sentimentales o de dependencia económica con el ofendido resulta afectado con la ejecución del hecho ilícito" (7), sin embargo, cabe expresar que nuestra ley no hace distinción entre ambas figuras, ya que habla exclusivamente y en forma genérica del ofendido, pues incluso aduce que se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de la querrela

7 COLIN, Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Quinta edición, Edit. Porrúa S.A., México 1979. Pág. 192 y S.

necesaria a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta imputada al indiciado.

b) El legítimo Representante. También se debe entender como representante legal, esto es, la facultad otorgada expresamente por la ley a determinadas personas para que las mismas funjan como representantes de personas consideradas por la ley como carentes de capacidad legal o natural; encontrándose en este supuesto los incapaces, los que serán representados según la codificación del fuero común, por sus ascendientes y a falta de éstos por los hermanos o las personas que los representen legalmente; y según la legislación federal adjetiva, por quienes ejerzan la tutela

c) El Apoderado. El apoderado es otra de las personas que la ley acepta como representante entrantándose de personas morales, definiendolo como todo aquél individuo que tenga poder para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del consejo administrativo o de la asamblea de socios o accionistas ni poder especial para el caso concreto.

d) La Representación Voluntaria. El representante voluntario es otra de las personas por nuestra legislación como representante facultado para presentar querellas y se presenta en el caso de las personas físicas considerando como tal a toda aquella persona con atribución legal suficiente

para intervenir en determinados actos jurídicos, atribución que le es otorgada por aquella persona física con plena capacidad de goce y ejercicio. Para que pueda ejercerse la representación voluntaria, al igual que el apoderado se requerirá que el mismo tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial; al representante voluntario la propia legislación lo exceptúa para presentar querellas en tratándose de delitos de privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales, estupro y adulterio.

Como se observa, la ley otorga amplias facultades para que la querella puede ser presentada sin necesidad de que acuda ante el Ministerio Público el directamente ofendido sin que por ello se estime que no ha sido cumplida correctamente la querella.

FORMA DE LA QUERELLA.

La querella puede presentarse verbalmente por comparecencia directa ante el Agente del Ministerio Público o por escrito, en el primer caso, deberá asentarse por escrito, anotándose previamente los datos generales de identificación del querellante, entre los cuales deberá incluirse la impresión de las huellas digitales en el documento en que se

registre la querrela, así mismo deberá comprobarse la personalidad del querellante con forme a lo prescrito por el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales; y en el segundo caso, también previa toma de generales deberá ratificar su citado escrito; iniciándose ya, así la averiguación respectiva.

1.5 LA EXCITATIVA

La excitativa es una figura del derecho Italiano consistente en una petición de que se inicie una causa, un procedimiento. Existen ciertos delitos que afectan a la autoridad y tienen caracter especial, en los cuales es necesario el requerimiento de determinada autoridad para que se inicie un procedimiento, siendo precisamente la excitativa el medio empleado en estos casos, la excitativa dentro de nuestro sistema jurídico es uno de los medios considerados por nuestra ley como requisito de procedibilidad que encuentra su fundamento legal en el artículo 360 fracción II del Código Penal y que ha sido definida como la petición que hace el representante de un país extranjero para que se proceda en contra de quien a proferido injurias al gobierno que representa o a sus agentes diplomáticos. (8).

8 IBID. Pág. 253

Advierto que la excitativa presenta los siguientes elementos:

a) La petición realizada por el representante de un país extranjero.

La excitativa tiene como requisito indispensable que la misma sea realizada por el representante de un país extranjero (embajadores, cónsules, diplomáticos, etc.); de lo contrario no se presentaría una excitativa, sino cualquier otro tipo de requisito de procedibilidad.

b) Para que se proceda en contra de quien a proferido injurias al gobierno que representa o a sus agentes diplomáticos.

La excitativa sólo procede cuando una persona a injuriado al país de quien la presenta, o bien cuando se ha injuriado a un agente diplomático, de lo que se deduce que la excitativa sólo procede en el delito de injurias y cuando ésta sea realizada contra un país o un agente de la diplomacia.

CAPITULO II

LA ACCION PENAL.

2.1. LA ACCION PENAL, (CONCEPTO).

En principio, al precisar el concepto de acción penal, resulta en verdad controvertido; es un problema en el que aún no hay un criterio uniforme en la doctrina, ya que tan sólo el concepto de acción es uno de los temas más complicados de la teoría del proceso, y esto porque se le ha definido de diversas maneras; así, tenemos que para Guiseppe Chiovenda, la acción es "El poder jurídico de hacer efectiva la condición para la actuación de la voluntad de la ley" (9).

Para Francesco Carnelutti, la acción es un derecho al juicio y no un derecho al juicio favorable; un derecho al derecho independientemente de los resultados de la sentencia;

9 CIT. por Miguel Angel Castillo Soberanes. El monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México, Edit. UNAM, México 1992, Pág. 35

viene a ser el derecho que tiene todo individuo para solicitar a la función jurisdiccional competente que inicie un proceso judicial en orden a declarar si tuvo o no derecho subjetivo material violado que reclamar; es decir, entiende a la acción como un derecho subjetivo procesal de las partes frente al juez, frente al titular del Órgano Jurisdiccional.

(10)

La acción, nos dice el maestro Castillo Soberanes, es la posibilidad o facultad de hacer alguna cosa; es decir, la manera de poner en marcha el ejercicio de un derecho. Está constituida por el acto o conjunto de actos por los cuales se recurre al poder judicial para pedir alguna cosa en juicio

(11).

Por último Eugenio Florian, al referirse sobre el concepto de la acción penal, refiere: "si contemplamos el organismo del proceso veremos manifestarse la exigencia de una actividad a incoar el proceso, a pedir la aplicación de la ley penal en cada caso concreto. Esta exigencia es la que hace surgir la acción penal, la cual se puede considerar como el poder jurídico de excitar y promover la decisión del Órgano Jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal. Paralelamente, la acción penal consiste en la actividad que

10 CARNELUTTI, Francesco, Cuestiones Sobre el Derecho Penal, Trad. Santiago Sentis Melendo, Edit. jurídicas Europa, América, Buenos Aires 1981. P.P. 31 y 32

11 Op. cit CASTILLO Soberanes, Miguel Angel Pág. 35

se despliega con tal fin. La acción penal domina y da carácter a todo proceso; lo indica y lo hace avanzar hasta su meta (la sentencia). La acción penal es la energía que anima todo el proceso". (12)

Por las definiciones citadas, los autores consideran la acción como un poder, como un derecho o como una facultad; nosotros definiremos el ejercicio de la acción penal, como una de las resoluciones a que llega el Ministerio Público como autoridad administrativa, después de haber practicado todas y cada una de las diligencias pertinentes y necesarias, para el acreditamiento de los elementos integradores del tipo penal de que se trate, así como la probable responsabilidad de uno o varios individuos en su comisión. Ejercicio de la acción penal, que en la práctica se ve concretizado con el pliego consignatorio que se hace ante el Órgano Judicial y con el cual se pone en marcha al Órgano Jurisdiccional. Al respecto resulta aplicable la tesis jurisprudencia que a la letra reza lo siguiente:

"ACCION PENAL, EJERCICIO DE LA.- El ejercicio de la acción penal se realiza cuando el Ministerio Público ocurre ante el juez y le solicita que se avoque al conocimiento del caso; y la marcha de esa acción pasa durante el proceso por tres etapas: investigación, persecución y acusación. La primera tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción que se fundará en las pruebas obtenidas; en la persecución hay ya ejercicio de la acción ante los tribunales y esto que constituye la instrucción, y

12 FLORIAN, Eugenio, Elementos de Derecho Procesal Penal, Trad. L. Prieto Castro, Edit. Bosch, Ronda de la Universidad, Barcelona 1934, P.P. 172 y 173

en la tercera, o sea, la acusación, la exigencia punitiva se concreta. Y el Ministerio Público puede ya establecer con precisión las penas que serán objeto de análisis judicial, y por lo mismo esta etapa es la que constituye la esencia del juicio, ya que en ella pedirá, en su caso, la aplicación de las sanciones privativas de libertad y pecuniarias, incluyendo en éstas la reparación del daño, sea por concepto de indemnización o de restitución de la cosa obtenida por el delito. (Sexta época, Segunda Parte, Volumen XXXIV, Pág. 9, A.D. 746/60, Luis Castro Malpica, Unanimidad de cuatro votos).

2.2. CONSIGNACION CON DETENIDO.

Nuestra codificación adjetiva es clara y contundente al determinar que cuando aparezca de la averiguación previa, que existe denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previos que en su caso exige la ley y que se han acreditado los elementos del tipo y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante el Órgano Jurisdiccional que corresponda; y ésta puede ser en un primer supuesto con detenido.

En estos términos, una vez que el juzgador recibe la citada consignación con detenido, inmediatamente y sin demora alguna dictará un auto, llamado de radicación o cabeza de proceso, en el que se contendrán las circunstancias siguientes:

a) En primer lugar, deberá tenerse por recibida la averiguación previa correspondiente, en la que el Ministerio Público consignador ejercitó la acción penal respectiva, en contra de uno o varios inculcados, por la presunta comisión de uno o varios ilícitos penales.

b) En segundo término, se ordenará que la averiguación previa se anote en el libro de gobierno que para tal efecto se lleva en todo juzgado, bajo el número de partida que le corresponda.

c) Asimismo, se ordena dar al Ministerio Público de la adscripción la intervención legal que le compete.

d) En cuarto lugar, aviso a la superioridad.

e) En quinto término, y cumpliendo con una garantía constitucional enmarcada en el numeral 16 párrafo sexto, se ratificará la detención que del inculcado se haya realizado en la etapa investigadora.

En nuestra legislación existen dos tipos de detención, practicadas en la etapa indagatoria, mismas que el Órgano Judicial deberá ratificar al momento de que es puesto a su disposición el infractor mediante la consignación, esto es, deberá ratificar si efectivamente el probable responsable fue detenido en flagrancia o notoria urgencia, que son los

dos únicos supuestos en que el Ministerio Público puede detener al presunto responsable.

En este sentido se hace necesario, entender en primer término la flagrancia y en segundo lugar la notoria urgencia. Por lo anterior se establece que en base al artículo 267 del Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal, por flagrancia se entiende no sólo cuando la persona es detenida en el momento de estar cometiendo el delito, 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.

En otro apartado de ideas, por caso urgente en base al numeral 268 del mismo Ordenamiento legal antes invocado, surge 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.

En otras palabras, una vez que el Juez que conoce de la causa respectiva, antes de cualquier otra diligencia,

en el auto de radicación deberá analizar si efectivamente el Ministerio Público para la detención del indiciado cumplió con los dos extremos mencionados; en caso de así, haberlo hecho el Organo Investigador, el citado Organo Jurisdicente ratificará la detención ordenando también en el citado auto, se practiquen todas las diligencias necesarias hasta la total terminación del procedimiento, iniciándose obviamente con la toma de la declaración preparatoria y la resolución de su situación jurídica; en caso de que el juzgador observe que no se surten estos requisitos, obviamente no ratificará esa detención y dictará la libertad del imputado con las reservas de ley.

