

11
2 Ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

"LA FALTA DE EFICACIA JURIDICA PROCESAL DE LA CALIFICACION JUDICIAL DE LA DEFENSIÓN".



T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A:
SONIA BARRIOS LOBERA

ASESOR: LIC. RAUL AVENDAÑO LOPEZ.

SANTA CRUZ ACATLAN, EDO. DE MEX., ABRIL DE 1999.



TESIS CON FALLA DE ORIGEN

276025



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

*Expreso el más grande y especial
Agradecimiento a:*

*A Dios por haberme dado la vida;
A mi familia, por el apoyo
que siempre me han dado;
A la Universidad por la oportunidad
de ser una profesionista;
A los Profesores, por la atención, tiempo y
conocimientos compartidos;
Amigos, por creer y confiar en mi;*

A todos muchas gracias, por hacer posible esta tesis.

*Esta tesis es dedicada especialmente a
mi a mi madre y padre.*

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPITULO I DE LA PERSECUCIÓN DEL DELITO. 1

1.1.	LA EVOLUCIÓN EN LA PERSECUCIÓN DEL DELITO.	2
1.2.	EL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO COMO AUTORIDAD PERSECUTORIA.	6
	1.2.1 ELEMENTOS DEL TIPO PENAL	10
1.3.	DE LOS OBJETIVOS DE LA PERSECUCIÓN.	31
1.4	DE LA FUNCIÓN INVESTIGADORA.	33
1.5	DE LA FUNCIÓN PERSECUTORIA.	37
1.6	LA COMUNIDAD Y LOS BENEFICIOS DE LA PERSECUCIÓN	41

CAPITULO II DE LA DETENCIÓN LEGAL 45

2.1.	LA COMUNIDAD Y LOS BENEFICIOS DE LA PERSECUCIÓN	45
2.2	FORMAS	50
	2.2.1.- LA FLAGRANCIA.	50
	2.2.1.1.- LA FLAGRANCIA EQUIPARADA	54
	2.2.2.- ORDENES	57
	2.2.2.1.- DETENCION EN CASO URGENTE	57
	2.2.2.2.- APREHENSION.	61

4.3	RESPONSABILIDAD EN LA DETENCIÓN ILEGAL.	100
4.4	LA POSIBILIDAD DE RETENCIÓN HASTA DICTAR EL AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL.	103
4.5	LA FACULTAD DE REVISIÓN, A LA LABOR REALIZADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO POR LA AUTORIDAD JUDICIAL.	104
4.6	REFORMAS AL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, PÁRRAFO SEXTO Y AL PÁRRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO 286 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL D.F.	109
	CONCLUSIONES	112
	BIBLIOGRAFIA	118

INTRODUCCIÓN

Hablar de la falta de eficacia jurídica procesal en la calificación de la detención, en el procedimiento penal mexicano, es establecer, como la norma no logra una eficacia practica jurídica, que evidentemente al legislador trato de imprimirle.

De tal manera, que el considerar que el juez tenga la facultad de liberar a un indiciado, cuando no se han reunido los elementos del tipo penal y comprobado la probable la responsabilidad del inculpado, no obstante, de que se trate de un flagrante delito o bien en la detención en caso urgente, hacen que en la práctica el poder judicial se convierta ahora, en un supervisor de la actividad tanto del Ministerio Público, como de sus auxiliares como es la Policía Judicial y los peritos.

Esto definitivamente no es lo que el Artículo 21 Constitucional, pretende al establecer las dos funciones especificas, entre la autoridad que persigue el delito y la otra, que impone las penas y medidas de seguridad.

De tal forma que, para demostrar esta circunstancia se hace indispensable iniciar nuestro estudio, estableciendo la idea de la persecución del delito, y como esta llega a ser una de las circunstancias esenciales que encierra todo lo que es

en si, la persecución del delito y como su objetivo prioritario, la detención del delincuente.

Lo anterior, hace indispensable explicar en que consiste una detención legal y sus formulas para llevarse a cabo; y señalar cuales son los lineamientos específicos a través de los cuales debe de producirse.

Es evidente que hay que revisar el marco jurídico y proponer la reforma del sexto párrafo del Artículo 16 Constitucional y su relativo que es el párrafo tercero del Artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, lo que nos colocara en una situación en la que podamos desglosarlo y obtener una mejor comprensión para poder criticarla y corregirla.

CAPITULO 1

DE LA PERSECUCIÓN DEL DELITO.

Con las nuevas reformas que se han establecido tanto a la Constitución como al Código Penal y al Código de Procedimientos Penales, se han ofrecido demasiadas facilidades y privilegios a los procesados y los probables responsables, esto, en virtud del exagerado derecho de aplicar lo más favorable al reo, en una forma más oficiosa ha constituido actualmente una de las ofensas más severas para la sociedad, al dejar salir de la cárcel a verdaderos delincuentes, los cuales por simples fallas técnicas del Agente del Ministerio Público, logran evadir la acción de la justicia.

Razón por la cual, el objetivo principal que perseguimos en el presente trabajo, es analizar una de estas circunstancias privilegiadas, como es la establecida en el sexto párrafo del Artículo 16 Constitucional y el tercer párrafo del Artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en los cuales, se establece la obligación y necesidad de que el Juez deba analizar si la detención que se realizó fue estrictamente legal o bien, si hubo fallas técnicas en el procedimiento de detención.

De tal manera que si, en un momento determinado esta detención no se identifica con los lineamientos constitucionales, entonces pues, el Juez puede decretar la libertad con las reservas de ley, para que vuelva a realizar dicha detención, observando las reglas que nuestra Constitución Política establece para ello.

Es posible y sencillamente nos parece absurdo, el hecho de que si se ha logrado uno de los propósitos más especiales de la persecución de los delitos, que se revela en la detención de las personas, no es factible que después, de todos los esfuerzos que se han realizado para lógrala o llevarla a cabo, todavía se le pueda otorgar una libertad al probable responsable simple y sencillamente porque hubo fallas técnicas en la integración de la averiguación previa.

De ahí la necesidad de nuestro tema, al establecer la falta de eficacia jurídica procesal de la calificación de la detención.

Sin duda vamos a encontrar como uno de los objetivos principales y más difíciles de cumplir en la persecución de los delitos es la detención de los probables responsables, lo cual se facilita, como para que todavía, el Juez deba calificar o revisar; y si la encuentra anticonstitucional simple y sencillamente la tiene que desechar liberando al probable responsable o al detenido.

Esto lo considero inadecuado para la aplicación de la justicia en nuestra sociedad, por lo que vamos a proceder al estudio de lo que es la persecución del delito, en donde trataremos de observar algunas de sus más esenciales circunstancias.

1.1. - LA EVOLUCIÓN EN LA PERSECUCIÓN DEL DELITO.

Una de las causas a través de las cuales, aparece la necesidad de la persecución de delito, es cuando éste, se ha cometido, es la venganza o bien la sed de

venganza que nace del ofendido en contra del agresor.

Dicho de otra manera que en el momento, en que surge una actitud o ataque, en contra de nuestros bienes, personas o derechos, como respuesta a esta actitud, nace un sentimiento de venganza por parte de aquel que se ve ofendido y la necesidad de satisfacer su venganza.

De ahí que, vayamos a encontrar como el derecho penal nace en una época barbara, en donde la venganza era privada, en donde la ley del talión era la ley del ojo por ojo y diente por diente, ésta era pues, la tónica principal de la organización del derecho penal.

Fernando Castellano Tena, al referirse a esta época, menciona lo siguiente "A la etapa de la venganza privada, suele llamársele también venganza de sangre o época barbara". En el primer periodo de formación del derecho, fue el impulso de la defensa o de la venganza la razón esencial de todas las actitudes provocadas por un ataque injusto, esta falta de protección adecuada creo la necesidad se organizara cada particular, cada familia y cada grupo, para protegerse y hacerse justicia por sí mismo.

Desde luego no pretendo afirmar que esto constituya propiamente una etapa del derecho penal, se habla de la venganza privada, como de un antecedente, en las cuales las instituciones jurídicas vinieron a sustituirlas, teniendo para comprobar su existencia diversos datos y documentos históricos, lo cual a través del conocimiento de la naturaleza humana, nos hace suponer el imperio de tales reacciones donde quiera que no existiera una autoridad, suficiente fuerte, que tomara por su cuenta el castigo, de

los culpables, el gobierno, la moderación de los ofendidos y el aseguramiento del orden que de la paz social.”¹.

La razón esencial del nacimiento del derecho y con esto la persecución del delito, estaría totalmente identificado con una necesidad propia, que es el satisfacer la venganza del ofendido.

Claro está, que con el evolucionar de la sociedad y la persecución de los delitos, se hace cada vez más excipiente y la organización en dicha persecución va estructurándose con mayor fuerza.

De ahí que cuando se estructura el Estado y se empieza a establecer organizaciones e instituciones que surgen del derecho y de la ley, en ese instante vamos a observar que la persecución de los delitos estará más que nada organizada por reglas a través de las cuales se llevará a cabo tal persecución.

Tenemos así que en el siglo XVIII dicha organización, va a estar basada en la posibilidad de la reparación del daño y en una estructura jurídica a través de tipos penales, a los cuales Beccaria les da el nombre de estorbos políticos.

Dicho autor dice lo siguiente “Es imposible prevenir todos los desordenes en el combate universal de las pasiones humanas, crecen estas, en razón compuesta de la población y planeación de los intereses particulares, de tal suerte que no puede dirigirse geoméricamente a la utilidad pública. Vuélvase los ojos sobre la historia y se

¹ Castellano Tena Fernando: "LINEAMENTOS ELEMENTALES DEL DERECHO PENAL"
México, Editorial Porrúa, S.A. 21a Edición 1991 pág. 31 y 32.

verán crecer los desordenes con los confines de los imperios y menoscabándose en la misma proporción la máxima nacional, se aumenta el impulso hacia los delitos, conforme al interés que cada uno toma en los mismos desordenes”. Así nace la necesidad de agravar las penas y se dilata cada vez más por este motivo.

Aquella fuerza semejante aun cuerpo grande que oprime a nuestro bienestar, no se detiene sino, a medida de los estorbos que le son expuestos, los efectos de está fuerza y la confusa serie de acciones humanas, si estas se encuentran y recíprocamente se ofenden, las penas que yo llamare estorbos políticos impiden el mal efecto, sin destruir la causa impelente que es, la sensibilidad misma, inseparable y el legislador hace el hábil arquitecto cuyo oficio es oponerse a las direcciones ruinosas de la gravedad y mantenerla que contribuyen a la fuerza de edificio”.²

Con la estructuración de la sociedad y el establecimiento de los llamados estorbos políticos, que no son más que los tipos penales en donde se establece la amenaza de pena, en caso de transgredir el tipo penal, con esta evolución se van dando pie para que sea el propio estado, quien crea la infraestructura necesaria, no solamente para la aplicación de las penas, sino para la persecución de los delitos.