Dentro de esta faceta, el juzgador en ningún momento entra al estudio del fondo del asunto, esto es, no se estudian las constancias probatorias que integran la averiguación previa, ni tampoco si se encuentran acreditados o no los elementos del tipo penal de que se trate o la probable responsabilidad penal del indiciado; concretándose únicamente el instructor a determinar en forma fundado y motivada que la detención que se hizo del consignado no fue apegada a las normas establecidas por nuestra Carta Magna; por consiguiente y en vía de enmendar las irregularidades del Ministerio Público Investigador, decreta su libertad con las reservas de ley, abriéndose la pauta para que el Ministerio Público en su momento haga la solicitud respectiva de una Orden de Aprehensión, siendo de este modo, que al ser

precedente la orden de captura, se justificará la constitucionalidad de la detención del indiciado.

2.3 CONSIGNACION SIN DETENIDO.

En el supuesto de que el Ministerio Público Investigador considere que en la Averiguación Previa existen pruebas suficientes que acrediten los elementos integradores de algún tipo penal y la probable responsabilidad de un sujeto que no se encuentra detenido, procederá a formular el ejercicio de la acción penal sin detenido, solicitando dicha Representación Social en su pliego consignatorio correspondiente, la respectiva orden de aprehensión en caso de que el delito por el cual se esté ejercitando la acción penal, amerite pena privativa de libertad; y para el caso de que el ilícito penal amerite pena alternativa o no privativa de libertad, procederá al requerimiento de una orden de comparecencia.

Preciso nos parece determinar que las actuales reformas al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, nos plantean dos momentos diversos tratándose de consignación sin detenido, tales como:

a) Cuando la consignación sin detenido se trata de delito grave o delincuencia organizada.

En este supuesto el juzgador que conozca de la causa, tendrá la obligación de radicar inmediatamente el asunto y dentro de las 24 horas siguientes tendrá que resolver sobre el pedimento de la orden de aprehensión requerida.

Cierto es que el motivo de las reformas a estos planteamientos es por política criminal, así como por situaciones de impunidad; y que el sentir del legislador en el sentido de que por tratarse de un delito grave tanto para la comunidad, como para el derecho, exige necesariamente la prontitud del juzgador para el libramiento de la Orden de Aprehensión, y así el delincuente cuente con menos tiempo para sustraerse a la acción de la justicia; a nuestro criterio son planteamientos sumamente atractivos, pero no dejamos de pensar que es como legislar en el aire, en virtud de que se exige prestanta y celeridad en el Organó Judicial, olvidándose por completo que desde el momento en que se presentó la denuncia ante la autoridad administrativa y hasta la fecha en que se ejercita la correspondiente acción penal, transcurre con exageración un tiempo mucho mayor del que se le da al juzgador para el libramiento de la orden de captura mencionada, tiempo en que el delincuente obviamente ya se sustrajo a la acción de la justicia.

b) Cuando la consignación es sin detenido y no se trata de delito grave o delincuencia organizada, el juez que conozca de la causa, contará con un plazo de 3 días hábiles contados a partir de la fecha en que se haya realizado la consignación sin detenido para dictar el correspondiente auto de radicación; contando así también, con un término de 5 días comunes y contables a partir de la fecha de su radicación para negar o librar la orden de aprehensión o en su caso de comparecencia, solicitadas por el Organó Indagador en el citado pliego de consignación.

En la inteligencia de que en ambas situaciones, si el Juez de la causa no llegara a radicar el asunto en los plazos y términos fijados, el Ministerio Público de la adscripción, podrá recurrir en queja ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia revisora.

2.4. RESOLUCIONES DEL ORGANO JURISDICCIONAL.

Tal como se ha sostenido con antelación, el auto de radicación es la primer resolución que dicta el Organó de la Jurisdicción.

Cuando no ha detenido el Juez en el auto de radicación deberá ordenar entrar al estudio y análisis

detenido de las diligencias de averiguación previa, para estar es aptitud de obsequiar la Orden de Aprehensión o Comparecencia o negarlas; el Juez también deberá tomar en cuenta el pedimento del Ministerio Público, y si los hechos ameritan sanción corporal o si por el contrario, se sancionan con pena alternativa, puesto que ambas situaciones derivan hacia consecuencias jurídicas diferentes: en el primer caso, previa la satisfacción de los requisitos que en lo conducente señale el artículo 16 Constitucional, procederá una Orden de Aprehensión; en el segundo supuesto el libramiento de una Orden de Comparecencia, ambas para lograr la presencia del sujeto ante el Juez.

2.4.1. ORDEN DE APREHENSION.

Aprehender viene del latín prehensia, que denota la actitud de coger, de asir. En términos generales se debe entender por aprehensión, el acto material de apoderarse de una persona privándola de su libertad.

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. (13)

Ahora bien, se comprenderá que la Orden de Aprehensión consiste en el mandato que da el juzgador para privar de la libertad en forma legal a un individuo, pues es la única autoridad facultad constitucionalmente para dictar una orden de tal naturaleza, exceptuándose en consecuencia a la autoridad administrativa para el libramiento de la Orden aludida; corroborándose lo anterior con las siguientes opiniones jurisprudenciales:

"ORDEN DE APREHENSION.- Sólo puede ser librada por la autoridad judicial, con sujeción estricta a lo previsto por el artículo 16 de la Constitución, sin que pueda bastar para fundarle el dictamen jurídico de una oficina si no se concretan en él hechos punibles e imputables al acusado." (Quinta época, Tomo XVI, Pág. 348, Nava Luis R.).

"ORDEN DE APREHENSION.- Si respecto de una persona hubieren datos que hagan presumir a las autoridades administrativas que es responsable de un hecho delictuoso, lo que deben hacer es consignarla al Ministerio Público, para que, si este lo juzga procedente, solicite de la autoridad judicial la Orden de Aprehensión." (Quinta Época, Tomo XVIII, Pág. 1017, Moreno Andrés).

"ORDEN DE APREHENSION.- Sólo podrá librarse por la autoridad judicial, y mediante los requisitos exigidos por el artículo 16 de la Constitución, sin

13 Op. Cit. COLIN, Sánchez Guillermo, Pág. 298.

que entre dichos requisitos este la previa comprobación del cuerpo del delito, bastando, por lo que toca a la declaración testimonial, la de un sólo testigo que apoye suficientemente la acusación." (Quinta Epoca. Tomo XIX, Pág. 1102. Concha Fernando).

"ORDEN DE APREHENSION. AUTORIDAD COMPETENTE PARA DICTARLA.- El alcance del concepto "autoridad competente", que emplea el artículo 16 de la Constitución Federal, se refiere a la autoridad a la que debe ser consignado el responsable, una vez aprehendido; y, en consecuencia a la competente también para decretar el auto motivado de prisión o de libertad, en sus respectivos casos." (Quinta Epoca, Tomo XLIII, Pág. 750, Trejo Anguiano Moisés).

"ORDEN DE APREHENSION.- el Ministerio Público no está constitucionalmente facultado para dictar órdenes de aprehensión, y por lo mismo, cuando se reclama contra un acto de esta naturaleza, el quejoso no tiene porque comprobar su legalidad, ya que ésta deriva de la incapacidad legal de la autoridad responsable para ejecutarlo, e igualmente son violatorios de garantías los actos de las autoridades que tiendan a ejecutar la orden de aprehensión librada por el Ministerio Público." (Quinta Epoca, Tomo LXXIII, Pág. 2480, Vega Jorge Francisco).

En el mismo orden de ideas, el fundamento legal para el libramiento de una orden de aprehensión lo encontramos en los artículos 16 Constitucional, 132 y 195 del código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Federal, en forma respectiva, al establecer en lo conducente que:

ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL, PARRAFO SEGUNDO: "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 inculpado".

ARTICULO 132 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES:

"Para que un Juez pueda libar Orden de Aprehensión, se requiere: I.- Que el Ministerio Público la haya solicitado, y; II.- Que se reúnan los requisitos fijados por el artículo 16 de la Constitución Federal".

ARTICULO 135 DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS

PENALES: "Cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 Constitucional, el Tribunal librará Orden de Aprehensión, reaprehensión o comparecencia, según el caso, contra el inculpado, a pedimento del Ministerio Público.

La resolución respectiva contendrá una relación sucinta de los hechos que la motiven, sus fundamentos legales y la clasificación provisional que se haga de los hechos delictuosos, y se transcribirá inmediatamente al Ministerio Público, para que éste ordene a la policía su ejecución".

De lo anterior, se deduce en forma clara que los requisitos que debe reunir el juzgador para el libramiento de una orden de captura son:

I.- Que exista una denuncia o querrela;

II.- Que la denuncia o la querrela sean sobre un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado con pena de privativa de libertad (pena corporal);

III.- Que se encuentren acreditados los elementos integrantes del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado; y

IV.- Que la solicite el Ministerio Público.

I.- Respecto del primer requisito, es decir, de que exista una denuncia o querrela, para el libramiento de una orden de aprehensión no basta para fundarla el dictamen jurídico de una oficina, sino que deben existir hechos punibles e imputables al acusado, para lo cual nuestra Constitución autoriza como únicos medios lícitos de provocar la actividad investigadora del Ministerio Público, la denuncia, la acusación o la querrela.

El Ministerio Público está obligado a proceder de oficio a la investigación de algunos delitos, condicionándose esta investigación a que, previamente, la autoridad ministerial tenga noticia de que se ha cometido algún evento delictivo y esa noticia llegará a su conocimiento

necesariamente mediante una denuncia o en su caso alguna querrela.

JURISPRUDENCIA APLICABLE.

"ORDEN DE APREHENSION.- La sola acusación del Ministerio Público sólo podrá servir de base para abrir una averiguación criminal, más de modo alguno para mandar a aprehender al acusado sin la acusación no esté sostenida por datos que prueben la existencia del delito, los elementos que lo constituyen y que demuestren la presunta responsabilidad del mismo acusado." (Quinta Epoca, tomo XIX, Pág. 16, Guzmán Quintero Mauro).

"DENUNCIA O QUERRELLA, ORDEN DE APREHENSION SIN, Y DETENCION SIN ORDEN JUDICIAL.- Si el concepto de violación esgrimido se hace consistir en que en el proceso no existe denuncia o querrela contra el acusado, debe decirse que si esto constituye un requisito para librar orden de aprehensión o detención, la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no está en posibilidad de ocuparse de dicha violación, ya que legalmente sólo le es permitido conocer de violaciones contra las leyes que regulan el procedimiento, entre las cuales no se encuentra aquélla, o de las violaciones de garantías cometidas en la sentencia reclamada. Lo mismo debe afirmarse respecto a la detención sin orden de autoridad judicial, pues esto último debió ser reclamado en su oportunidad, por la vía de amparo indirecto, por la razón que ya se ha expuesto." (Amparo Directo 2212/73. Francisco Gutiérrez Martínez. 12 de noviembre de 1975, Unanimidad de cuatro votos, Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez. Semanario Judicial de la Federación, Séptimo Epoca, Volumen LXXXIII, Segunda Parte, noviembre 1975, Primera Sala, Pág. 23).

"ORDEN DE APREHENSION.- La declaración de los familiares del occiso y de los testigos de indicios, son bastantes para fundar una orden de aprehensión, pues las declaraciones de los testigos no tienen por objeto probar plenamente la responsabilidad del acusado, para el efecto de condenarlo, sino que

sirven de simples presunciones de responsabilidad con las cuales basta para decretar la detención." (Quinta Epoca, Tomo XXVI, Pág. 1733, Ayala José y Coag).