Es ahí en donde podemos encontrar la figura del Agente del Ministerio Público, el cual, va surgir como una entidad totalmente administrativa, encargada de perseguir el delito.

²).-“Bonesano Cesar Marqués de Beccaria: “Tratados de los Delitos y De las Penas” México editorial Porrúa, S.A. 4a Edición 1990, pág. 26 y 27.

1.2. - EL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO COMO AUTORIDAD PERSECUTORIA.

En términos generales, lo que es en sí, la historia del Agente del Ministerio Público, la podemos encontrar a principios de la Reforma y el Porfiriato, en donde a través de diversas legislaciones se va estructurando esta Institución, así tenemos que para el año de 1865 se establece su figura y ley para la organización del Ministerio Público, en la que se fijan algunas circunstancias específicas para que dicha entidad, pudiese participar en los procedimientos penales.

El autor Arilla Baz, en el momento en que cita la historia del Ministerio Público en el Distrito Federal en el año 1900, la señala como la base para orientar el crecimiento de la institución, después, con el surgimiento de la primera Ley Orgánica del Ministerio Público y Territorios Federales de 1903, constituyo un avance administrativo congruente con las exigencias de la época, situación que obliga que en el año 1909, se establezca un nuevo Reglamento para el Ministerio Público del fuero común en el Distrito Federal, territorios de Quintana Roo y parte del Norte de Baja California, que aseguro en la esfera administrativa la obtención de la organización del Ministerio Público.³

Las circunstancias bajo las cuales se va estableciendo la idea del Agente del Ministerio Público, revelan inmediatamente, la necesidad de la creación de una institución encargada directamente de perseguir el delito.

³ "ARILLA BAZ FERNANDO": "MANUAL DE DERECHO PENAL" México, Editorial Gratos, 16 edición 1991, pág. 8.

En la época Porfiriana, los jueces tenían a su cargo todo lo que era la policía judicial y por tal motivo, ordenaban la persecución e investigación de los delitos.

Esto en un momento determinado, nos convertía en jueces y partes a la vez.

Tenemos entonces que en 1917, se hace una división en la esfera de la persecución y se le otorga al Agente del Ministerio Público las facultades autónomas para llevar a cabo dicha persecución.

El autor Hector Fix Zamudio, en el momento en que nos habla sobre el particular, nos comenta lo siguiente "La persecución de los delitos por parte del Ministerio Público y la policía judicial, fue el aspecto de mayor trascendencia del Artículo 21 Constitucional, puesto que fue introducido por el constituyente de Querétaro, después de un extenso debate y merecía una explicación muy amplia en la exposición de motivos del proyecto presentado por Don Venustiano Carranza, en efecto, en la citada exposición de motivos se insistió siempre en la necesidad de otorgarle autonomía al Ministerio Público, figura que de acuerdo con la legislación expedida bajo la Constitución de 1857, carecía de facultades efectivas en el proceso penal, puesto que la función de policía judicial, no existía como organismo independiente y era ejercida por los jueces, quienes se convertían en verdaderos acusadores en perjuicio de los procesados." ⁴.

⁴ "FIX ZAMUDIO HECTOR": "COMENTARIOS AL ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL" DENTRO DE :
"CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMENTADA,
México Universidad Nacional Autónoma de México, 4a Edición 1995 pág. 55

Las consecuencias, que se van acarreado con respecto a la evolución sobre el Agente del Ministerio Público, van revelar claramente que esta institución, va a partir básicamente de lo que es el ordenamiento Constitucional vaciado en el Artículo 21, el cual en el primer párrafo y en la primera parte, establece la regla siguiente *"La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público el cual se auxiliara, con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete... .."*⁵

El Artículo 21 Constitucional, nos habla de dos esferas en la que gira el derecho penal, una que se encarga de la imposición de la pena que el tipo establece y otra, que nos habla sobre la persecución del delito en sí.

Así tenemos como la autoridad judicial, será la encargada de imponer la sanción y una cierta autoridad de tipo administrativo, que surge evidentemente del poder ejecutivo, para que pueda llevar a cabo la persecución de los delitos.

De ahí que todo lo que es la procuración de justicia, va a depender básicamente de un poder administrativo como es el ejecutivo.

Tenemos que en el contexto de la trilogía del poder, señalada en el Artículo 49 Constitucional, al establecer un poder ejecutivo, un judicial y uno legislativo, encontraremos cómo el judicial esta debidamente

⁵ "CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS " México, Editorial Sista Edición 1997 pág. 9.

establecido y además, totalmente separado en el Artículo 21 Constitucional.

Por otro lado, el Agente del Ministerio Público también está señalado en las legislaciones de tipo orgánico, permitiendo al ejecutivo nombrar al Procurador General de Justicia para el Distrito Federal, así como a escala federal, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, también le autoriza al Presidente de la República a nombrar al Procurador General de la República y en el caso de que cada uno de los Estados, cada Gobernador tendrá la facultad de nombrar a su Procurador General de Justicia, que es en sí el titular en la persecución de los delitos y derivados de estos.

Como consecuencia surgen Reglamentos y demás leyes orgánicas a través de las cuales la institución va otorgándose para el fin y efecto de lograr los objetivos propuestos por la legislación, inicialmente por la propia Constitución.

El Agente del Ministerio Público, como su autoridad persecutoria, va a llenar los requisitos respecto de los cuales, se le puede dar la calidad de autoridad.

Así tenemos la necesidad de hacer una definición de lo que por autoridad debemos de entender, por lo que ocupamos las palabras del autor Miguel Acosta Romero, vamos a decir lo siguiente: "Autoridad es todo órgano del Estado, que tiene atribuidas por el orden jurídico, facultades de decisión o de ejecución o alguna de ellas por separado. Es el órgano estatal investido de facultades de decisión o ejecución cuyo ejercicio engendra la creación, modificación, o extinción de situaciones en

general de hecho o jurídicas con trascendencia y determinada de una manera imperativa.”⁶

El Agente del Ministerio Público, en él, momento en que tiene autoridad para perseguir el delito, derivado del Artículo 21 Constitucional, así como también del Código de Penal del Código de Procedimientos Penales y de la Ley Orgánica de la Procuraduría respectiva y de su Reglamento, la propia legislación da forma a un marco jurídico globalizado, a través del cual su función se va a basar en principios de legalidad y dicha función persecutoria, la cual dará los frutos que la propia legislación busca y que en general son la prevención del delito, la detención del delincuente, en caso de que exista un delito, la sanción del mismo y la propuesta de la rehabilitación en su momento determinado.

De ahí que el Agente del Ministerio Público cuando llena los presupuestos del concepto de autoridad, se puede decir que cumple su función en la averiguación previa, decide el derecho a través del ejercicio de la acción, esta diciendo si existe o no un delito, ya que cuando pasa dicha acción al tribunal del juez penal, tal vez pierda su esencia de autoridad y se convierta en una parte administrativa, pero, cuando sucede la averiguación previa, llena totalmente los conceptos de autoridad, por que decide el derecho una vez ejercita la acción penal.

1.2.1- ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL QUE CONTIENE EL ARTÍCULO 122, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL CONFORME A LA TEORIAS, FINALISTAS Y CAUSALISTA

⁶ "ACOSTA ROMERO MIGUEL: " TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO" México, Editorial Porrúa S.A. 9a Edición 1990, Pág. 632.

El Agente del Ministerio Público, debe acreditar en la función persecutora, de acuerdo al Artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, conforme a la teoría finalista y causalista.

Una de las circunstancias que es indispensable considerar respecto de lo que es la persecución del delito y la posición de lo que es el Agente del Ministerio Público, como autoridad persecutora, es el hecho que de en su averiguación previa, debe acreditar los elementos del tipo penal, en función a lo que la propia legislación le establece.

Una vez que hayamos desahogado este inciso, veremos como los objetivos de la persecución, en función investigadora y persecutoria, deberán estar dirigidos a las normas y elementos específicos que el Artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala, estas son unas circunstancias que definitivamente es necesario considerar, para poder evaluar continuamente a lo largo de este presente trabajo.

Para empezar, transcribiré el Artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Artículo 122. - El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos, dichos elementos son

los siguientes:

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

Así mismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere:

- a).- Las calidades del sujeto activo y del pasivo;*
- b).- El resultado y su atribubilidad 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 normativas;*
- g).- Los elementos subjetivos específicos y*
- h).- Las demás circunstancias que la ley prevea.*

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

Los elementos del tipo penal de que se trate

y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.⁷",

En principio, son varios los elementos que el Artículo 122 antes citado establece, por lo que tomaremos el preámbulo de dicho artículo, la legalidad que ordena al Agente del Ministerio Público en la averiguación previa, obliga a acreditar dos circunstancias básicas, que son:

1. - Los elementos del tipo penal
- 2.- La probable responsabilidad del inculpado.

Estos, serán la base del ejercicio de la acción penal que elaborarán en su ponencia de su consignación.

Ahora bien, encontramos como la autoridad judicial a su vez, examinará si ambos requisitos están debidamente acreditados en autos, respecto de lo que menciona el Artículo 122 del ordenamiento citado, es una situación oficiosa que el juez penal deba de hacer, ya que en el momento que se le excita a través de la acción penal, el juez debe de valorizar si realmente están integrados los elementos del tipo y la probable responsabilidad del inculpado, estar preparado y dictar un término del plazo constitucional, en el momento procesal oportuno.

Razón por la cual el Artículo 122 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establezca que la autoridad judicial examinara si ambos fueron

⁷ legislación Procesal Penal, Editorial, Sista pag. 111,112

cumplidos otorgando esa facultad en forma oficiosa para que el juez dictar el auto constitucional.

Respecto de las tres fracciones que se citan en el artículo, vamos encontrar una forma de existencia correspondiente a la acción u omisión de la lesión, esto es, valorizar en el sentido de observar la peligrosidad del sujeto, en la forma en que el bien jurídico tutelado por el tipo penal estuvo en riesgo o bien lesionado o dañado.

Lo anterior, nos esta induciendo ha establecer unas ideas sobre lo que es la acción del sujeto del delito y el grado de peligrosidad con relación a los resultados. En principio es indispensable decir que vamos encontrar los modelos de sistematización a través de las cuales se va a valorizar un concepto de la teoría general del delito. Dicho de otra manera, que dentro de los modelos de sistematización que se utilizan en el contexto de la teoría del delito, consideraremos indispensable citar cuando menos la idea general de sistematización de estudio y cual seria los más relevantes para nuestro estudio.