II.- Por lo que toca a la segunda de las exigencias, se precisa que necesariamente la denuncia, la acusación o la querrela deben ser sobre hechos o conductas que se encuadren en un determinado tipo penal y, además, que éste amerite pena privativa de libertad; ya que la aprehensión de una persona tiene como única finalidad, ponerlo a disposición de un juez, para que éste, en su caso, pueda someterlo a prisión preventiva mediante el auto de formal prisión. Ahora bien, el artículo 18 Constitucional dispone que sólo por delito que merezcan pena corporal (léase pena de prisión) habrá lugar a prisión preventiva, luego entonces: si el delito que se le imputa no está sancionado con pena de prisión, el inculpaado no puede ser sometido a prisión preventiva, ni tampoco puede ser privado de su libertad mediante una orden de aprehensión. (14)

La doctrina y la jurisprudencia concuerdan en afirmar que tampoco debe dictarse orden de aprehensión sin 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 inculpaado será sancionado con

14 ZAMORA Pierce Jesús, Garantías y Proceso Penal, Cuarta Edición, Edit. Porrúa, S.A., México, 1930, Pág. 17.

pena de prisión, y sólo podremos saberlo cuando se dicte la sentencia.

Al respecto cabe mencionar la subsecuente jurisprudencia:

"ORDEN DE APREHENSION.- Si los datos recogidos en la averiguación previa, son suficientes para juzgar si existe o no, el delito, debe estudiarse desde luego esa cuestión, porque es evidente que si de esos datos no se desprende la prueba del delito, muchos menos pueden desprenderse indicios de responsabilidad del acusado." (Quinta Epoca, Tomo XXIX, Pág. 1501, Sequerra Judath y Coag.).

"ORDEN DE APREHENSION.- No se debe dejar el examen de si un hecho es o no delictuoso, para cuando se dicte el auto de prisión preventiva; porque el artículo 16 Constitucional establece como requisito esencial, que el hecho que origine la orden de aprehensión, se castigue con pena corporal." (Quinta Epoca, Tomo XXXIII, Pág. 800. Serrano Sixto y Coag.).

"ORDEN DE APREHENSION.- Si la orden de aprehensión se dicta por un hecho al que indebidamente se considera como delito, por faltarle uno de los elementos uno de los elementos esenciales para que constituya un acto delictuoso, dicha orden es violatoria de garantías." (Quinta Epoca, Tomo XXXIV, Pág. 723, Zenil Herminio.).

"ORDEN DE APREHENSION.- Es necesario que el juez examine los actos imputados, para determinar si son o no delictuosos sin que sea suficiente que el denunciante aplique a estos actos nombre de delitos." (Quinta Epoca, Tomo XL, Pág. 1275, Malpica Silva Juan).

"ORDEN DE APREHENSION.- Para que proceda una orden de aprehensión, no basta que sea dictada por autoridad judicial competente, en virtud de denuncia de un hecho que la ley castiga con pena corporal, sino que se requiere además, que el hecho o hechos

denunciados realmente puedan constituir un delito que la ley castigue con pena corporal; y el juez de Distrito debe de hacer un estudio de las circunstancias en que el acto fue ejecutado para dilucidar si la orden de captura constituye o no, violación de garantías."(Quinta Epoca, Tomo XII, Pág. 1076, Aca Apolinar y Coag).

"ORDEN DE APREHENSION TRATANDOSE DE PENA ALTERNATIVA.- Si el delito que se imputa al inculpado, lo castiga la ley con pena alternativa, pecuniaria o no corporal la orden de aprehensión que se libre es violatoria del artículo 16 Constitucional." (Quinta Epoca, Tomo XXXIII, Pág. 2933, Rodríguez Jesús).

III.- También para el libramiento de una orden de aprehensión se deberán acreditar los elementos integradores del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado.

Para tal efecto, el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal reformado, contempla como elementos del tipo los siguientes: 1.- 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; 2.- La forma de intervención de los sujetos activos, y 3.- 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 atribución 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.

Ahora bien, para dictar una orden de aprehensión, el juzgador no requiere de prueba plena de la responsabilidad, más si le son necesarias pruebas que hagan probable la misma.

IV.- Finalmente, se exige que la orden de captura la solicite el Ministerio Público: este elemento resulta evidente, del monopolio del ejercicio de la acción penal que le otorga al Ministerio Público el artículo 21 Constitucional; además esta solicitud también en materia Federal se sustenta en el artículo 102 de la propia Constitución, al establecer en lo conducente que: "... incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales de todos los delitos del Orden Federal; y, por lo mismo, le corresponderá solicitar las ordenes de aprehensión contra los inculpadados...".

Inferiendose entonces que si bien es cierto que el Organismo Judicial es la única autoridad competente para el libramiento de una orden de aprehensión, también es verdad que si no existe el pedimento respectivo del Ministerio Público, dicho Organismo Jurisdiccional estará impedido para hacerlo.

De lo anterior, la Suprema Corte ha resuelto que:

"ORDEN DE APREHENSION.- Para dictarla es necesario que lo pida el Ministerio Público, y si éste no solicita dicha orden, el juez no tiene facultades para expedirla." (Quinta Epoca, Tomo XVIII, Pág. 440, cordero Rafael).

2.4.2. ORDEN DE COMPARECENCIA.

El fundamento legal de una orden de comparecencia se encuentra en el propio artículo 16 Constitucional, así como en el numeral 133 del Código de Procedimientos Penales, al establecer éste en lo conducente que: "en los casos a que se refiere el tercer párrafo del artículo 271 de este Código, y en todos aquéllos en que el delito no da 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".

De manera que, será procedente una orden de comparecencia en todos los asuntos en que el delito por el cual se ejercite la correspondiente acción penal, amerite

pena alternativa o no corporal y por consiguiente que no de lugar a detención; así como en todos los casos en que el inculcado haya obtenido su libertad provisional en la etapa de averiguación previa.

En el último supuesto, cuando el Ministerio Público decreta esa libertad, prevendrá al probable responsable para que comparezca ante el mismo para la práctica de diligencias de averiguación, y en su oportunidad y concluida ésta, ante el Juez a quien se consigne la averiguación, quien ordenará su presentación; apercibiéndolo en términos del párrafo tercero del artículo 271 del Código Adjetivo Penal, es decir, con revocarle su libertad provisional en caso de no comparecer sin justa causa, ordenando también su aprehensión, previa solicitud de la representación social; en la inteligencia de que, igualmente mandará hacer efectiva la garantía que se exhibió para la concesión del beneficio, en favor del Estado.

En el mismo orden de ideas, al igual que el libramiento de una Orden de Aprehensión, el libramiento de una Orden de comparecencia, tiene como objetivo el lograr la presencia del inculcado ante el juez, quien en su oportunidad incoará el proceso legal correspondiente, asimismo, debe cumplir con las posteriores exigencias:

a).- Que la solicite el Ministerio Público;

b).- Que estén acreditados los elementos del tipo penal; y

c).- Que se justifique la probable responsabilidad del inculpado.

Por último, necesario es hacer notar que, para la hipótesis de que no se satisfaga con las exigencias necesarias para el libramiento de una Orden de Aprehesión o comparecencia, éstas forzosamente deberán negarse.

La negativa al libramiento de una Orden de Aprehesión o comparecencia, se puede proponer en los siguientes criterios:

a).- Por no haber delito que perseguir.

b).- Por no estar justificada la probable responsabilidad del inculpado.

c).- Por haber operado en favor del inculpado alguna causa de extinción de la acción penal, y

d).- Por no estar integrados los elementos del tipo penal.

2.4.3. DECLARACION PREPARATORIA.

La ley de enjuiciamiento criminal española de 1882, con el objeto de obtener la confesión del supuesto sujeto activo del delito y de "indagar" los hechos, ordenaba su incomunicación por un término que no debía exceder de 5 días.

Este sistema perduró en nuestro medio hasta la Constitución de 1857 en que se estableció como garantía tomar al "inculcado" su declaración preparatoria dentro del término de 48 horas, a partir del momento en que era puesto a disposición del Juez, pero no se precisó en que forma debía llevarse a cabo.

La Constitución vigente y los Códigos de Procedimientos Penales del Distrito y Federal, consolidaron el acierto de la Constitución anterior, al establecer el tiempo dentro del cual debe rendirse y la forma de llevarla a cabo. (15)

Así se tiene que, dentro de las 48 horas, contadas desde que el indiciado ha quedado a disposición de la autoridad judicial encargada de practicar la instrucción, se procederá a tomarle su declaración preparatoria. De ninguna

15 Op. Cit. Guillermo Colín Sánchez, Pág. 303.

manera debe entenderse que la declaración preparatoria es un medio de investigación del delito, ni mucho menos que tienda a provocar la confesión del declarante, sino por el contrario debe entenderse como una garantía de defensa que le asiste a todo inculpado; con mayor precisión lo esclarece el artículo 20 Constitucional al establecer en lo conducente que: "... en todo proceso del orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías... fracción III.- se le hará saber en audiencia pública y dentro de las 48 horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar al cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria...".

La Ley Adjetiva Penal, para el Distrito Federal y Federal en sus artículos 290 y 291; 154 y 155, respectivamente, señalan el modo de llevarla a cabo, siendo que la declaración preparatoria comenzará por las generales del inculpado, en las que se incluirán también los apodos que tuviere, el grupo étnico indígena al que pertenezca, en su caso, si habla y entiende suficientemente el idioma castellano y sus demás circunstancias personales. Acto seguido se le hará saber el derecho a una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, advirtiéndole que si no lo hiciere, el Juez le nombrará un defensor de oficio.

Si el indiciado no hubiese solicitado su libertad bajo caución en averiguación previa, se le hará saber nuevamente de ese derecho en los términos del artículo 20 fracción de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de los artículos 556 y 399 de los Códigos de Procedimientos Penales, para el Distrito Federal y Federal respectivamente.

A continuación se le hará saber en qué consiste la denuncia, acusación ó querrela; así como los nombres de sus acusadores, denunciantes o querellantes y de los testigos que declaren en su contra; se le preguntará si es su voluntad declarar y en el caso de que así lo desee se le examinará sobre los hechos consignados. Si el inculpado decidiera no declarar, el Juez respetará su voluntad dejando constancia de ello en el expediente.

Igualmente se le harán saber todas las siguientes garantías que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; esto es, que se le recibirán todos los testigos y las pruebas que ofrezca, en términos legales, ayudándole para obtener la comparecencia de las personas que solicite, siempre y cuando estén domiciliadas en el lugar del juicio; y que les serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y consten en el proceso; así como que siempre que lo solicite,

será careado, en presencia del juez con quienes depongan en su contra; que será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediera de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa; que en ningún caso podrá prolongarse su prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquier otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo; que tampoco podrá prolongarse su prisión preventiva por más tiempo del que cómo máximo fije la ley al delito que motivare su proceso y que en toda pena de prisión que se le imponga en una sentencia, se le computará el tiempo de la detención; así mismo se hará de su conocimiento que están prohibidas y que serán sancionadas por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura y que en caso de confesión rendida ante autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.

2.4.4. AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL.

Después de la declaración preparatoria, se tiene como segundo deber fundamental del Órgano Jurisdiccional, el resolver, dentro de las 72 horas, la situación jurídica que

debe prevalecer o, en términos más sencillos, sobre si hay base o no para iniciar el proceso. En el primer caso, se debe dictar cualquiera de estas dos resoluciones: a).- Auto de Formal Prisión y b) Auto de Sujeción a Proceso sin restricción de la libertad; y en el segundo, auto de libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley.

a) AUTO DE FORMAL PRISION.