El autor Gustavo Malo Camacho, en el momento que nos habla de estos modelos de sistematización, nos dice lo siguiente:

“Los modelos sistemáticos en su mayoría adoptarían el camino del análisis. (Hecho-Autor), Parten del estudio del hecho típico y después se ocupan del actor, con los aspectos vinculados con su responsabilidad y culpabilidad en general sus perfiles generales siguen en los siguientes esquemas:

1. - Bipartición clásico, la estructura de la bipartición es en general recogida por la escuela clásica,

independientemente de que las características que distinguen el pensamiento específico de cada uno de los autores de manera general se observa que la evolución de la doctrina penal, a partir de la concepción del estado de derecho, en el sentido moderno se inicia con su interés en la norma y en su análisis.

2.- Causalismo: Esta posición evoluciona hacia las variaciones sistemáticas siguientes, recogidas en el nuevo esquema bipartición que es una realidad tripartición deriva del injusto objetivo y la culpabilidad objetiva psicológica, el causalismo valorativo es este último; Cuestiona el esquema objetivo-subjetivo para introducir importantes variaciones en el contenido estos conceptos.

3.- Finalismo.- Estos esquemas encuentran su culminación en el concepto finalista, propuesto por Welzel donde destaca la idea final esta posición, no son sino, resistencia y polémica, lo que ha encontrado acogida mayoritariamente en los países cuyo origen jurídico tienen su antecedente en cultura occidental, Europa y de origen latino.

4.- La orientación Político Criminal (Finalista).- Recogiendo bases de la estructura finalista, evoluciona la teoría del delito, en diferentes posiciones dentro de las cuales han tenido relevancia en la posición que se relacionan en la acción social y la orientación política y penal.”⁸

Existen diversos modelos sistemáticos, como son, de tipo objetivo-subjetivo, del injusto objetivo,

⁸ Malo Camacho Gustavo, Editorial Porrúa, S.A. Edición 1998. Pag. 244,245.

de conductas antijurídicas de culpabilidad subjetiva psicológica causal y naturalista, modelos causalistas de conducta típica antijurídica y culpabilidad psicológica, modelo del causalista valorizarían de la prelación lógica del delito, del análisis político criminal finalístico.

Finalmente es el modelo de la acción finalista, es tan solo un criterio más que se ha establecido, para el fin y el efecto de analizar el desplazamiento de la conducta delictiva y de esta manera ir evaluando continuamente su responsabilidad como una conducta delictiva.

Así tenemos como uno de los principales exponentes de la acción finalista, Hans Welzel. En el momento que establece la teoría mas aceptada que es la finalista considera lo siguiente:

La acción humana, es el ejercicio de la actividad finalista, la acción es por lo tanto, un acontecimiento finalista y no solamente causal de la finalidad, o la actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre del conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponer objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos.

“Como la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever en determinadas escalas las consecuencias de la intervención causal, y con ello dirigirlos según un plan a la obtención del objetivo, la voluntad consiente se dirige al acontecimiento causal, es la espina dorsal de la acción finalista, ella es el factor de

dirección, que sobredetermine el acontecimiento causal exterior, sin el cual este, destruido en su estructura material, degenera un proceso causal ciego, por eso pertenece también, la acción de la voluntad finalista como factor, que conforma objetivamente el acontecimiento.”⁹.

Dentro de lo que es el Iter-criminis que no es otra que, el camino del delito, encontraremos que el ser humano se refleja una idea, en el momento que la conducta se determina, a actuar, entonces esa idea se exterioriza y dicha circunstancias genera una acción voluntaria encaminada a una cierta finalidad.

Es importante subrayar como el autor citado también sigue considerando la acción causalista, esto es la situación del nexo causal que fija la conducta con el resultado; pero en lo que se refiere a la acción finalista, la voluntad esta dirigida y quiere el resultado producido.

Para entender esta circunstancia, vamos continuar citando a dicho autor, quien en lo particular, establece lo siguiente: “En esta dirección objetiva del acontecimiento causal, la voluntad finalista se extiende a todas las consecuencias del autor debe realizar para obtención del objetivo, es decir:

- a) El objetivo que quiere alcanzar;
- b) Los medios que emplea para ello.

Las consecuencias secundarias, están necesariamente vinculadas con el empleo de los medios.”¹⁰.

⁹ Localización citada por Welzel Hans. La teoría de acción finalista, México, Editorial Greca, Primera Edición 1997. Pag. 10

¹⁰ Localización citada, Welzel Hans. La teoría de acción finalista, México, Editorial Greca, Primera Edición 1997. Pag. 10

Es indispensable subrayar que en la acción finalista, las circunstancias están debidamente encaminadas a una acción intencional o dolosa del sujeto del delito. Si observamos de nueva cuenta el Artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la fracción tercera analiza dos formas a través de las cuales se puede dar la culpabilidad, ya sea en grado intencional a título doloso o bien una acción de tipo causal que refleja la imprudencialidad del sujeto, quien al no observar deberes de cuidado, por falta de pericia o por otras circunstancias, provoca el injusto y por supuesto la infracción o la lesión al bien jurídico tutelado por la norma.

De lo anterior, que frente a la teoría de la acción finalista, vamos a encontrar otro tipo de teoría independientemente de los modelos de sistematización citado, como es la teoría causal de la acción, la cual también considera como fórmula de análisis de la conducta, el hecho de que se vaya evaluando la misma a través de diversos elementos que ofrecen a la persona que esta evaluando dicha conducta, el grado de peligrosidad del sujeto.

El autor Luis Jiménez de Asúa, explica la idea de lo que es la causalidad del nexo causal entre la conducta y el resultado, para lo cual nos ofrece la explicación siguiente:

“La punibilidad, es la responsabilidad del autor a determinarse conforme a lo siguientes tres supuestos:

- a) La relación causal entre conducta voluntaria y el resultado que ha de establecerse conforme al único criterio correcto en materia de causalidad, es decir, según la teoría de la equivalencia de condiciones

- b) La relevancia jurídica de la conexión causal que ha de determinarse en cada tipo, es decir, en cada una de las descripción típicas de la parte especial de los Códigos, investigando su sentido, para decidir concretamente si el nexo causal, que unen evidentemente la conducta voluntaria al resultado, es relevante para responsabilizar penalmente al actor; conforme al la tipicidad legal, así resulta que la adecuación constituye una parte integrante especial de la tipicidad juridico-penal.

- c) La culpabilidad del sujeto en orden al resultado, que es un tercer momento de indicarle subjetivamente y por ende de naturaleza totalmente distinta a la de los dos supuestos criterios.”¹¹

La intercomunicación entre la teoría de la acción finalista y la causalista, nos podrán estar ofreciendo, cuales serian en si, los criterios a seguir para

¹¹ Jimenez de Asúa Luis. La ley y el Delito Buenos Aires Argentina, Editorial Sudametica, 15 Edición, 1990. Pa. 229,230-

que el Agente del Ministerio Público, estuviese en la posibilidad concreta analizar en una forma sistemática y además analítica, la conducta desplazada por el probable responsable.

Así en un principio, es necesario que en base a la luz del preámbulo de las fracciones I y II del Artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el Agente del Ministerio Público, deba considerar un análisis de tipo atomizador a través del cual, logre evaluar correctamente la conducta para establecer el carácter delictuoso de la misma y relacionando con el daño producido.

Para lo cual, la intercomunicación que debe de existir entre los que son los elementos del tipo penal frente a la probable responsabilidad, debe ser estrecha, para que pueda operar correctamente la acción penal.

El autor Fernando Castellanos Tena opina sobre el concepto atomizador, lo siguiente:

“Dos son los sistemas principales para realizar el estudio jurídico esencial del delito:

1. - El unitario o totalizador, y
2. - El atomizador o analítico.

Según la corriente unitaria o totalizador, el delito no puede dividirse ni para su estudio, ni para integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble, asienta Antolisei que para los afiliados a esta doctrina, el delito es como bloque monolítico, el cual puede presentarse diversos aspectos, pero no es, en modo alguno fraccionable.

En cambio los analíticos atomizadores estudian ilícito penal, por sus elementos constitutivos. Evidentemente para estar en condiciones de entender el todo, precisa el conocimiento cabal de sus partes, ello no implica, por supuesto, la negación de que el delito integra una unidad, ya Francisco Carrara hablaba del ilícito penal como una disonancia armónica, por ende, al estudiar el delito por sus factores constitutivos, no se desconoce su necesaria unidad, en cuanto a los elementos integradores del delito no existen en la doctrina uniformidad de criterio.

Mientras uno especialistas señala un número, otros la configuran con mas elementos, surgen así, las concepciones bitómicas, tritómicas, pentatómicas, hexatómicas, heptatómicas.

Las nociones formales del delito no penetran en la verdadera naturaleza del mismo orden, al no hacer referencia a su contenido, el propio Mezguer elabora también una definición jurídico sustancial, al expresar que el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.”¹².

La relación que existe entre la acción que realiza el probable responsable y el resultado van provocar que el Agente del Ministerio Público, la necesidad de esta debe de someter a este a un estudio atomizador, para evaluar los elementos del tipo según la idea que deba tener este para su análisis; así va analizar la conducta, para encontrar en ella cual elemento negativo como seria la ausencia de conducta, con una fuerza exterior irresistible, que haya provocado el probable responsable actuando en base a una persona externa, a traves de un “vismayor”, una

¹² Fernando Castellanos “lineamientos Elementos del Derecho Penal, Editorial Porrúa, Edición Pag. 129.

vis absoluta, a través de estas compulsiones externas, se inibe la voluntad del sujeto, este no tiene mas remedio de llevar una actividad que es aparentemente delictuosa, pero que en ese momento determinado la conducta no existió, la tipicidad sin lugar a dudas debe ser la adecuación de dicha conducta a la integración de los elementos citados.

Por lo que los conceptos como la antijurídica y causas de justificación deberán ser hechos como estudio especial que incluso en el penúltimo párrafo del Artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que estamos analizando requiere para resolver la probable responsabilidad del inculpaado, autoridad debe constatar, sino existe la acreditada a favor de aquel, alguna causa de licitud.

Así aunque el término esta mal empleado, por el articulo ya que no son causa de licitud si no causas de justificación de una conducta, que aparentemente es antijurídica, esto es, que son una conducta contraria a la juridicidad estas son las llamadas causas de justificación, que hace que la conducta desplazada encuentre en una cierta justificación.

El autor Sergio Vela Treviño, cuando habla de los conceptos de las causas de justificación, considerándolos en los siguientes términos:

“Como el conjunto de datos proporcionados y seguidos los principios rectores a que se ha hecho referencia, es una opinión que el derecho penal permite una clasificación de conductas típicas, conforme a derecho en las formas siguientes:

Atendiendo a los dos grandes principios rectores y sus consecuencias respectivas, se establece una bipartición por el principio de ausencia de interés, que traen como consecuencia la inexistencia de la lesión y por el principio de un interés poderdante, que a su vez implica la inexistencia de la ofensa.