Del análisis del artículo 19 Constitucional, al establecer de manera textual que: "ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se le impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste...", se derivan dos requisitos para el dictado del auto de Plazo Constitucional, los de fondo y los de forma.

Exigencias de fondo: Estas vienen a ser el acreditamiento de los elementos del tipo penal del delito y la probable responsabilidad.

Al igual que la Orden de Aprehensión, el dictado del auto de formal prisión requiere en forma necesaria del

acreditamiento de los elementos que integran el tipo penal del delito de que se trate; así como de la probable responsabilidad en la comisión del mismo.

Exigencias de forma: Los requisitos formales del auto de formal prisión se encuentran señaladas en los artículos 297 y 261 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Federal respectivamente, y son:

1.- Se dictará dentro del plazo de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial;

2.- Que se le haya tomado la declaración preparatoria al inculcado en los términos de ley, o bien, conste en el expediente que se negó a emitirla;

3.- Que el delito sea sancionado con pena privativa de libertad; y

4.- Los nombres y firmas del Juez que dicte la resolución y del secretario que la autorice.

Aunque en la actualidad la legislación procesal penal no exige expresamente como requisito de forma la fecha y hora en que se dicte, ni la expresión del delito (o delitos), por el que se deberá seguir el proceso, estas

exigencias necesariamente deben asentarse en el auto de formal prisión; de otra manera se estaría en la incertidumbre de determinar si el citado auto se dictó dentro de plazo de las 72 horas y que el delito por el que se dicta es sancionado con pena privativa de libertad.

De manera que, no expresar en el auto de formal prisión los requisitos exigidos por el artículo 19 Constitucional, entraña, pues, una violación de garantías. Empero, esta violación deriva hacia resultados diferentes. La omisión de los requisitos de fondo da lugar a la concesión del amparo y la de los de forma únicamente a suplir la deficiencia. (16)

Sin embargo, debe hacerse notar que el plazo de 72 horas a que se refiere el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tanto en la Legislación Adjetiva Penal Federal como en la del Distrito Federal, puede duplicarse cuando así lo solicite el inculcado por sí, o por su defensor, al rendir su declaración preparatoria, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el juez resuelva la correspondiente situación jurídica. Con la única diferencia de que, en el fuero común, la solicitud de la duplicidad del plazo deberá hacerse necesariamente en la declaración preparatoria y en el federal puede hacerse a

16 Op. Cit. Fernando Arilla Bas, Pág. 87.

rendir la declaración preparatoria o dentro de las 3 horas siguientes.

En la inteligencia de que, el Ministerio Público no podrá solicitar la ampliación del Plazo Constitucional de 72 horas antes mencionado, ni mucho menos el juez podrá duplicarlo de oficio, sin embargo el Ministerio Público, en caso de duplicarse el Plazo puede solo en relación con las pruebas o alegatos que propusiere el inculpado o su defensor, hacer las promociones correspondientes al interés social que representa.

La ampliación del plazo forzosamente se deberá notificar al Director del Reclusorio Preventivo, en donde en su caso, se encuentre internado el inculpado, para no dar lugar a que el imputado pueda ser puesto en libertad, tal y como lo refiere la última parte del párrafo primero del artículo 19 Constitucional, al establecer en forma textual que: "... los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado (72 horas), deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular y en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las 3 horas siguientes pondrán al inculpado en libertad...".

Efectos del Auto de Formal Prisión

I.- Suspende los derechos o prerrogativas de la ciudadanía.

Artículo 38 Constitucional: "Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden, fracción II.- Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión."

II.- Fija tema al proceso. Dando base al proceso el auto de formal prisión, como consecuencia lógica, señala el delito por el que debe seguirse el proceso, permitiendo así que todo el desenvolvimiento posterior (defensa, acusación y decisión) se desarrolle de manera ordenada. (17)

III.- Da inicio al proceso, para los efectos de la fracción VIII del artículo 20 constitucional.

Artículo 20 Constitucional.- En todo proceso del orden penal, tendrá el inculcado las siguientes garantías: fracción VIII.- Será juzgado antes de 4 meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de 2 años de prisión, y antes de 1 año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa.

17 Op. Cit. Manuel Rivera Silva, Pág. 168.

IV.- Justifica la prisión preventiva del sujeto activo del delito, quien pasa de ser inculcado a procesado.

V.- El sujeto queda sometido a la jurisdicción del juez.

B) AUTO DE SUJECION A PROCESO.

Los Códigos Procesales, generalmente, disponen que, cuando el delito cuya existencia se haya comprobado no merezca pena corporal, o esté sancionado con pena alternativa, el juez dictará auto con todos los requisitos del de formal prisión, sujetando a proceso a la persona contra quien aparezcan datos suficientes para presumir su responsabilidad (C.F.P.P., 162). (18)

De lo anterior hay que reconocer entonces, que el auto de sujeción a proceso cumple con todos los requisitos y exigencias tanto de forma como de fondo del auto de formal prisión, con la excepción de la prisión preventiva.

AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR CON LAS RESERVAS DE LEY.

El auto de libertad por falta de elementos para procesar, se dictará al igual que los anteriores dentro del

18 Op. Cit. Jesús Zamora Pierce, Pág. 100.

plazo constitucional de 72 horas, a partir de que el inculpado sea puesto a disposición de la autoridad judicial y el mismo se fundará en la falta de pruebas relativas a la existencia de los elementos del tipo o de la probable responsabilidad del inculpado, quedando abierta la causa para que posteriormente, con nuevos datos, se procederá en contra del indiciado, de ahí que se mencione la frase "con las reservas de ley".

Al respecto, cabe mencionar la siguiente opinión jurisprudencial:

"ORDEN DE APREHENSION.- Si el acusado ha sido puesto en libertad por no haber lugar a dictar en su contra auto de formal prisión, para aprehenderlo nuevamente por el mismo delito, es indispensable que se practiquen nuevas diligencias que sirvan de fundamento a la orden de aprehensión." (Quinta Época, Tomo XIX, Pág. 805, Zubizarreta Celestino).

Absurdo mayor no puede establecerse, cuando en autos, en forma clara se encuentra comprobada alguna excluyente del delito y el juzgador resuelve la libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley, ya que tal proceder es indebido, porque si en favor del inculpado existe alguna causa de justificación, de ausencia de conducta, de atipicidad o de inculpabilidad o alguna excusa absolutoria; lo procedente es decretar su libertad absoluta.

Entonces hay que reconocer que el Organó Jurisdiccional también en el plazo constitucional de 72 horas, puede dictar auto de libertad absoluta, por encontrarse probada alguna excluyente del delito en favor del inculpado.

En el mismo orden de ideas, cabe mencionar que dentro del citado plazo constitucional, de igual manera el juzgador podrá librar la libertad absoluta del inculpado, por haber operado en su favor alguna causa de extinción de la acción penal, como lo pueden ser la prescripción o el perdón.

A diferencia del auto de libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley, en los autos de libertad absoluta mencionados, si se impedirá que posteriormente, con nuevos datos, se proceda en contra del imputado.

CAPITULO III
SORSEIMIENTO.

3.1. ARTICULO 660 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

En materia común aplicable en el Distrito Federal, existen diversas causas de sobreseimiento, las cuales se encuentran previstas en el artículo 660 de la Ley Adjetiva aplicable y las cuales serán el tema del presente capítulo; así tenemos como causas de sobreseimiento, las siguientes:

3.1.1. CUANDO EL PROCURADOR GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL CONFIRME O FORMULE CONCLUSIONES NO ACUSATORIAS.

Por lo que respecta a las conclusiones no acusatorias, los artículos 320, 323 y 324 del código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establecen

que cuando sean las conclusiones no acusatorias, se remitan con el proceso al procurador General de Justicia para que las modifique o confirme; si las modifica y las formula de acusación, se continuará el curso del proceso; si las confirma, el Juez sobreseerá el asunto, poniendo en libertad al procesado, sobreseimiento el mencionado que producirá los mismos efectos que una sentencia absolutoria. En el mismo sentido están redactados los artículos 294, 298 fracción I y 304 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En pocas palabras, lo que se establece es que si el Ministerio Público llega a convencerse de que no hay datos suficientes para condenar a un procesado, simple y sencillamente dicta sentencia absolviendolo, pues a tal equivale sus conclusiones no acusatorias.

Se tendrán por conclusiones no acusatorias, en base a lo dispuesto por el artículo 320 del Código de Procedimientos Penales, aquéllas en las que no se concrete la pretensión punitiva; o bien, ejercitándose ésta, se omita acusar:

a) Por algún delito expresado en el auto de formal prisión; o

b) A persona respecto de quien se abrió el proceso.

3.1.2. CUANDO APAREZCA QUE LA RESPONSABILIDAD PENAL ESTA EXTINGUIDA.

El Código Sustantivo Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, señala en su libro primero, título V, como causas de extinción de la responsabilidad penal, la muerte del delincuente, la amnistía, el perdón, el reconocimiento de inocencia, el indulto, la rehabilitación y la prescripción, de las cuales hablaremos a continuación.

La muerte del delincuente, en base al numeral 91 de la Ley Sustantiva primeramente señalada extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño, y del decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito, así como de las cosas que sean efecto u objeto de él.

La amnistía, también extingue la acción penal y las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño, en los términos de la Ley que se dictare concediéndola; y si no se expresaren, se entenderá que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen con todos sus efectos, con relación a todos los responsables del delito (artículo 92 del Código Penal).

El perdón del ofendido o del legítimo para otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos

que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público, si éste no ha ejercitado la misma ó ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia; así también será aplicable a los delitos que solo puedan ser perseguibles por declaratoria de perjuicio ó por algún otro acto equivalente a la querrela (artículo 93 del Código Penal).

El indulto no puede concederse, sino de sanción impuesta en sentencia irrevocable (artículo 94 del Código Penal).

El indulto sólo lo podrá conceder el Ejecutivo Federal, en uso de las facultades discrecionales, debiendo expresar sus razones y fundamentos en que se base para concederlo; para lo cual, el sentenciado deberá cumplir con las siguientes exigencias:

a) Que su conducta observada, refleje un alto grado de readaptación social (que se esté readaptando rápidamente).

b) Que su liberación no represente un peligro para la tranquilidad y la seguridad pública (esto lo determinará en base a dictámen el órgano ejecutor de la sanción).

c) Que su sentencia no sea por delito de TRAICION A LA PATRIA, ESPIONAJE, TERRORISMO, SABOTAJE, GENOCIDIO,

DELITOS CONTRA LA SALUD, VIOLACION, DELITO INTENCIONAL CONTRA LA VIDA Y SECUESTRO.

d) Que no se trate de sentenciado reincidente por delito intencional.

Además, el indulto sólo procederá en sanciones impuestas en sentencias irrevocables, por los siguientes delitos:

I.- Por delitos de carácter político, tales como los de REBELION, SEDICION, MOTIN y el de CONSPIRACION PARA COMETERLOS.

II.- Por delitos cuando la conducta de los responsables haya sido determinada por motivaciones de carácter político ó social, y

III.- Por delitos del orden Federal ó Común en el Distrito Federal, cuando el sentenciado haya prestado importantes servicios a la Nación, y previa solicitud.

Subrayando el hecho de que, el indulto en ningún caso extinguirá la obligación de reparar el daño causado con motivo de la comisión del delito.

El reconocimiento de inocencia procederá cuando aparezca que el sentenciado es inocente, en los términos previstos por el Código de Procedimientos Penales aplicable (artículo 96 del Código Penal); aduciendo que este también extingue la obligación de reparar el daño.