El primero de los dos principios, permite una subclasificación que se considera el fundamento de ausencia del interés y aparecen, el consentimiento del interesado y el consentimiento del probable responsable, con su relativo al segundo principio, que al interés preponderante que puede dividirse en cuatro grupos, según sea el fundamento que se utilice, la preponderancia del interés respecto del otro, así estudia los medios de determinación por las causas siguientes:

- a) Por deberes especiales;
- b) Por el ejercicio de un derecho;
- c) Derechos especiales conferidos;
- d) Especial valoración circunstancial.”¹³.

“Una conducta cuando es típica, necesariamente tendrá que ser antijurídica, esto es que es contraria a la antijurídica, esto quiere decir que no toda conducta antijurídica es punible, o bien culpable ya que se puede obrar en base a una causa de justificación, como es la legítima defensa, en un estado de necesidad cuando se sacrifican un bien menor por proteger otra mayor calidad o por ejercicio de un derecho, en cumplimiento de un deber,

¹³ Sergio Vela Treviño, Antijuridicidad y Justificación México, Editorial Trillas, 1990, Pag. 168.

o por un impedimento ilegítimo como es el caso de no declarar encontrar de una persona a la cual se le tiene débitos de agradecimientos, de amistad o de amor.”

Otros elementos que ha de considerar es la culpabilidad que definitivamente lo establece la fracción tercera del Artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual al establecer el tipo de realización de conducta, que grado de culpabilidad tendría a título de dolo o bien a título de culpa.

Así tenemos como el autor Augusto Osorio y Nieto, en el momento que nos ofrece algunas explicaciones sobre lo que es el dolo y la culpa, expresa lo siguiente:

“La culpabilidad presenta dos formas básicas que son:

- 1.- El dolo intenso
- 2.- La culpa imprudencial.

El dolo opera cuando, el sujeto activo se ha representado en su mente la conducta que va realizar y el resultado de esa conducta y decide llevar a cabo el resultado que su mente se represento la conducta dolosa, es intencional y voluntaria.

La culpa o imprudencia la encontramos cuando el activo no se desea realizar una conducta que lleva un resultado delictivo, pero por una actuar imprudente, negligente carente de atención, cuidado y reflexión, verifica una conducta que produce una conducta predecible delictuoso.”¹⁴.

¹⁴ Osorio y Nieto Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal, México, Editorial trillas 1999, pag. 66, 67

Esto definitivamente es una consecuencia del análisis atomizador que el Agente del Ministerio Público debe llevar a cabo a la luz del estudio de Artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Sin duda esta circunstancia genera la necesidad de evaluar paso a paso la conducta desplazada por el probable responsable y de ésta manera; establecer el correcto ejercicio de su acción.

Por otro lado en lo que se refiere la fracción II del artículo motivo de estudio, se va fijar otro tipo de circunstancia que responsabiliza la conducta de las personas y esto es básicamente la participación de la misma en los ilícitos.

En principio, todo lo que es la teoría finalista, también puede someterse a todos y cada uno de la participación en el ilícito.

Así el Artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal contempla lo siguiente:

Artículo 13. - *“Son autores participes del delito:*

I.- Los que acuerden o preparen su realización;

II.- Los que lo realicen por si;

III.- Los que lo realicen conjuntamente;

IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o

- auxilien a otro para su comisión;*
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y*
- VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervenga con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo*

Los autores o partícipes a que se refiere el presente Artículo, responderán cada uno en medida de culpabilidad.

*Para los sujetos a lo que se refiere la fracción VI, VII, VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este Código.*¹⁵

Los grados participación delictiva, deberán ser parte integral del análisis que el Agente del Ministerio Público debe hacer para el fin y efecto de su consignación, o bien ejercicio de su acción penal pueda prosperar, que debe separar suficientemente, todas las conductas que participen en el ilícito, debe evaluarlos, medirlos, establecer invariablemente el grado de participación de las mismas.

Lo anterior para evaluar también, cual es la temibilidad de dichas personas y analizar su grado de participación y si son autores directos, indirectos, mediatos, autorías y en complicidad, en encubrimiento y en general la forma participativa, a través de la cual su acción intervino para producir sus resultados delictivos.

¹⁵ Código Penal, Editorial Sista Edición 1998. Pag. 5y 6.

En esta instancia de nueva cuenta encontraremos como la acción finalista, con lleva en sí, la evolución de la conducta frente al resultado producido.

El autor Gustavo Malo Camacho, al referirse a este particular, comenta lo siguiente:

“Bajo la denominación general de persona relacionada con la comisión de un delito, o concurso de personas en la comisión de un delito o autoría o participación en el derecho penal, procura hacer referencia al problema derivado de la intervención de diversas personas, en la comisión de uno o varios delitos, estableciendo las características de la responsabilidad que cada uno corresponde, la punibilidad que de por ello les deriva.

El problema de la participación no es un ámbito exclusivo de la regulación jurídica, implica por el contrario, un fenómeno propio en el que se manifiesta las propias relaciones de la vida social y a partir de esto es en efecto, en todas las actividades en que interviene el hombre, es fácilmente observable que con frecuencia actividades diversas que se han dado en el desarrollo social, son derivadas de la conducta individual, de una persona si no que se encuentra su manifestación como una expresión, en que participan grupos es, así la conducta no de uno si no de un grupo de individuos que se manifiestan de su “consuno” a la consecución de su objetivo.”¹⁶.

Invariablemente, el concebir el delito y

¹⁶ Malo Camacho Gustavo, Editorial Porrúa, S.A. Edición 1998, pag.487

llevarlo a cabo, generalmente para cada uno de los participantes genera una responsabilidad por haber lesionado el bien jurídico tutelado, por el tipo penal y debido a estas circunstancias, los resultados en la participación de cada uno de las conductas, puede ser variable, aunque en relación a la acción finalista, dicha culpabilidad puede reflejar el mismo grado de peligrosidad que con lleva.

Ahora bien, otra de las circunstancias que también deben acreditar el Agente del Ministerio Público son las siguientes:

- 1.- Las cualidades del sujeto activo y pasivo
- 2.- El resultado su atribuibilidad de la acción u omisión
- 3.- El objeto material
- 4.- Los medios utilizados
- 5.- Las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión.
- 6.- Los elementos normativos
- 7.- Los elementos subjetivos específicos y
- 8.- Las demás circunstancias que la ley prevea.

En lo que es el actual Artículo 122 del ordenamiento tantas veces citado, comentare que se nota que se ha tratado de desglosar al máximo los requisitos que el ejercicio de la acción penal que lleva acabo el Agente del Ministerio Público y debe contener.

Así tenemos como los delitos cometidos por servidores públicos, por mencionar un ejemplo, deben de

contener una cierta calidad en el sujeto activo y esto a su vez una situación de calidad en el pasivo, como pudiesen ser los delitos cometidos dentro de la familia, también genera, en el pasivo esa relación de parentesco que anteriormente se conocía como el parricidio y el infanticidio.

En lo que es la acreditación señalada en el inciso b) del Artículo 122 del Código de Procedimiento Penales para el Distrito Federal, vamos a encontrar que el Agente del Ministerio Público, debe hacer una valoración de una teoría finalista y por supuesto causal, que con llevan a analizar en forma probable, frente al resultado ocasionado, debe el Agente del Ministerio Público fijar correctamente el nexo causal que liga la conducta con el resultado, a través de someter juicio del tipo, hacia el efecto producido por la conducta dicha de otra manera, que la conducta sea dada, en la realidad con los elementos del tipo y por supuesto la violación de la actividad injusta como es la infracción bien jurídico tutelado por la norma.

El objeto material y los medios utilizados, así como las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión, generan la función persecutora, desde que se lleva a cabo en Averiguación Previa, pueda quedar debidamente perfeccionada, esto es, que existan las pruebas suficientes que demuestren que la actividad conductual del sujeto probable responsable, fue la que produjo el resultado y dada esta consecuencia la infracción del injusto al bien jurídico tutelado al cual es infraccionado.

Así en un principio, podemos criticar severamente esta circunstancia en virtud de que los tiempos actuales, van a permitir que algún defensor hábil,

analizando el Artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, pueda llevar a cabo, un juicio de garantía fundamentado en el Artículo 14 Constitucional, el cual en su párrafo segundo establece lo siguiente:

“Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecido, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.”¹⁷

Entendiéndose que deberá seguirse y con las formalidades que la ley establece, si el Agente del Ministerio Público en su ponencia de consignación no razona debidamente todos y cada uno de los elementos que el Artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece simple y sencillamente no estará observando todos y cada uno de los elementos que la ley establece y por consiguiente es violante de una garantía a un probable responsable y a podido de nueva cuenta eludir la acción de la justicia.

Es indispensable observar como los errores económicos llamados de diciembre de la presente administración gubernamental han provocado total un desequilibrio social y todos sabemos que esto genero delincuencia. Así, aquellos trabajadores honestos que fueron despedidos y los que no se les permitió el ambulante, han encontrado principalmente en el robo, una posibilidad de calidad de vida, en el momento que son atrapados, puesto que ya mas o menos tienen nociones de

¹⁷ Constitucion Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Sista, 1998.

lo que puede ser simple y sencillamente no aceptan su responsabilidad y debido a la apatía del pueblo, sin conocimiento, que refleja claramente la justicia Mexicana y de las continuas fallas de administración de justicia, esa persona que determina su voluntad a delinquir, saldra libre por falta de elementos, porque la ley le exige al Agente del Ministerio Público un sin número de requisitos que debe llevar a cabo para elaborar correctamente el ejercicio de acción penal y con esto, llevar a cabo la función que el Artículo 21 Constitucional le ha encaminado y que es la persecución de los Delitos.

1.3. - DE LOS OBJETIVOS DE LA PERSECUCIÓN.

Para esta parte de nuestro trabajo es necesario adelantarnos al estudio del inciso 1.5, en donde hablaremos de la función persecutoria, ya que para establecer los objetivos de la persecución es necesario saber en que consiste la persecución.

Ocupando las palabras del autor Cesar Augusto Osorio y Nieto, vamos a decir sobre de esta función y el Agente del Ministerio Público lo siguiente: "El Artículo 21 de la Constitucional Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la atribución que debe entenderse, en el sentido de que esta referida a dos momentos procedimentales, el preprocesal y el procesal.

El preprocesal abarca precididamente la averiguación previa, constituida por la actividad investigadora del Ministerio Público tendiente a decidir sobre el ejercicio y abstención de la acción penal, el mencionado articulo 21 otorga por una parte una atribución

privativa al Ministerio Público, el monopolio de la función investigadora y por otra una garantía para los individuos, pues solo el Ministerio Público puede investigar delitos de manera que la investigación se inicie a partir del momento en que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho posiblemente delictivo a través de una denuncia, una acusación, o querrela, y tiene por finalidad optar en sólida base jurídica, por el ejercicio o abstención de la acción penal, No necesariamente ejercitar la acción penal.¹⁸

Dentro de lo que es la institución del Agente del Ministerio Público, veremos como el mismo, va a contener toda una infraestructura administrativa especializada, a través de la cual debe realizar dos funciones principales, una es la función investigadora y la otra es la función persecutoria.

Sin lugar a dudas la infraestructura y posibilidades que ofrece el Agente del Ministerio Público, dan a cada uno de los particulares, la necesaria seguridad jurídica a través de la cual encontrará en dicho Agente del Ministerio Público, esa satisfacción de sus intereses en el momento en que surge la necesidad de la persecución de los delitos.

El Agente del Ministerio Público cuenta no solamente como auxiliar directo a la policía judicial, quien depende de las ordenes del dicho Agente del Ministerio Público, si no, también tenemos como todos y cada uno de los elementos de los cuales se rodea el Agente del Ministerio Público para realizar la averiguación previa,

¹⁸ "OSORIO Y NIETO CESAR AUGUSTO: "LA AVERIGUACIÓN PREVIA" México, Editorial Porrúa, S.A. 7a Edición 1994 pág. 13 y 14.

también están a su alcance.

Así, él medico forense, los peritos en materia terrestre, en evaluación, en arquitectura, y en general todos y cada uno de los peritos con que cuenta la Procuraduría, tanto el Agente del Ministerio Público, les dan la posibilidad de lograr con el objetivo de la persecución de los delitos será inicialmente la detención del delincuente.

Esto es, que una vez que sea tenido como presente el cuerpo del delito, o bien de la integración de los elementos del tipo, esto es que a ciencia cierta el Agente del Ministerio Público, sabe que existe un delito, en ese instante, se hace indispensable pensar respecto de una cierta detención en contra de aquellas personas que son probables responsables.

Ahora bien no queremos adelantarnos al capitulo 2o., en donde hablaremos de lo que es, la detención legal, por lo que, señalaremos como objetivo principal de la persecución no solamente la integración, de los elementos del tipo, sino, más que nada la detención del probable responsable, situación de la que hablaremos con mayor exactitud en el capitulo segundo.

1.4.- DE LA FUNCIÓN INVESTIGADORA.

Como citamos anteriormente el Agente del Ministerio Público, tendría básicamente dos funciones, una que es la persecutoria, y otra que es la fase de investigación.

En lo que respecta a la función investigadora, podemos citar las palabras del autor Manuel Rivera Silva, quien sobre el particular, nos ofrece los comentarios siguientes "La actividad investigadora, entraña una labor de autentica averiguación de búsqueda constante de las pruebas que acreditan la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes en ello participan. Durante esta actividad, el órgano que la realiza trata de proveerse de las pruebas necesarias para probar la existencia de los delitos y poder estar en aptitud de comparecer ante tribunales y pedir la aplicación de la ley al caso concreto, pues es obvio que para pedir la aplicación de la ley a una situación histórica es menester dar a conocer la propia situación y, por ende previamente estar enterado de la misma".¹⁹.

Todo, lo que es el proceso de investigación, estará regido básicamente por diversos principios, como son:

- 1.- El de iniciación;
2. - De oficiosidad;
- 3.- De legalidad.

Tenemos inicialmente que el Agente del Ministerio Público, no puede llevar a cabo alguna averiguación, sino esta enterado de la misma y esta noticia la a de recibir en virtud de una querrela, de una denuncia, o de una acusación.

Entendemos por querrela, cuando se trate de delitos que se persiguen a petición de parte, una denuncia de hechos, cuando no se sabe exactamente quién es el

¹⁹ "RIVERA SILVA MANUEL": EL PROCEDIMIENTO PENAL" México, Editorial Porrúa S.A. 19 a Edición 1990, pág. 42.

probable responsable, pero se denuncian hechos que pueden constituir delitos y por ultimo la acusación la cual es una imputación directa y categóricamente hacia una persona, por la comisión de un delito.

Así pues, vamos a encontrar que el Agente del Ministerio Público, debe recibir la noticia respectiva incluso a través de un informe o de una parte de la policía, la cual esta enterada de ciertas circunstancias y le ofrece al Agente del Ministerio Público la necesidad de su intervención.

Posteriormente, su intervención debe ser forzosa, incluso en los delitos que se persiguen a petición de partes, ya que en estos, debe solicitarse la querrela necesaria a la parte que se pueda otorgar para la persecución del delito.

Y por ultimo, por lo que se refiere al principio de legalidad, en este, vamos a encontrar el contenido sistemático de su actuación en global.

Lo anterior lo manifestamos, en virtud, de que el principio de legalidad, básicamente esta vaciado en lo que es el primer párrafo del Artículo 16 Constitucional, en el que se afirma que toda autoridad, cualquiera que esta sea para poder constreñir la voluntad de los particulares, debe de guiarse por escrito, ser una autoridad correspondiente, y por supuesto fundarse y motivarse completamente su actitud.

Así tenemos como en el inciso 1.2. del primer capítulo de este trabajo, cuando hago referencia del Ministerio Público, como autoridad persecutora, decimos

que en dicha autoridad se reflejaría el poder de decisión del derecho, esto es, la propia legislación le otorga al Agente del Ministerio Público la posibilidad de decidir y por este motivo, se llenan los presupuestos de constituirse como una autoridad con poder de decisión.

Conforme a lo anterior, se tiene la necesidad, como autoridad, de cumplir y regirse bajo los principios de legalidad, los cuales establecen que debe ser situaciones contempladas en el Código Penal y conforme al Código de Procedimientos Penales y de las diversas leyes orgánicas.

Posteriormente deberá guiarse a través de escritos y por ultimo fundamentar y motivar la causa legal de su actitud.

Para comprender mejor estos dos últimos párrafos, es necesario citar las palabras del autor Ignacio Burgoa, quien sobre el particular nos comenta: "La fundamentación legal de la causa del procedimiento autoritario, consiste, en que todos los actos que originen la molestia de que habla el Artículo 16 Constitucional, deben basarse en una disposición normativa general, es decir, que ésta prevea la situación concreta para la cual sea procedente a realizar el acto de autoridad, que exista una ley que lo autorice la fundamentación legal, de todo acto autoritario, que causa al gobernado una molestia en sus bienes jurídicos a que se refiere el Artículo 16 Constitucional, no es sino una consecuencia directa del principio de legalidad, que consiste, en que las autoridades, solo pueden hacer lo que la ley les permite..."²⁰, la

²⁰ "BURGOA IGNACIO": LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES - México, Editorial Porrúa, S.A. 26a Edición 1994, pág. 602 y 604.

motivación de la causa legal del procedimiento, implica que, las circunstancias y modalidades del caso particular encuadren dentro del marco general correspondiente establecido por la ley.

A la luz de lo que es en si el principio de legalidad, veremos que la función investigadora que realiza el Agente del Ministerio Público, debe llevarla a cabo estrictamente al apego de lo establecido en la ley y las normas.

De esta manera los diversos principios constitucionales, penales y de procedimiento, estarán presentes en el momento en que el Agente del Ministerio Público, ordene llevar a cabo la investigación propia del delito, hacia lo que es en si a la Policía Judicial o a través de los peritos que le detallan circunstancias técnicas que el Agente del Ministerio Público desconoce o bien a investigaciones directas por medio de las inspecciones ministeriales que la ley permite que el Agente del Ministerio Público puede llevar a cabo.

En conclusión la función investigadora del Agente del Ministerio Público, es la de guiarse en forma estricta bajo los diversos lineamientos que la propia legislación establece.

1.5.- DE LA FUNCIÓN PERSECUTORIA

Este tipo de función, es el que más interesa a nuestro estudio, de hecho la función persecutoria, es la función más importante que realiza el Agente del Ministerio Público ya que ésta función es la que distingue a

su institución.

Razón por la cual hemos analizado lo que es en sí el concepto constitucional en que ha de basarse esa idea de la persecución del delito.

El mismo autor Manuel Rivera Silva, cuando nos explica algunas circunstancias sobre la función persecutoria, nos dice lo siguiente: " Como su nombre lo indica, consiste en perseguir los delitos o lo que es lo mismo, en buscar y reunir los elementos necesarios y hacer las gestiones pertinentes para procurar que a los autores de ellos, se le apliquen las consecuencias establecidas en la ley. De esta manera en la función persecutoria se vislumbra un contenido y una finalidad íntimamente entrelazados, el contenido, es el realizar las actividades necesarias para que el autor de un delito no evada la acción de la justicia y la finalidad, es aquella que se aplica a los delincuentes como sanciones fijadas en la ley. La función persecutoria impone dos clases de actividades, a saber.

- a).- La actividad investigadora y
- b).- El ejercicio de la acción penal."²¹

Conforme a lo citado en el párrafo anterior, necesitamos que para llevar a cabo el ejercicio de la acción penal, se requiere indispensablemente la disponibilidad de la integración de los elementos del tipo y por supuesto una cierta conexión que se refiere al nexo de causalidad entre la conducta y el resultado.

Es así, como se ha de poder llevar a cabo el

²¹ "IDEM, PAG. 41

ejercicio de la acción penal y con esto ejecutar dicha acción.

En términos generales, vamos a encontrar circunstancias que permiten que el ejercicio de la acción penal puede ejercerse rápidamente y vamos a encontrar otras causas a través de las cuales se impide o se limita dicho ejercicio.

El Agente del Ministerio Público, debe estrictamente llevar acabo su investigación penal y derivado de esta, va establecerse, el contenido de la propia acción y por supuesto la naturaleza misma de su intervención.

En el momento en que él considera que los elementos del tipo, se han integrado, entonces tendrán que requerir indispensablemente la segunda parte de los conceptos, de la persecución, como es el establecer una probable responsabilidad.

Con lo anterior el ejercicio de la acción penal, estará mas que nada sujeto a que encuentre dos circunstancias en su etapa de persecución (la integración de los elementos del tipo y la conexidad que existe entre la conducta y el resultado), así, en esta persecución de los delitos, el Agente del Ministerio Público, no solo cuenta con instituciones como la policía Judicial y Servicios Periciales, sino también cuenta con el apoyo de la propia legislación.

Carlos Oronoz Santana, nos amplia el concepto de lo que es la función persecutoria, diciendo lo siguiente: "Como su nombre lo indica consiste, en

perseguir los delitos significando con ello el hecho de buscar y de reunir todos los datos necesarios para la correcta integración de los elementos del tipo, a efecto, de que una vez reunidos, pueda dicha institución mediante un juicio lógico y jurídico, concluir que son bastantes los ahí, reunidos para presumir que se encuentra acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal en la persona en que se imputa el delito, para que pueda pedir ante el órgano jurisdiccional la aplicación de la pena correspondiente, de donde se deduce que la función persecutoria se divide en su contenido y finalidad; El primero consiste en realizar actividades necesarias para que no evada la acción de la justicia, la segunda se aplica al sujeto activo del delito la pena señalada en la ley o bien que el juzgador al dictar la resolución que corresponda, lo haga conforme a derecho.”²².