La rehabilitación tiene por Objeto reintegrar al condenado en los derechos civiles, políticos ó de familia que habrá perdido en virtud de sentencia dictada en un proceso ó en cuyo ejercicio estuviere suspenso (artículo 99 del Código Penal).

La prescripción también extingue la acción penal y las sanciones, y para ella bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la Ley (artículo 100 y 101 del Código Penal).

3.1.3. CUANDO NO SE HUBIERE DICTADO AUTO DE FORMAL PRISION O DE SUJECION A PROCESO Y APAREZCA QUE EL HECHO QUE MOTIVA LA AVERIGUACION NO ES DELICTUOSO O CUANDO ESTANDO AGOTADA ESTA, SE COMPROBE QUE NO EXISTIO EL HECHO DELICTUOSO QUE LA MOTIVO.

Esta hipótesis, se entiende, trata dos supuestos que cobran vida ante el órgano jurisdiccional, siendo uno en

consignaciones con detenido y el otro en consignaciones sin detenido.

En el primer supuesto, al establecer que cuando no se hubiera dictado auto de formal prisión ó de sujeción a proceso y aparezca que el hecho que motiva la averiguación no es delictuoso. Esto equivale a que el juzgador dicte al momento de resolver la situación jurídica de un inculpado dentro del plazo Constitucional de 72 setenta y dos horas, su libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley, lo que se equipararía también, a que la conducta que se le imputa al inculpado, no es delictuosa ó que la misma no encuadra en algún tipo penal.

Respecto del segundo supuesto, cabe mencionar que éste acontece en consignaciones sin detenido, en donde, la autoridad ministerial requiere una orden de aprehensión ó comparecencia según el caso, y una vez que el juzgador haya realizado un análisis exhaustivo del componente de la averiguación previa, llega a la determinación de que no existe el delito que motivó la citada averiguación, lo que de igual forma a mi entender, equivaldría a la declarativa de no haber delito que perseguir; por consiguiente también a la negativa de las órdenes requeridas.

3.1.4. CUANDO HABIENDOSE DECRETADO LA LIBERTAD POR DESVANECIMIENTO DE DATOS, ESTE AGOTADA LA AVERIGUACION Y NO EXISTAN ELEMENTOS POSTERIORES PARA DICTAR NUEVA ORDEN DE APREHENSION O SE ESTE EN EL CASO PREVISTO EN EL ARTICULO 546.

En cualquier estado del proceso en que aparezca que se han desvanecido los fundamentos que hayan servido para decretar la formal prisión ó sujeción a proceso, podrá decretarse la libertad del procesado, por el juez, a petición de parte y con audiencia del Ministerio Público, a la que éste no podrá dejar de asistir.

La libertad por desvanecimiento de datos procede:

a) Cuando en el curso del proceso se hayan desvanecido, por prueba plena, las que sirvieron para comprobar los elementos del tipo penal.

En este supuesto la causa no quedará expedita a que el Ministerio Público solicite una Orden de Aprehesión ó Comparecencia, ya que ésta resolución que concede la libertad, tendrá efectos definitivos y se sobreseerá el proceso.

b) Cuando, sin que aparezcan datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido, por prueba plena, los

señalados en el Auto de Formal Prisión ó Sujeción a Proceso, para tener al procesado como probable responsable.

En este supuesto, contrario al anterior, la resolución dictada en ésos términos, al tener los mismos efectos del auto de libertad por falta de elementos, permite al Ministerio Público ó al ofendido, aportar nuevos elementos probatorios, para en su caso, el Ministerio Público pueda solicitar de nuevo la aprehensión ó comparecencia del inculcado, así como nueva formal prisión ó sujeción a proceso.

En mi concepto, la aportación de los nuevos elementos de prueba a que se ha hecho referencia con antelación debe hacerse dentro de los sesenta días a partir del día siguiente en que se notifique la resolución respectiva, puesto que, al tener ésta libertad los mismos efectos del auto de libertad por falta de elementos, corre la misma suerte de las resoluciones a que se refiere el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales y por tanto el mismo plazo de los sesenta días primeramente señalados.

3.1.6. CUANDO ESTE PLENAMENTE COMPROBADO QUE EN FAVOR DEL INculpADO EXISTE ALGUNA CAUSA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD.

Respecto a ésta conjetura, hay que aducir que el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, vigente hasta el día 31 treinta y uno de enero de 1994 mil novecientos noventa y cuatro, establecía como circunstancias excluyentes de responsabilidad penal, las que a continuación se enuncian:

a) Incurrir el agente en actividad ó inactividad involuntarias.

b) Padecer el inculcado, al cometer la infracción, trastorno mental ó desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, ó conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto haya provocado esa incapacidad intencional ó imprudencialmente.

c) Repeler el acusado una agresión real, actual ó inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios ó ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e

inmediata por parte del agredido ó de la persona a quien se defiende.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto de aquél que cause un daño a quien a través de la violencia, del escalamiento ó por cualquier otro medio, trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias, ó a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender ó al sitio donde se encuentren bienes propios ó ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; ó bien, lo encuentre en alguno de aquéllos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

d) Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio ó ajeno, de un peligro real, actual ó inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial su alcance.

e) Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico ó en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber ó ejercer el derecho.

f) Obrar en virtud de miedo grave ó temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios ó ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

g) Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía.

h) Contravenir lo dispuesto en una Ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo.

i) Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

j) Realizar la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, ó que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta.

Sin embargo las hipótesis que actualmente contempla el Código Sustantivo de la Materia, son consideradas como excluyentes del delito y no de responsabilidad como se consideraban, ya que inclusive, su artículo 15 establece de manera textual que:

"ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando:

I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;

II.- Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate;

III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico sea disponible;

b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

c) Que el consentimiento sea expreso ó tácito y sin que medie algún vicio; ó bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

IV.- Se repela una agresión real, actual ó inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios ó ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido ó de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier

medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, ó a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios ó ajenos respecto de los que exista la misma obligación; ó bien, lo encuentre en alguno de aquéllos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio ó ajeno, de un peligro real, actual ó inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor ó igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VI.- La acción ó la omisión se realice en cumplimiento de un deber jurídico ó en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber ó ejercer el derecho, y que éste último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro;

VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél ó de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental ó desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa ó culposamente,

en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto ó le fuere previsible;

VIII.- Se realice la acción ó la omisión bajo un error invencible:

a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la Ley ó el alcance de la misma, ó porque crea que está justificada su conducta;

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X.- Que el resultado típico se produce por caso fortuito.

De manera que, de acuerdo a lo legislado en este precepto la responsabilidad se va a eximir cuando al momento de la realización del hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél ó de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer un trastorno mental permanente ó transitorio ó desarrollo intelectual retardado, que lo haga carecer de tal capacidad; o

Quando se realice la acción o la omisión bajo un error invencible sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la Ley ó el alcance de la misma, ó porque crea que está justificada su conducta".

3.1.6 CUANDO EXISTAN PRUEBAS QUE ACREDITEN FENACIENTEMENTE LA INOCENCIA DEL ACUSADO.

Esta hipótesis equivale al reconocimiento de inocencia, y ésta procederá cuando se deduzca de autos que el sentenciado es inocente, en los términos previstos por la legislación adjetiva aplicable, por tanto también traerá como consecuencia la extinción de la responsabilidad penal.

3.1.7. CUANDO SE TRATE DE DELITOS CULPOSOS QUE SOLO PRODUZCAN DAÑO EN PROPIEDAD AJENA Y/O LESIONES DE LAS COMPRENDIDAS EN LOS ARTICULOS 288 O 290 DEL CODIGO PENAL, SI SE PAGA LA REPARACION DEL DAÑO A LA VICTIMA O AL OFENDIDO POR EL DELITO, SI EL INculpADO NO HUBIESE ABANDONADO A AQUELLA, Y NO SE ENCONTRASE EL ACTIVO EN ESTADO DE EBRIEDAD, O BAJO EL INFLUJO

DE ESTUPEFACIENTES, PSICOTROPICOS O SUSTANCIAS QUE PRODUZCAN EFECTOS SIMILARES.

EXCEPTUÁNDOSE LO ANTERIOR PARA EL CASO DE QUE SE TRATE DE CULPA CALIFICADA COMO GRAVE, CONFORME A LA PARTE CONDUCTENTE DEL ARTICULO 60 DEL CODIGO PENAL.

En este aspecto cabe señalar que el artículo 289 del Código sustantivo de la Materia Penal estatuye que: "Al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días, se le impondrán de tres días a cuatro meses de prisión ó de 10 a 30 días multa. Si tardare en sanar más de quince días se le impondrán de cuatro meses a dos años de prisión ó de 60 a 270 días multa.

Los delitos previstos en este artículo se perseguirán por querrela".

Por su parte el numeral 290 del Código Penal establece que: "Se impondrá de dos a cinco años de prisión y multa de cien a trescientos pesos, al que infiera una lesión que deje al ofendido cicatriz en la cara, perpetuamente notable".

Y por lo que toca al artículo 60 del ordenamiento legal de referencia, este dispone que: "En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquéllos para los que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de diez años, ó privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia ó permiso.

Las sanciones por delito culposo sólo se impondrán con relación a los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167 fracción VI, 169, 199 bis, 289 parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397 y 399 de este Código.

Cuando a consecuencia de actos u omisiones culposos, calificados como graves, que sean imputables al personal que preste sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera ó de cualesquiera otros transportes de servicio público federal ó local, se causen homicidios de dos ó más personas, la pena será de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo ó comisión e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza. Igual pena se impondrá cuando se trate de transporte de servicio escolar".

CAPITULO IV
ARTICULO 36 DEL CODIGO ADJETIVO DE LA MATERIA PENAL

4.1. ANTECEDENTES.

Como es sabido, a partir del primero de febrero del 1994 mil novecientos noventa y cuatro entraron en vigor diversas reformas al Código Sustantivo Penal, así como a los Códigos Procesales, tanto del Distrito Federal como del Fuero Federal, mismas que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación en fecha 10 de enero del mismo año. En cuanto al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cabe expresar que, entre otras reformas, se incursionó la del artículo 36, la que es motivo de la presente tesis.

Como preámbulo de referencia, estimo pertinente hacer notar que con antelación a las reformas mencionadas, como antecedente próximo, contábamos en el citado Código Adjetivo, con el famoso y controvertido artículo 4º, el cual a manera de recordatorio estatuyó que: "Cuando del acta de

Policía Judicial no aparezca la detención de persona alguna, el Ministerio Público practicará o pedirá a la autoridad judicial 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 aparecieren ya comprobados en el acta de policía judicial, el Ministerio Público la turnará al Juez solicitando dicha detención".

Del numeral mencionado, se dilucidaban 3 suposiciones:

a) La primera, cuando del acta de policía judicial no apareciere la detención de persona alguna el Ministerio Público practicaría todas aquellas diligencias necesarias hasta dejar comprobados los requisitos que señalaba el artículo 16 Constitucional para la detención.

b) La segunda, cuando del acta de policía judicial no apareciere la detención de persona alguna el Ministerio Público pediría a la autoridad judicial que se practicaran todas aquellas diligencias necesarias hasta dejar comprobados los requisitos que señalaba el artículo 16 para la detención;
y

c) La tercera, que si dichos requisitos aparecieren ya comprobados en el acta de policía judicial el

Ministerio Público, la turnaría al Juez solicitando dicha detención.

Ahora bien, considero que el primer supuesto no presentaba problema alguno, ya que era claro que se refería a una función propia de desenvolvimiento de la Averiguación Previa, etapa dentro de la cual, el Representante Social ejercía su actividad investigadora, tendiente a integrar en ese entonces, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, para que así estuviera en actitud de ejercitar o no la acción penal. Este primer supuesto, insisto, se refería exclusivamente a la Averiguación Previa.

La tercera hipótesis, de igual manera que la primera no representaba tampoco problema alguno de interpretación, en virtud de que se refería al supuesto en que se encontraran comprobados los requisitos exigidos por el artículo 16 Constitucional, éste era, en aquél entonces, el acreditamiento del cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal, y el titular de la acción penal, sólo solicitaba orden de aprehensión o comparecencia, según el caso, al Órgano Jurisdiccional; pedimento éste que la propia Constitución antes de sus reformas publicadas en el diario Oficial de la Federación en 3 de septiembre de 1993, denominaba en su artículo 16, orden de detención.

El problema aparente que se presentaba era sin embargo en la segunda hipótesis, es decir, cuando se ordenaba

que el Ministerio Público pidiera a la autoridad judicial que se practicasen todas aquellas diligencias necesarias hasta dejar comprobados los requisitos que señalaba el artículo 16 Constitucional antes de sus reformas, para lograr la aprehensión, cuando del acta de policía judicial no apareciera detenida persona alguna; supuesto éste último del que realmente se desprendía por así decirlo, la controversia de dicho numeral; esto es, que para la mayoría la citada hipótesis refería 2 situaciones que incluso se daban en la vida práctica:

La primera es la que se daba después de haberse negado la orden de aprehensión o de comparecencia según el caso, toda vez que se dejaba abierta la causa ante el Órgano Jurisdiccional, para efectos de que el Ministerio Público, si lo consideraba oportuno aportara nuevos elementos probatorios, se volviesen a analizar éstos y se determinara de nueva cuenta, en base a los mismos, si se giraba o no la orden de aprehensión o comparecencia que había sido negada por el Juez que conocía de la causa;

La segunda situación se establecía cuando el Órgano Judicial, después de estudiar las órdenes citadas sin negarlas o aceptar la solicitud respectiva, dejaba la causa, indebidamente para los efectos del artículo 4º.

Estos dos supuestos de interpretación jurídica que se daban en la vida práctica, considero, no eran adecuados, en virtud de que se daba por entendido que el Ministerio Público había ejercitado la acción penal sin haber reunido los requisitos de comprobación de lo que se entendía por cuerpo del delito y probable responsabilidad, lo que pleno de ninguna manera se establecía en dicho precepto, ya que la normatividad que contenía el citado artículo 4º del Código de Procedimientos Penales antes de sus reformas se refería a la obligación que tenía el Representante Social, cuando no había ejercitado la Acción Penal y estaba llevando a cabo la Averiguación Previa, ya que en este momento sin lugar a dudas surgía la necesidad de complementación, pero obviamente, con funciones claramente delimitadas, entre el Órgano Ministerial y el Órgano Judicial, que se coordinaban para alcanzar en el proceso penal uno de los fines específicos como es la verdad histórica, y no como la mayoría suponía, un exceso en la intervención del Juez en asuntos que correspondían al Ministerio Público Investigador, toda vez que a nivel de Averiguación Previa y para la debida integración de la misma, se hacían, e incluso se hacen necesarias diversas diligencias, como bien podrían ser el cateo, exhorto, arraigo o embargo precautorio; y para la práctica de estas diligencias se requería indispensablemente por parte del Ministerio Público a nivel de Averiguación Previa acudir ante el Órgano Judicial, pues de acuerdo a la lectura de los preceptos que las regulan y las contienen, se advierte de

inmediato que son numerales donde se faculta al Ministerio Público para buscar el apoyo del juzgador, para que bajo la observancia y respeto a las formalidades que señala la Constitución y las leyes secundarias, se llevaran a cabo la serie de diligencias mencionadas que solicitare el Representante Social, para que pudiere integrar correctamente su aludida Averiguación, pero sin haber ejercitado de manera alguna la Acción Penal; en este sentido la intervención del juzgador era sólo una forma de control y de autorización para que se respetara la seguridad jurídica de las personas afectadas bajo una estricta aplicación del principio de legalidad, y tan era su correcta interpretación que en las reformas primeramente mencionadas, las que como ya se dijo, entraron en vigor el primero de febrero de 1994 mil novecientos noventa y cuatro, el citado artículo 4º del Código de Procedimientos Penales, ya establece sin ninguna complicación que el citado precepto era pleno y únicamente aplicable a nivel de Averiguación Previa y obviamente no aplicable con posterioridad al ejercicio de la acción penal ante el Juez conocedor de la causa, tan es así que el actual artículo 4º, textualmente establece que: "Cuando de la averiguación previa no aparezca detención de persona alguna, el Ministerio Público practicará todas las diligencias necesarias, hasta dejar comprobados los requisitos que señala el artículo 16 Constitucional para obtener la orden de aprehensión".

Sin embargo, la opinión imperante en el sentido de que el artículo 4º facultaba al Juez para que éste practicara diligencias propias de Averiguación Previa después del ejercicio de la acción penal, desde mi punto de vista desnaturalizaba las funciones de la judicatura, ya que con ello se convertía al Juez en un "AMANUENCE" de la autoridad administrativa, contraviniéndose con ello las razones especiales que se tuvieron en cuenta en el año de 1917 para la creación del artículo 21 Constitucional, y que fué, la de precisar y delimitar tanto las funciones del Representante Social como las del juzgador, fíncando en aquél la titularidad del ejercicio de la Acción Penal para evitar que los jueces no sólo ejercieran funciones jurisdiccionales sino también investigadoras y persecutoras en idénticas formas a las realizadas en la época de la inquisición; esto es, que en el procedimiento penal mexicano si bien es cierto, que necesariamente se requiere la intervención tanto del Ministerio Público como del Organo Jurisdicente, también es verdad que monopólicamente al primero, como lo establece el artículo 21 Constitucional, le compete el ejercicio de la Acción Penal, y por lo mismo resulta ser el sujeto procesal indispensable para llevar a cabo la Averiguación Previa así como la vigilancia del desenvolvimiento del proceso hasta llegar a la acusación; y al Juez penal, en base también en el numeral antes aludido, la elevada misión de resolver los conflictos jurídicamente trascendentes puestos a su consideración mediante la declaración de la voluntad de la

ley en su calidad de tercero imparcial; inclusive la citada opinión relevante y que de hecho imperaba en la práctica ocasionaba prácticas viciosas y reiteradas en actos casi siempre a perjudicar al imputado, lo que claramente, como ya se dijo, desnaturalizaba las funciones del Organo Jurisdiccional, ya que sin lugar a dudas se actuaba a espaldas del mismo y se permitía que se llevaran a cabo en la sede jurisdiccional actos de investigación por parte del Ministerio Público, como olvidando que éste debía, como Organo técnico que es, y con todos los medios científicos y de investigación que tiene a su alcance, haber ejercitado la correspondiente Acción Penal con los elementos probatorios suficientes para que efectivamente se entablara un procesamiento en contra de una persona, y por ende, como consecuencia de no contar con esos elementos, considero se le imponía la obligación de abstenerse de ejercitar la acción penal de manera aventurada; tan es así que dicho Representante Social bien podría determinar la resolución de reserva hasta en tanto no integrara tales elementos; de lo contrario se daba pauta a una investigación ilimitada que podía repetirse cuantas veces quisiera el Representante Social ante el Juez en tanto que no prescribiera la Acción Penal, creándose así, sin lugar a dudas una rotunda inseguridad jurídica en perjuicio del inculpado.

4.2. MOTIVOS DE LA REFORMA.

Posiblemente en base a esta interpretación mayoritaria o preponderante que se le daba al artículo 4º y, con lo cual, como ya se dijo, no estamos de acuerdo, y tratando de subsanar la misma, es que se crea el artículo 36 en comento; teniendo como finalidad dar seguridad jurídica no sólo al que tuvo el carácter de indiciado, la cual no existía sino hasta que se declaraba extinguida la acción penal por prescripción, sino también al ofendido o víctima del delito al otorgarle al mismo la facultad que lo concatena con el Ministerio Público para que ambos, incluso, una vez que se ha negado la Orden de Aprehesión o Comparecencia o dictado el Auto de Libertad por falta de elementos para procesar, aporten pruebas y probablemente con las mismas logren su objetivo, lo que con anterioridad a dichas reformas sólo era facultad del Ministerio Público, en base a la interpretación que se le daba al multicitado artículo 4º.

4.3. DIVERSOS PLANTEAMIENTOS JURIDICOS.

A pesar de todo lo anterior, pienso que la creación del citado artículo 36 del Código de Procedimientos Penales reformado, y que en forma textual establece que:

"Cuando se haya negado la Orden de Aprehesión o 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 60 días a partir del día siguiente en que se les hayan notificado estas resoluciones, o su desahogo, no son suficientes para librar las ordenes referidas, se sobreseerá la causa"; su contexto mencionado no resultó del todo favorable, toda vez que el mismo sin lugar a dudas conlleva a múltiples dificultades que pueden presentarse en su aplicación dentro de la vida práctica, como pueden ser, entre otras, las siguientes:

1.- Que subsiste la inseguridad jurídica del imputado, aunque ésta, sea sólo, posiblemente, por un lapso breve, toda vez que también se deja abierta la causa cuando se ha negado la Orden de Aprehesión o Comparecencia, según lo procedente; o bien, dictado el Auto de Libertad por falta de elementos para procesar, para que el Ministerio Público o el ofendido aporten pruebas con la salvedad de que esta aportación sólo puede hacerse dentro de los 60 días a partir del día siguiente en que se hayan notificado estas resoluciones; de lo que se deduce que además dicho plazo podría correr de manera diferente, tanto para el ofendido como para el Ministerio Público, dependiendo obviamente de la fecha en que se les hayan notificado las resoluciones mencionadas, lo que inclusive podría dar pauta a un plazo mayor de los 60 días.

2.- También considero que, este artículo 36 se contraponen con el numeral 80, en atención a que este último artículo establece que sólo las resoluciones apelables, deben ser notificadas, entre otros, al ofendido; y no obstante que la negativa de Orden de Aprehesión y Comparecencia no son apelables, el referido artículo establece que el plazo de los 60 días para aportar pruebas por el ofendido o por el Ministerio Público, después de negarse las citadas órdenes, correrán a partir del día siguiente en que se les hayan notificado esas resoluciones; esto es, que exige que la negativa de las órdenes aludidas se notifiquen, no sólo al Ministerio Público sino también al ofendido, lo que no estatuye el numeral 80 de referencia, por lo que se reitera que el mismo resulta contraponerse con éste último.

3.- En el citado numeral 36 del Código de Procedimientos Penales reformado, no se establece ninguna facultad de defensa en favor del imputado, con lo que posiblemente se entendería que se permite actuar a espaldas del mismo, pues no se soslaya que el legislador en esta reforma también pasó por alto que en todo procedimiento penal se debe crear un carácter bilateral que se traduce en que por un lado el ofendido está representado por el Ministerio Público y por el otro, el justiciable por su defensor, tan es así que inclusive a nivel de Averiguación Previa en base a la fracción IX del artículo 20 Constitucional en relación con el párrafo cuarto de la fracción X del mismo numeral, ya se

exige que a este nivel de Averiguación Previa el inculpado se encuentre asistido de un defensor; por ende, si esta exigencia ya se reclama en la fase preparatoria de la acción penal, con mayor razón resulta evidente que debe cumplirse con la misma una vez ejercitada la mencionada acción ante la autoridad jurisdiccional competente, lo cual no refiere el artículo 36 en comento.