Las diversas consecuencias que acarrea la función persecutoria serán estrictamente las que la propia legislación establece, en forma principal, estará inmersa la necesidad de que el probable responsable, el sujeto activo del delito, pueda quedar detenido ante el Agente del Ministerio Público, para que éste, pueda realizar su ejercicio de la acción con detenido.

Ahora bien, cuando el Agente del Ministerio Público, lleve a cabo el ejercicio de acción sin detenido, entonces se le solicita el libramiento de la orden de aprehensión respectiva al Juez al cual se le remite la causa, a fin de que dicho juez pueda expedir dicha orden.

²² HORONAZ SANTANA CARLOS: “MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL”, México, Editorial Limusa, 3a Edición 1990, pág. 60.

Es el momento en que el juez hace un análisis respecto de la constitucionalidad en la petición de la acción penal y respecto de la petición del libramiento de la orden de aprehensión.

El Juez posteriormente considerará o no pertinente, librar dicha orden y autorizar a la policía Judicial, comandada por el Agente del Ministerio Público, para llevar a cabo la detención procedente.

En este último caso, en la actuación de la detención sin detenido, consideramos que no hay un problema grave, como lo existe en la detención flagrante o en la consignación con detenido, en donde se presupone que lleva a cabo una cierta detención.

Así como uno de los presupuestos principales de la función persecutoria, será indispensable, la de poder tener en las manos al sujeto activo del delito o bien al probable responsable.

1.6.- LA COMUNIDAD Y LOS BENEFICIOS DE LA PERSECUCIÓN

Para poder hablar de lo que es en sí el concepto de comunidad, necesitamos saber cuál es su significado, de ahí que utilizando autores que la observan desde el punto de vista sociológico, podemos decir que la comunidad es: "Es un grupo de personas de características semejantes que conforman una sociedad pero, en pequeña escala y sus intereses son comunes, amplios y coordinados; la comunidad, al igual que la sociedad se rige por intereses propios e idénticos que crean la unidad en el grupo social,

los cuales necesitan una cierta organización basada en las normas de conducta, para que dicha comunidad, pueda desarrollarse.²³

En términos generales la sociedad es todo grupo humano que tiene una relativa permanencia en el ambiente. Esto es, es todo grupo humano que ha logrado permanecer a través de todos los tiempos y que ha garantizado sistemáticamente la perpetuación biológica.

Así tenemos como el grupo social requerirá siempre para su debida organización, la estructura de la norma jurídica, la estructura de la ley y del derecho.

Esto le ha de garantizar su permanencia y por supuesto le ha de garantizar también la procreación biológica para que logre que la sociedad siga reproduciéndose.

Así pues, la idea del derecho penal y la persecución del delito va satisfacer diversos intereses que la propia sociedad trata de evaluar.

Así mismo, el autor, Cesar Augusto Osorio y Nieto, señala como la norma jurídica penal, resulta ser una cierta necesidad social, dicho autor dice lo siguiente: "El sistema normativo jurídico, busca la adecuada convivencia social y tutela del bien que representa intereses primordialmente a los sujetos; entre esos bienes existen algunos que son indispensables tanto para la vida individual, como para la colectiva y que son, en particular fundamentales para ésta última bienes cuya protección debe

²³ "PRATT FAIRCHILD HENRY:" SOCIOLOGÍA" México, Fondo de Cultura Económica 15a reimpresión, 1991 pág.53.

asegurarse en forma enérgica entre ellos podemos señalar la vida, la integridad corporal, la libertad del sentido amplio, el patrimonio, la libertad sexual y muchos otros, que como se a expresado son básicos para la supervivencia y desenvolvimiento de la comunidad; ahora bien el estado titular del poder público, utiliza como instrumento para lograr esa profesión enérgica al derecho penal, que es un orden normativo evidentemente protector de los bienes jurídicos fundamentales de los hombres y de la sociedad".²⁴

De esta forma, la comunidad obtiene diversos beneficios a través de la persecución de los delitos.

Inicialmente el legislador establece el tipo penal, que intenta proteger el bien jurídico tutelado por la norma. A esta misma norma o tipo penal, se le agrega una cierta intimidación sancionadora al establecer una pena de prisión, para el caso en que la conducta que se desplace se identifique con el tipo penal, esto es, se cree una conducta típica, antijurídica y culpable.

Esto atañe completamente a los bienes jurídicos protegidos por la ley y por supuesto, el beneficio de la sociedad.

De tal naturaleza que el Agente del Ministerio Público es considerado incluso, como un representante social, al cual atañe dicha persecución y la sociedad en su caso, se ha de beneficiar por dicha persecución en virtud de que la delincuencia encuentra un

²⁴ "OSORIO Y NIETO CESAR AUGUSTO:" "SÍNTESIS DE DERECHO PENAL" México, Editorial Trillas 3a Edición 1994, pág. 22.

sistema jurídico institucional, basado en las normas y en instituciones, como es la propia Procuraduría de Justicia, la cual es la encargada de perseguir los delitos.

Con lo anterior, la comunidad se ha de beneficiar en general con la persecución de los delitos, en virtud de que a través de esta institución del Agente del Ministerio Público, se logra la efectividad de la norma así como los tipos penales establecidos se concreticen a través de la persecución del delito, su procedimiento en juicio y la imposición de un cierta sanción que tiene como fin rehabilitar al delincuente.

Posteriormente cuando el delincuente compurga su sentencia, vuelve a la sociedad siendo supuestamente útil, claro esta que en la practica todo el sistema falla con tanta corrupción, pero lo que el derecho establece es ese sistema.

De lo anterior, tenemos como realmente la comunidad logra beneficios directos en la persecución de los delitos, ya que con esto, se puede seguir teniendo la seguridad jurídica, de su persona, su patrimonio y sus derechos no serán objeto de ataques peligrosos y que si, en un momento determinado surgen el ataque, el mismo derecho le ha de garantizar a través de una vía la jurisdicción idónea por medio del Agente del Ministerio Público, para perseguir el delito y en su caso que le sea reparado el daño ocasional.

CAPITULO II

DE LA DETENCIÓN LEGAL

Todo lo que es, la nueva calificación judicial en la detención judicial, estará basada en los diversos lineamientos específicos que a continuación vamos a exponer, de tal, naturaleza que por el momento, veremos como todo el contexto de lo que es la policía Judicial, será la institución a la cual la ley le otorga la facultad para la ejecución de las diversas ordenes de restricción de la libertad, ya que, no nada mas son de aprehensión si no también son de arresto, de comparecencia y de presentación.

Ahora vamos a analizar el marco jurídico de lo que es en sí, la detención legal.

2.1.- LA POLICÍA JUDICIAL COMO ÓRGANO EJECUTORIO.

Derivado de lo que es el Artículo 21 Constitucional vamos encontrar que la policía judicial, es el órgano encargado de llevar a cabo y ejecutar las restricciones de la libertad.

Claro esta que esta institución, esta básicamente supeditado, a lo que es la orden del Agente del Ministerio Público.

Tenemos así como el artículo 113 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece

claramente como los auxiliares del Ministerio Público, estarán abocados y facultados para llevar a cabo las investigaciones respectivas.

De igual manera, estarán también los lineamientos de las leyes orgánicas, tanto de lo que es el Agente del Ministerio Público, como la Policía Judicial, y básicamente en los Reglamentos de las leyes orgánicas.

Así tenemos como el artículo 21 de la Ley Orgánica de la Procuraduría Federal del Distrito Federal, establece claramente cual será la posición de la policía, frente al Agente del Ministerio Público.

Dicho artículo dice a la letra:

“Artículo 21.- La Policía Judicial actuara bajo la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público, en los términos del Artículo 21 Constitucional, auxiliando en la investigación de los delitos del orden común. Para ese efecto, podrá recibir denuncias y querellas sólo cuando por las urgencias del caso no sea posible la presentación directa de aquellas ante el Ministerio Público, pero deberá dar cuenta sin demora a Éste, para que acuerde lo que legalmente proceda.

Conforme a las instrucciones que se le dicten; la Policía Judicial, desarrollara las diligencias que deben practicarse durante la averiguación previa y exclusivamente para los fines de esta cumplirá las citaciones,

notificaciones y presentaciones y ejecutará las ordenes de aprehensión, cateos y otros mandamientos que emita la autoridad judicial."²⁵

De todo lo que es la estructuración que surge desde el ámbito del Artículo 21 Constitucional hasta lo que es la Ley Orgánica de la Procuraduría del Distrito Federal, vamos a encontrar como en cualquier ámbito de la administración pública, llámase el ámbito federal, local o municipal, una autoridad para que tenga autoridad, debe reunir los requisitos de legalidad que la legislación le establece.

Conforme a lo señalado en el inciso 1.2 de este trabajo, el concepto de su autoridad, en el cual decíamos y especificamos en la reglamentación respecto de lo que es en sí la autoridad, identificándola como aquella institución a la cual la legislación le otorga un cierto poder ya sea, de decisión o ya sea de ejecución.

De tal manera que toda actuación realizada por la autoridad, debe invariablemente, estar basada en todos los contextos de lo que es en sí el principio de legalidad.

Asimismo en el inciso 1.2. de este trabajo, establecimos algunas circunstancias sobre el particular, pero debido a la importancia de la privación legal de la libertad vamos retomar la idea, para poder desarrollarla complementariamente en esta parte de nuestro trabajo.

²⁵ COMPILACIÓN DE LEYES PENALES, EDITORIAL GRECA, 1997 Pág. 375.

El Artículo 16 Constitucional, en el primer párrafo establece claramente el principio de legalidad, proponiendo en forma expresa que nadie puede ser molestado en su persona, posesiones, bienes o derechos sino, mediante un juicio seguido ante las autoridades previamente establecidas, en donde por supuesto se deben de suplir los diversos fórmulas, que la ley procesal ofrece y que los jueces deben de acatar para llevar a cabo su actividad.

Pero el primer párrafo el Artículo 14 Constitucional va establecer mas concretamente a que cualquier acto de autoridad debe invariablemente de llevarse a cabo a través de la forma escrita y consecuencia de ésta, estar debidamente fundada y además motivada.