4.- En el mismo orden de ideas, se considera que el citado numeral 36, no determina al Organo Jurisdiccional, únicamente se le toma como un receptor de pruebas, o bien, inclusive como un amanuense del Ministerio Público ante el cual se deben realizar prácticamente diligencias de carácter indagatorio, que le son vedadas en base a lo dispuesto por el artículo 21 Constitucional y que obviamente sólo competen a la Autoridad Investigadora.

5.- En la práctica podría presentarse la adversidad de que, al desahogarse las probanzas del Ministerio Público o del ofendido, surgieran nuevos elementos probatorios de dicho desahogo, el cual posiblemente se esté realizando fuera de los 60 días, en atención a que dichas probanzas fueron aportadas factiblemente dos o tres días antes de fenecer el citado plazo, y evidentemente cuando surgen estas nuevas probanzas, ya nos encontramos fuera del plazo de los 60 días antes aludidos.

6.- Así también surge la complejidad para determinar a partir de qué momento empieza a contar el plazo de los 60 días aludidos, cuando el Juez de Primera Instancia decretó Auto de Libertad por falta de elementos para procesar y el mismo fué apelado por la Representación Social, toda vez que se cuestiona si dicha apelación suspende o no esos 60 días.

7.- Se ha entendido en la práctica que existe una dualidad de facultades para el representante social ante la resolución que niega la Orden de Aprehensión o Comparecencia, porque la misma fué consecuencia de la determinación que declara no haber delito que perseguir; en virtud de que, en forma aparente, automáticamente al Ministerio Público se le faculta para aportar pruebas en términos del artículo 36 y, simultáneamente, en base a lo dispuesto por la fracción III del numeral 418 del Código Adjetivo Penal, para interponer el recurso de apelación, lo que resulta obscuro e impreciso, ya que una sola resolución se está fraccionando en dos determinaciones; la negativa de las órdenes citadas y la que declara no haber delito que perseguir; siendo que a mi manera de ver, la negativa de las órdenes mencionadas resulta ser el efecto o secuela inmediata de que en autos se declare no haber delito que perseguir; además, esta problemática de apelación y aportación de pruebas también se presenta, en la resolución de libertad por falta de elementos para procesar, en atención a que, por un lado, dicha resolución si es

apelable, de acuerdo a lo dispuesto por la última parte del artículo 302 en relación con el 304, ambos del Código Procesal Penal; y a la vez también se faculta al Ministerio Público para aportar las probanzas que estime convenientes, dentro de los 60 días siguientes en que le fué notificada dicha determinación, de acuerdo al numeral 36 ya reformado.

8.- Ahora bien, en el supuesto de que se hayan negado las órdenes tantas veces citadas, que al Juez se le hayan aportado elementos probatorios dentro de los 60 días que marca el numeral 36, y, dentro o fuera de este mismo plazo se hayan desahogado las mismas, se cuestiona si lo procedente después de valorar los aludidos elementos de prueba, es declarar que no hay delito que perseguir, porque dichas probanzas no fueron suficientes para acreditar los extremos exigidos por el artículo 16 Constitucional; o bien, si en este momento procede lisa y llanamente el sobreseimiento, como incluso así se desprende de la parte final del artículo en comento, que en lo conducente señala que: "...si no se aportan por el ofendido o por el Ministerio Público pruebas dentro de los 60 días a partir del siguiente en que se les hayan notificado estas resoluciones o su desahogo, no son suficientes para librar las órdenes referidas, se sobreseerá la causa"; pues no debe soslayarse que las consecuencias de una y otra resolución son diferentes, en atención a que en la primera hipótesis cabría la posibilidad de una apelación, lo cual implica a su vez la

posibilidad de prolongar ese plazo en forma indefinida hasta en tanto no se resuelva dicho recurso, el cual incluso puede variar la resolución y con ello se desnaturalizaría a su vez, en cierta forma, la finalidad y teleología inmersa en el artículo 36; en tanto que en el sobreseimiento posiblemente se daría lugar a una impunidad, ya que dicha resolución únicamente podría ser considerada por el propio Juez natural.

Por todo lo expuesto, reitero que al Ministerio Público, como órgano técnico que es, debe exigírsele que previo al ejercicio de la acción penal, integre debidamente su averiguación, pues no debe soslayarse que inclusive para dicha función investigadora no sólo cuenta con la amplia potestad que le concede al artículo 21 y 102 Constitucionales, sino también con toda una gama de medios científicos y de investigación tendientes al perfeccionamiento de la averiguación previa, y por ende, al ejercicio de la acción penal.

Habida cuenta de lo anterior, pienso y considero que al Ministerio Público Investigador, precisamente como Órgano Técnico que es, debe exigírsele la integración debida de la averiguación previa, bajo los parámetros que marca el principio de legalidad antes de ejercitar la acción penal, debiendo apoyarse en pruebas y razonamientos claros y precisos, desterrándose la idea o creencia, de que una vez presentada una denuncia o una querrela sobre la posible

comisión de un delito no se haga necesario el examen previo de los hechos de que se trata, a efecto, de poder resolver si los mismos constituyen o no delito, y por ende, cuando ya se tengan comprobados los requisitos que señala el artículo 16 Constitucional para obtener la Orden de Aprehensión, como lo refiere el actual artículo 4º del Código de Procedimientos Penales, entonces sí realizar el correspondiente ejercicio de la acción penal; pues no debe soslayarse que la autoridad investigadora no cuenta con limitaciones para la integración de la citada averiguación, teniendo el tiempo necesario y suficiente para lograr su objetivo, cuando el mismo es procedente dentro de los parámetros requeridos tanto por la Constitución como por las Legislaciones secundarias; y de este modo, en lo posible evitar el convertir al Organo Jurisdiccional en un "AMANUENCE" de la autoridad investigadora, como en cierta forma interpreto el artículo 36 en comento; toda vez que dicho numeral viene a desvirtuar la auténtica función que realmente debiera cumplir todo Organo Judicial y que es la de actuar como director de la relación juridico-procesal, y así asegurar el orden y la igualdad de las partes y con ello, restituir, como dice el maestro GARCIA RAMIREZ, a los Jueces, 'toda la dignidad y respetabilidad de la magistratura, definiendose así también toda la importancia que le corresponde al Ministerio Público, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos y la búsqueda de los elementos de convicción', y obviamente sin considerar como su amanuense al Organo Jurisdicente, aún

cuando, de acuerdo a las actuales reformas, esto sea de una manera atenuada

En base a lo anterior considero que si el Ministerio Público Investigador estima pertinente ejercitar la correspondiente acción penal y ésta se realiza sin detenido al Organo Jurisdiccional le competeria evidentemente determinar si concede o no el libramiento de la Orden de Aprehensión o de comparecencia según el caso; para el caso de no concederla estimo debiera derogarse el artículo 418 fracción III del Código de Procedimientos Penales a fin de que se omitiera como resoluciones apelables las que declaran no haber delito que perseguir y en su lugar, tener como resolución apelable la negativa de la Orden de Aprehensión o Comparecencia antes mencionadas, en virtud de que éstas resultan ser el efecto o secuela inmediata no sólo de la determinación de no haber delito que perseguir, sino, posiblemente también de alguna causa de extinción de la acción penal como podría ser una prescripción, un perdón o la muerte del infractor y con ello considero se terminaria con la dualidad que en la actualidad prevalece entre negativa de Orden de Aprehensión y declarativa de no haber delito que perseguir; además considero que ya con la resolución de la sala para el caso de confirmación de esta negativa debiera proceder el sobreseimiento y así mantener debidamente la garantía de seguridad jurídica en favor de todo indiciado.

En otro orden de ideas, en cuanto al incidente de libertad por desvanecimiento de datos la resolución que se pronunciara para resolver este incidente considero debiera ser apelable en efecto devolutivo y no en ambos efectos, esto es, en los mismos términos que una formal prisión, una sujeción a proceso, una libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley o una libertad absoluta ya que de ser así se continuaría y no tendría porque detenerse el procedimiento y con ello se beneficiaría al procesado en la causa que en su contra se tramita ya que si a éste se le concediere la libertad mencionada, de ella gozaría no obstante la apelación del Ministerio Público; y si se le negare el citado incidente y estuviere inconforme el mismo procesado, éste podría interponer el recurso de apelación y sin afectación alguna continuaría con la secuela procedimental; en otras palabras, los efectos ya sea de la concesión o de la negativa del citado incidente, no causarían perjuicio alguno al incoado, en virtud de que si le fue concedida la libertad y en apelación le es revocada, en su contra se libraría la correspondiente Orden de Reaprehensión y para el caso que se le negare y él o la defensa apelaran, si esta negativa es confirmada, no se ha perdido nada y el proceso ha continuado su marcha, pero si en apelación esta libertad le es concedida, de forma inmediata se le pondría en libertad sin perjuicio alguno en su contra.

CONCLUSIONES.

Dentro de nuestra normatividad mexicana sólo son considerados como requisitos de procedibilidad la denuncia, la querrela y la excitativa, ya que si bien es cierto, que nuestra Constitución en su artículo 16 expresa como exigencia de procedibilidad a la acusación, también es verdad que ésta se debe considerar como un sinónimo de denuncia.

La querrela es divisible, en virtud de que esta Institución Jurídica tiene el carácter de Derecho Potestativo y como tal, el titular de ese Derecho puede ejercitarlo con libertad, espontaneidad y discrecionalidad; por ende, al hablar que la querrela es divisible, también podemos estatuir que el perdón que la extingue es también divisible.

Los dos únicos supuestos legales en que el Ministerio Público puede detener al presunto responsable en la etapa indagatoria, son la flagrancia y la notoria urgencia, prohibiéndosele en consecuencia a dicha autoridad ministerial cualquier otro tipo de detención que en contra del imputado pudiera realizar en la citada etapa.

El periodo de 24 horas concedido por la Ley Adjetiva al Organismo Jurisdiccional para el libramiento de una Orden de Aprehensión en tratándose de delitos graves, es muy corto, pues también se le exige al juzgador de manera exagerada prontitud y celeridad en el libramiento de dicha Orden de Captura y no obstante lo anterior, se le faculta al Ministerio Público para recurrir en queja ante la Sala Penal del H. Tribunal superior de Justicia revisora, para el caso de resolver fuera del término primeramente señalado.

De ninguna manera debe entenderse que la declaración preparatoria es un medio de investigación del delito, ni mucho menos que tienda a provocar la confesión del declarante, sino por el contrario debe entenderse como una garantía de defensa que le asiste a todo inculcado y que le otorga precisamente el artículo 20 Constitucional, específicamente en su fracción III.

El no expresar en el auto de formal prisión los requisitos exigidos por el artículo 19 Constitucional, entraña una violación de garantías. En pero, esta violación deriva hacia resultados diferentes, puesto que, la omisión de los requisitos de fondo da lugar a la concesión del amparo y la de los de forma únicamente a suplir las deficiencias.