Estos dos últimos conceptos, son realmente de gran transcendencia, en virtud de que son, la base del contexto del principio de legalidad, por tal razón, vamos a citar las palabras del autor Ignacio Burgoa, quien en el momento en que nos habla respecto de la fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento, considera el siguiente:

“La fundamentación legal de la causa del procedimiento autoritario, consiste en que los actos que originen la molestia de que habla el Artículo 16 Constitucional, deban de basarse en una disposición normativa general es decir, que ésta prevea la situación concreta para la cual sea procedente a realización del acto de autoridad, que exista una ley que lo autorice. La fundamentación legal, de todo acto autoritario que cauce el gobernado, una molestia a los bienes jurídicos a que hace referencia el Artículo 16 Constitucional, no es sino una consecuencia directa del principio de legalidad, que

consiste en que las autoridades solo pueden hacer lo que la ley les permite, la motivación legal de la causa, indica que las circunstancias y modalidades del caso se encuadren dentro del marco general correspondiente establecido por la ley.”²⁶

Lo anterior va a reflejar totalmente cual será el límite y el alcance de la actuación de la Policía Judicial, dicho de otra manera, que en materia de detenciones, lo que a continuación vamos a expresar será ese principio de legalidad sobre el cual el Agente del Ministerio Público debe de actuar y no puede salirse de éste.

Así la policía judicial como órgano ejecutor de la detención legal, en principio deberá ser considerada como una autoridad, en los términos que expusimos en el inciso 1.2 de este trabajo, con poder de ejecución.

Como consecuencia de ser autoridad la ejecutora, invariablemente deberá ceñirse a los lineamientos que la legislación positiva le establece para que pueda ejecutar sus actos, haciéndolo en forma escrita fundamentando y motivando la causa legal de su acto, dicha forma escrita, es la que, el Agente del Ministerio Público, debe de elegir e iniciar a través de las diversas ordenes que se le dan a la policía judicial, para que esta autoridad ejecutora, se aboque, ya sea a la investigación o a la detención de una persona.

Salvo la flagrancia de delitos que continuación vamos a estudiar, en ningún, otro caso,

²⁶ “BURGOA IGNACIO: LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES” :México, Porrúa, S.A. 26a Edición 1994 pág. 602 y 604.

encontramos la posibilidad de que la policía judicial, pueda actuar sin ordenes escritas sobre alguna persona en particular, claro esta que en la practica todo puede suceder, pero lo que la Ley y el Derecho establecen, serán motivos del siguiente estudio.

2.2.- FORMAS

Hemos tratado de desglosar las diversas formas a través de las cuales aparece la posibilidad de llevar a cabo la detención legal.

Las hemos agrupado en las siguientes:

- 1.- La flagrancia;
- 2.- La flagrancia equiparada;
- 3.- Ordenes de detención en caso urgentes.
- 4.- Ordenes de aprehensión;
- 5.- Ordenes de arresto;
- 6.- Ordenes de comparecencia y presentación.

Vamos a analizar cada una de estas circunstancias para poder tener una visión panorámica de las mismas.

2.2.1.- LA FLAGRANCIA.

La flagrancia, es una de las formas a través de las cuales la policía judicial y cualquier persona pueden actuar sin la necesidad de que exista alguna orden de aprehensión.

De tal forma que el concepto de flagrancia, será la actitud realice la delincuencia en un momento determinado.

Para reafirmar el término antes citado tomamos en cuenta las palabras del autor Raúl Goldstein, quien sobre el particular opina; "Calidad de flagrante, es decir, de lo que sé esta cometiendo actualmente tratándose de delito será este nombre a aquel que se descubre en el momento mismo de su realización o apenas terminada su ejecución, sin que haya podido huir su actor". El mismo concepto para el autor Escriche lo señala de la siguiente manera, "Es preciso que se haya consumado públicamente y que su autor, haya sido por visto por muchos". La flagrancia para Carrara, "Es un criterio de división de los delitos se distinguía en flagrante y flagrantes, según que el agente fueses descubierto o no, en el momento de la perpetración".

En otras épocas tenía gran importancia su determinación en el caso concreto, ya que si el delito era flagrante, se sometía a su actor a un procedimiento especial sumarisimo, que no ofrecía las mínimas garantías, por considerarse que su culpabilidad era evidente. Si se trata de un delito continuado a la flagrancia cuando se sorprenda al delincuente en el momento de cometer él ultimo hecho delictuoso de la serie en que aquel consiste.²⁷

Las circunstancias son claras y en el caso en que nos ocupa, la flagrancia a venido desarrollándose debido al tiempo y a la época y si coincide en el sentido de que la flagrancia, se da, cuando se detiene al infractor en el

²⁷ "GOLDSTEIN RAÚL" DICCIONARIO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA; BUENOS AIRES ARGENTINA EDITORIAL ASTREA, 4 EDICIÓN 1993, PAG. 357.

momento en que esta perpetrando en el delito

Claro está, que en virtud del desarrollo sistemático que se ha dado a la flagrancia en la actualidad, encontramos incluso la actual flagrancia equiparada de la que hablaremos en el siguiente inciso. Por el momento, podemos citar el contexto del Artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, quien en su primer párrafo, establece la idea de lo que es la flagrancia estableciendo: "Se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo o bien cuando el inculpado es perseguido materialmente y inmediatamente después de ejecutado el delito".²⁸

Este Artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, fue reformado el 13 de mayo de 1996 (publicación en el Diario Oficial de la Federación) y ahora se divide la idea de la flagrancia en dos, una que podríamos llamar la flagrancia simple y otra la flagrancia equiparada.

De ésta manera, sobre la primera, al establecer claramente que el momento de estar perpetrado el delito es el momento de la flagrancia, en ese momento no se adquiere ningún orden escrita para llevar a cabo la detención.

Por otro lado, se establece que la flagrancia simple también sucede cuando el sujeto es perseguido materialmente y además materialmente después de haber ejecutado el delito, esto quiere decir, que la flagrancia

²⁸ "LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL " México, Editorial Sista 1997, Pag. 128.

simple terminara en el momento en que el delincuente logra la fuga.

De tal naturaleza que estos son los instantes de flagrancia simple y que según el cuarto párrafo del Artículo 16 Constitucional, en caso de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniendo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y esta con la misma prontitud a la del Ministerio Público.

Tenemos inmediatamente como la idea constitucional, permitirá a las personas en general y más aun a la Policía Judicial, para llevar a cabo la detención de una persona, pero con el requisito indispensable de que sea puesto a disposición de la autoridad correspondiente, en el caso del Distrito Federal ante el Agente del Ministerio Público.

Nos referimos al caso del Distrito Federal, debido a que en la provincia es donde es un poco difícil encontrar Agencias del Ministerio Público, debido a la extensión territorial, puede suceder un delito en una ranchería y la Constitución le permite a cada una de las personas el detener a la persona y ponerla a disposición de la primera autoridad de lugar que bien puede ser el comisariato ejidal o alguna entidad semejantes y éste, a su vez, tendrá la obligación, de ponerlo inmediatamente disposición del primer Agente del Ministerio Público de la localidad o la que le corresponda, dependiendo de las circunscripción.

Claro esta, que si en un momento determinado se detiene a la persona cometiendo el delito o bien es perseguido y detenido y no logra la huida, se da

perfectamente bien la flagrancia de delito simple y es válida la detención, pero si, en un momento dado, la detención se lleva a cabo y se oculta a la persona detenida en un hotel o una cárcel particular, entonces ahí es cuando empieza una privación de libertad en forma ilegal y un abuso de su autoridad, en caso de ser una autoridad la que realiza dicha detención.

Incumpliendo con esto la obligación en flagrancia de delito, de ponerlo a disposición de la autoridad correspondiente lo más prontamente posible.

2.2.1.1.- LA FLAGRANCIA EQUIPARADA

Como citamos en la reforma publicada al Artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal” en el Diario Oficial de la Federación del 13 de mayo de 1996, se estableció una reforma a los conceptos de flagrancia, para quedar la flagrancia equiparada, de la siguiente manera;

“Se equiparara la existencia de delito flagrante, 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 o instrumento o producto del 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 clasificado por la ley no haya transcurrido un plazo de 72 horas, después desde el momento de la comisión de hechos delictivos, se hubiera iniciado la averiguación respectiva, y no se hubiese interrumpió la persecución del delito.”²⁹

²⁹ “Legislación Penal Procesal”, Obcit. Pág. 128. Artículo 267 del Código de Procedimientos

Vamos a proceder a desglosar los elementos de la flagrancia equiparada.

En primer lugar hay situaciones de hecho las cuales se reflejan de la siguiente forma:

- 1.- Cuando el responsable sea señalado por las siguientes personas.
 - a) Por la víctima
 - b) Por algún testigo presencial de los hechos;
 - c) Por alguien que hubiera participado con el, en el, delito;
- 2.- Se le encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito,
- 3.- Aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito.

Estas son las circunstancias que de hecho deben de existir, de tal forma que la redacción del segundo párrafo del Artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, fija correctamente, el término "o", esto quiere decir que puede ser alternativa la circunstancia, esto es o es una cosa o es la otra pero siempre debe fijarse cual de los hechos pueden ser, hay que notar que no dice la redacción "y" que significa una ilación una conjugación lo que estaría sugiriéndonos que tendría que cumplirse las dos circunstancias diferentes.

De esta manera o bien puede ser una o bien puede ser la otra.

Ahora bien, no basta que se susciten estas circunstancias ya que la segunda parte del segundo párrafo del Artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece algunas condiciones, ya que dice "siempre y cuando", esto nos hace pensar que bien pueden ser las circunstancias dichas, pero cumpliendo las siguientes condiciones:

- 1.- Se trate de delito grave, así clasificando por la ley.
- 2.- No haya transcurrido un plazo de 72 horas, desde el momento de la comisión de los hechos delictivos.
- 3.- Si hubiera iniciado la averiguación previa respectiva, y
- 4.- No se hubiese interrumpido la persecución del delito.

Nótese como en el 2o. Párrafo del Artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su segunda parte se establece al final la preposición "y", esto significa una ilación que significa una conjugación, es decir debe tratarse conjuntamente todos y cada uno de estos requisitos, no pueden subsistir aislados de tal naturaleza que no importa que se trate de delito grave sino, sea abierta la averiguación previa, simple y sencillamente no se puede actuar en una detención

flagrante.

Por otro lado, si se trata de delito grave y es abierta la averiguación, no se puede actuar, si ya son las 73 horas desde el momento en su perpetuo el delito o bien, si se trata del delito grave y estamos dentro de las 72 horas e incluso se abrió la averiguación previa, pero se interrumpió la persecución del delito por alguna circunstancia pues simple y sencillamente ya no se puede actuar en lo que es la flagrancia equiparada.

Así, tenemos como estas tres condiciones deben de darse aforiori, para que subsista legalmente la llamada flagrancia equiparada.

2.2.2.- ORDENES

Como citamos al inicio de la exposición, existen autoridades ordenadoras y autoridades ejecutoras.

Tenemos, que la Policía Judicial, esta dentro de las autoridades ejecutoras, de tal naturaleza que encontraremos como autoridades ordenadoras tanto al juez judicial, como el propio Agente del Ministerio Público, vamos ahora a pesar a observar, como las nuevas disposiciones permiten diversas ordenes que tanto el Agente del Ministerio Público, como el juez pueden llevar a cabo para realizar la detención flagrante.