En el supuesto de que, el juzgador dentro de plazo constitucional de 72 horas, dicte un auto de libertad

absoluta, la causa no debe quedar abierta para que posteriormente, con nuevos elementos se llegue a proceder de nueva cuenta en contra del indiciado; reiterandose entonces, el impedimento para proceder en contra del mismo.

Cuando se decreta la libertad por desvanecimientos de datos porque en la causa no aparecieron datos posteriores de responsabilidad, y por el contrario se desvanecieron, por prueba plena, los datos señalados en el auto de formal prisión o sujeción a proceso, para tener al procesado como probable responsable, tendrá esta resolución los mismos efectos del auto de libertad por falta de elementos, y por lo tanto permite al Ministerio Público o al ofendido, aportar nuevos elementos probatorios, para en su caso, el Ministerio Público pueda solicitar de nuevo la Orden de Aprehesión o comparecencia del inculpado, así como nueva formal prisión o sujeción a proceso. Por tanto, la aportación de los nuevos elementos de prueba a que nos referimos con antelación debe hacerse dentro de los 60 días a partir del día siguiente en que se notifique la resolución respectiva, puesto que, al tener esta libertad los mismos efectos del auto de libertad por falta de elementos, corre la misma suerte de las resoluciones que refiere el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales, y por lo mismo también el plazo de los 60 días antes aludido.

Considero que el Ministerio Público Investigador, precisamente como Órgano Técnico que es, debe exigirsele la integración debida de la Averiguación Previa, bajo los parámetros que marca el principio de legalidad antes de ejercitar la acción penal, debiendo apoyarse en pruebas y razonamientos claros y precisos, desterrándose la idea o creencia, de que una vez presentada una denuncia o una querrela sobre la posible comisión de un delito no se haga necesario el examen previo de los hechos de que se trata, a efecto de poder resolver si los mismos constituyen o no delito, por ende, cuando ya se tengan comprobados los requisitos que señala el artículo 16 Constitucional para obtener la Orden de Aprehensión, como lo refiere el actual artículo 4º del Código de Procedimientos Penales, entonces si realizar el correspondiente ejercicio de la acción penal; pues no debe soslayarse que la autoridad investigadora no cuenta con limitaciones para la integración de la citada averiguación, teniendo el tiempo necesario y suficiente para lograr su objetivo, cuando el mismo es procedente dentro de los parámetros requeridos tanto por la Constitución como por las legislaciones secundarias; y de este modo, en lo posible evitar al convertir al Órgano jurisdiccional en un "AMANUENCE" de la autoridad investigadora, como en cierta forma interpreto el artículo 36 que se comenta y que fué el motivo de la presente tesis.

A mi criterio, el numeral 36 del Código de Procedimientos Penales viene a desvirtuar la auténtica función que realmente debiera cumplir todo Órgano Judicial y que es la de actuar como director de la relación jurídico-procesal, y así asegurar el orden y la igualdad de las partes y con ello, restituir, como dice el maestro García Ramírez, a los jueces, 'toda la dignidad y respetabilidad de la magistratura, definiéndose así también toda la importancia que le corresponde al Ministerio Público, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos y la búsqueda de los elementos de convicción', y obviamente sin considerar como su amanuense al Órgano Jurisdicente, aún cuando, de acuerdo a las actuales reformas, esto sea de una manera atenuada.

En base a la interpretación del nuevo artículo 36 del Código de Procedimientos Penales, éste resulta ser inconstitucional, pues si bien, la Ley Adjetiva de donde emana tiene su base de creación en la propia Constitución, también resulta ser cierto que el aludido numeral va en contra de nuestra Carta Magna, tan es así que, viola, entre otras, las garantías de defensa y audiencia que en favor de todo imputado confiere la referida Carta Fundamental.

PROPUESTAS

El periodo para el libramiento de una Orden de Aprehensión en tratándose de delitos graves así calificados por la Ley, debe ser mas amplio, se propone mínimo, el mismo tiempo que requiere el juzgador para resolver sobre la situación jurídica de una persona, ya que el análisis y acreditamiento de los elementos de fondo que exige el artículo 16 Constitucional, 132 y 195 del Código Adjetivo en materia del Fuero Común y Federal respectivamente, para el libramiento de una Orden de Aprehensión, son los mismos que requiere el dictado de un Auto de Formal Prisión o de sujeción a proceso, o en su caso, el mismo análisis de la causa para decretar la libertad del imputado.

Se propone la derogación del artículo 36 del Código de Procedimientos Penales aplicable en el Distrito Federal; así como una reforma al artículo 418 fracción III del mismo ordenamiento legal antes invocado, para que en el mismo se incluya la negativa de Orden de Aprehensión o Comparecencia, según el caso, como auto apelable; y así, el Juzgador pueda

estar en la posibilidad de sólo negar o librar las citadas órdenes, sin dejar abierta la causa para los efectos del artículo 36. Y para el supuesto de que el Ministerio Público no este conforme con la citada negativa, tenga la posibilidad de apelar.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ARILLA BAZ FERNANDO, El Procedimiento Penal en México, Décima Cuarta Edición, Edit. Kratos S.A. DE C.V., México, 1992.
- 2.- CARRANZA Y TRUJILLO, RAUL Y CARRANCA Y RIVAS, RAUL, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Décima Séptima Edición, Edit. Porrúa S.A., México, 1990.
- 3.- CARNELUTTI FRANCESCO, Cuestiones Sobre el Derecho Penal, Trad. Santiago Sentis Melendo, Edit. Juridicas Europa, América, Buenos Aires, 1961.
- 4.- CASTELLANOS TENA FERNANDO, Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Parte General, Vigésima Novena Edición, Edit. Porrúa S.A., México, 1991.
- 5.- CASTILLO SOBERANES MIGUEL ANGEL, El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México, Edit. UNAM, México, 1992.

- 6.- COLIN SANCHEZ GUILLERMO, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Décima Tercera Edición, Edit. Porrúa, S.A., México, 1992.
- 7.- COLIN SANCHEZ GUILLERMO, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Quinta Tercera Edición, Edit. Porrúa, S.A., México, 1992.
- 8.- COELLO GALON, EUGENIO, Derecho Penal, conforme al Código Penal, texto fundido de 1944 (Parte General), Novena Edición, Edit. Nacional.
- 9.- DE MIGUEL RAYMUNDO, Diccionario Latino-Español Etimológico, Vigésima Sexta Edición, Edit. Roma, Madrid, 1952.
- 10.- Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Segunda Edición, Edit. Porrúa.
- 11.- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XIX. Peni-Pres., Bibliografía Omeba Editores-Libreros, Buenos Aires, Argentina, 1966.
- 12.- FLORIAN EUGENIO, Elementos de Derecho Procesal Penal, Trad. L. Prieto Castro. Edit. Bosch, Ronda de la Universidad, Barcelona, 1934.

- 13.- GARRONE JOSE ALBERTO, Diccionario Jurídico Abeledo-Parrot, Tomo I, A-D, Buenos Aires Argentina, 1986.
- 14.- GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE, Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Octava Edición, Edit. Porrúa S.A., México, 1985.
- 15.- GONZALEZ ROURORA, OCTAVIO, Derecho Penal, Buenos Aires, Argentina, Abeledo, 1995.
- 16.- JIMENEZ DE AZUA, LUIS, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Tercera Edición actualizada, Edit. Lozada, S.A., Buenos Aires, Argentina.
- 17.- JUVENTINO V. CASTRO, El Ministerio Público en México, Séptima Edición, Edit. Porrúa S.A., México 1990.
- 18.- NINO, CARLOS, Introducción al Análisis del Derecho, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1980.
- 19.- RAUL ZAFFARONI, EUGENIO, Manual de Derecho Penal, Parte General, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1986.
- 20.- RAZ, J., El Concepto de un Sistema Jurídico, Traducción de Rolando Tamayo Salmorán, México, UNAM, 1986.

- 21.- RIVERA SILVA MANUEL, El Procedimiento Penal, Décima Quinta Edición, Edit. Porrúa S.A., México, 1985.
- 22.- RIVERA SILVA MANUEL, El Procedimiento Penal, Décima Vigésima Segunda Edición, Edit. Porrúa S.A., México, 1993.
- 23.- ZAMORA PIERCE JESUS, Garantías y Proceso Penal, Cuarta Edición, Edit. Porrúa S.A., México, 1990.

LEGISLACION.

- 24.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, con reformas del Diario Oficial de la Federación de 10 de enero de 1994, Edit. Andrade, México, 1994.
- 25.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1985.
- 26.- Código de Justicia Militar, Tomos I y II, editado por la Secretaría de la Defensa Nacional, México, 1989.

- 27.- Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, reformado, Edit. Andrade S.A., México 1990.
- 28.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Edit. Andrade, reformado, Edit. Andrade, México, 1990.
- 29.- Código Federal de Procedimientos Penales, Edit. Andrade S.A, reformado, México 1990.
- 30.- Código Penal Anotado, Décima Sexta Edición, Edit. Porrúa S.A., México, 1991.

JURISPRUDENCIA.

- 31.- Orden de Aprehensión, Quinta Epoca, Tomo XVI, Pág. 348.
Nava, Luis R.
- 32.- Orden de Aprehensión, Quinta Epoca, Tomo XVIII, Pág. 1017, Moreno, Andrés.

- 33.- Orden de Aprehensión, Quinta Epoca, Tomo XIX, Pág. 1102,
Concha Fernando.
- 34.- Orden de Aprehensión, Quinta Epoca, Tomo XLIII, Pág.
750, Trejo Anguiano Moisés.
- 35.- Orden de Aprehensión, Quinta Epoca, Tomo LXXIII, Pág.
2480, Vega, Jorge Francisco.
- 36.- Orden de Aprehensión, Quinta Epoca, Tomo XIX, Pág. 15,
Guzmán Quintero Mauro.
- 37.- Denuncia o Querrela, Orden de Aprehensión sin, y
Detención sin Orden Judicial.
Amparo Directo, 2212/73, Francisco Gutiérrez Martínez,
12 de noviembre de 1975. Unanimidad de 4 Votos. Ponente:
Ernesto Aguilar Alvarez. Semanario Judicial de la
Federación. Séptima Epoca. Vol. 83. Segunda Parte.
Noviembre 1975. Primera Sala. Pág. 23
- 38.- Orden de Aprehensión, Quinta Epoca, Tomo XXVI, Pág.
1733, Ayala José y Coag.
- 39.- Orden de Aprehensión, Quinta Epoca, Tomo XXIX, Pág.
1501, Sequerra Judah y Coag.
- 40.- Orden de Aprehensión, Quinta Epoca, Tomo XXXIII, Pág.
800, Serrano Sixto y Coag.

- 41.- Orden de Aprehensión, Quinta Época, Tomo XXXIV, Pág. 723, Zenil Herminio.
- 42.- Orden de Aprehensión, Quinta Época, Tomo XL, Pág. 1275, Malpica Silva Juan.
- 43.- Orden de Aprehensión, Quinta Época, Tomo XVII, Pág. 1076, Aca Apolinar y Coag.
- 44.- Orden de Aprehensión tratadose de pena alternativa. Quinta Época, Tomo XXXIII, Pág. 2933. Rodríguez Jesús.
- 45.- Orden de Aprehensión, Quinta Época, Tomo XVIII, Pág. 440. Cordero Rafael.
- 46.- Orden de Aprehensión, Quinta Época, Tomo XIX, Pág. 805, Zubizarreta Celestino.

NOTA. No obstante que de la bibliografía comentada no se haya hecho nota al pie de página, la misma, para la elaboración del presente trabajo efectivamente fue consultada.