2.2.2.1.- DETENCIÓN EN CASO URGENTE

Las circunstancias actuales que permiten al Agente del Ministerio Público llevar a cabo o realizar la

orden de detención, están identificadas en el párrafo quinto del Artículo 16 Constitucional, estableciendo lo siguiente:

“Solo en esos urgentes cuando se trate de delito grave así clasificado por la ley, y ante el riesgo fundado de que él indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancias, el Ministerio Público podrá bajo su responsabilidad ordenar su detención fundado y expresando los indicios que motiven su proceder.”³⁰

El “caso urgente” es una de las modalidades actuales que han surgido con las nuevas reformas al igual de lo que es el delito grave, de tal manera que para que el Agente del Ministerio Público pueda ordenar una detención desde lo que es la Averiguación previa, se requiere inmediatamente de que exista en primer lugar:

- 1.- El caso urgente;
- 2.- Se trate de delitos graves;
- 3.- Exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia y.
- 4.- Que por la razón de la hora, no pueda ocurrir ante la autoridad judicial, para pedir la orden de aprehensión respectiva.

Ahora bien, el decretar una orden de detención de la averiguación previa, hace responsable al Agente del Ministerio Público, desde el punto de vista penal, de tal naturaleza que es importante observar como

³⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, México, Editorial Sista 1997, pág. 6.

sobreviene todos y cada uno de estos términos, por ejemplo, el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece la forma en que habrá caso urgente, dicho artículo en la parte medular que nos interesa establece:

“Artículo 268.- Habrá caso urgente cuando Ocurran las siguientes circunstancias.

- I.- Se trate de delito grave así clasificado por la ley;
- II.- Exista riesgo fundado del que el indiciado puede sustraerse la acción de la justicia.
- III.- El Ministerio Público no puede ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora lugar u otra circunstancia.

Existirá el riesgo fundado a que se refiere la segunda fracción segunda anterior, en atención a las circunstancias personales del inculpado, a sus antecedentes penales, a sus posibilidades de ocultarse hacer sorprendido al tratar de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviera conociendo del hecho, o en general, a cualquier indicio que haga presumir fundadamente que pueda sustraerse a la acción de la justicia.

El Ministerio Público ordenara, en caso urgente, por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados a las fracciones anteriores, salvo que el individuo se encuentre en presencia del Ministerio Público, las demás detenciones serán ejecutadas por la policía judicial la que deberá sin dilación alguna

poner al detenido a disposiciones del Ministerio Público.”.

El artículo 268 del Código de Procedimientos Penales al Distrito Federal, esclarece varios puntos necesarios para considerar el caso urgente.

Inicialmente tenemos que se deba de tratar de un delito grave, así clasificado por la Ley y el propio Artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su último párrafo hace un listado de los diversos delitos graves que la Ley considera y sobre los cuales inicialmente se podrá llevar a cabo una cierta detención en caso urgente.

Por otro lado y lo que nos parece más importante, es que exista el riesgo fundado de que el indiciado o el probable responsable, pudiese sustraerse a la acción de la justicia.

Sin lugar a dudas una de los problemas graves que tiene el derecho procesal penal, es la detención del inculpado, situación a todas luces que se trata de lograr permitiendo este tipo de ordenes.

Así el agente del Ministerio Público, al alzar su acta debe de tener la evidencia en la mano, debe de contar con indicios y pruebas suficientes que le permitan suponer que el inculpado puede sustraerse a la acción de la justicia.

Y por último, que por razón de la hora, no

³¹ "LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL Obcit pág. 128

pueda llevar a cabo su consignación, presentarla ante el Juez correspondiente, solicitándole inmediatamente gire su orden de aprehensión.

Estos son los lineamientos legales para que el Agente el Ministerio Público, pueda detener a una persona sin que exista la flagrancia de delito simple o bien equiparada.

2.2.2.2.- APREHENSIÓN

Todo lo que es la orden de aprehensión estará inmersa directamente a lo que es en si la orden del Juez y esto presupone necesariamente una consignación o el ejercicio de la acción penal sin detenido, solicitando se gire la orden de aprehensión respectiva.

Para poder entender correctamente estas circunstancias, vamos a citar las palabras del autor José González Bustamante, quien sobre la orden de aprehensión dice: "Aprehensión del latín prehensia, es la acción que consiste en coger, prender o asegurar. Por eso hemos indicado que por aprehensión entendemos el acto material que ejecuta la policía encargada de cumplir los mandamientos judiciales y que consisten asegurar o aprender a una persona poniéndola bajo custodia con fines preventivos, conforme lo amerite la naturaleza del proceso, la aprehensión consistiera en la acción de aprehenderse de una persona, de asegurarla para prevenir su fuga."³²

Derivado de lo que es el Artículo 16

³² "GONZÁLEZ BUSTAMANTE JUAN JOSÉ"; "PRINCIPIO DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO, México, Editorial Porrúa S.A. 8 Edición 1991, págs. 113 y 114.

Constitucional, ninguna orden de aprehensión podrá girarse sino mediante una denuncia, querrela o acusación. Que esta acusación deba de ser digna de fé y que sea puesta a disposición del Agente del Ministerio Público con pruebas suficientes para acreditar los elementos del tipo.

Así vamos encontrando como las circunstancias generales establecidas por la propia legislación, van colocándonos en diversos periodos por medio de los cuales, la propia ley establece leyes, requisitos y reglas para poder llevar a cabo la detención respectiva.

Este es el sistema procesal y la actividad jurisdiccional que debe ejercer desde el punto de vista penal.

Dicho de otra manera, que todo lo que es la actividad jurisdiccional, estará básicamente sometida a lo que la legislación establece y de alguna manera la propia legislación, le otorga un cierto poder para que dicha jurisdicción pueda darse en una forma legalizada.

De tal manera, que en la orden de aprehensión deben existir los elementos de la fundamentación y motivación de los que hablábamos en el principio de legalidad, ya que, no basta que el juez, establezca el artículo o del tipo de infracción del agente activo del delito, sino, que se requiere más que nada, que motive también su actitud, esto es que establezca su orden de aprehensión, que en virtud de que los hechos consignados por el Agente del Ministerio Público se presume su probable responsabilidad en los ilícitos que los tipos penales establecen.

Como consecuencia de lo anterior encontramos, como también la orden de aprehensión debe de cumplir sus propios requisitos y no nada más el Agente del Ministerio Público, tiene responsabilidades y esta sujeto a la ley, el juez penal también lo esta y por supuesto la policía judicial.

2.2.2.3.- ARRESTO

Antes de seguir adelante con algunas ideas sobre el arresto, es necesario fijar la función jurisdiccional de tipo penal, que se va fijando alrededor de toda legislación procesal penal, de tal forma, que es importante conocer algunas circunstancias de tipo doctrinal de esta actividad jurisdiccional.

Con respecto a lo anterior, vamos a citar las palabras del autor Carlos Oronoz Santana, quien en lo particular nos comenta

“El órgano que realiza la actividad jurisdiccional debe de ser único, entendiendo como tal, que solo a él, el estado a conferido la facultad de decir o decidir el derecho, de donde se deriva que sus actos tengan fuerza ejecutiva pero también debe poseer:

- a).- Un deber;
- b).- Un derecho;
- c).- Un poder;

Por cuanto hacer, el deber, es pertinente indicar que, no queda a discreción de órgano, decir o no, el derecho pues tiene la obligación en cada caso que sea sometido a su consideración para darle solución,

declarando a un en aquellos en que se encuentra permitidos por el derecho, es decir en los casos en que el sujeto activo es protegido por una excluyente de responsabilidad posee un segundo elemento referido al derecho que tiene que aplicar la ley al caso concreto, lo cual tiene fundamento en nuestro sistema jurídico y lo instituido en el numeral 21 constitucional.”³³

Derivado de esa función jurisdiccional, vamos, en este momento a encontrar algunas u otras circunstancias de lo que es la orden de arresto, ya que, estas pueden ser liberadas por cualquier órgano de tipo jurisdiccional.

Dicho de otra manera, la orden de arresto puede ser tomada desde dos ángulos principalmente, como una sanción por la infracción a un reglamento administrativo, y por otro lado, como una sanción disciplinaria a través de la cual el juez logra cumplir sus determinaciones.

Así en ninguno de los dos casos, la orden de arresto debe de sobrepasar de las 36 horas esto en virtud de que el Artículo 21 Constitucional, en su segunda parte señala “Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y policías, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por 36 horas; pero si, el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutara está por arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de 36 horas.”³⁴

³³ ORONOS SANTANA CARLOS: “MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL”, México, Editorial Limusa, 3a reimpresión 1990, pág. 45.

³⁴ “CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, OBCIT PÁG. 9

Todo lo que es la autoridad administrativa, como por ejemplo el juez cívico, en el reglamento de justicia cívica, tiene posibilidades de sanción a través del arresto, de tal naturaleza que este arresto, no puede variar de 36 horas, además tiene diversas reglas dentro de su propio procedimiento, como es la posibilidad de que se pueda oír en su defensa a la persona que ha de arrestarse.

Por otro lado, como una medida disciplinaria, vamos a encontrar el arresto, como ese efecto o medida por medio de la cual la autoridad jurisdiccional, en este caso, puede llevar a cabo o bien puede cumplir validamente sus determinaciones.

Un caso específico es el que plantea el Artículo 33 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal e incluso los propios lineamientos del Artículo 33 del el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en los que encontramos la disposición de que los jueces, para hacer cumplir sus determinaciones pueden emplear cualquiera de las medidas de apremio que la ley les permite.

Entre estos estará:

- 1.- La multa;
- 2.- El auxilio de la fuerza pública;
- 3.- El cateo por orden de escrita;
- 4.- El arresto hasta por 36 horas;

Si analizamos también la legislación federal, laboral, la ley de amparo, y las diversas

legislaciones procesales, veremos como el derecho le permite básicamente al órgano jurisdiccional, la posibilidad de emitir un cierto arresto, como medida disciplinaria, como una medida de coacción, como una medida de poder, que va allegada a su actividad jurisdiccional.

2.2.2.4.- COMPARECENCIA Y PRESENTACIÓN

Las ordenes de presentación, se dan ante lo que es la averiguación previa, o bien, se pueden dar en un procedimiento jurisdiccional, esto es, que cualquiera puede solicitar el auxilio de la fuerza pública, como medida de apremio o como medida disciplinaria, también puede llevarse a cabo, con ese efecto, solicitar la comparecencia de una persona.

Si la orden la gira el Agente Ministerio Público será considerada como de presentación y si la gira el juez, llamase penal o civil o el juez correspondiente, entonces tomará el nombre de comparecencia.

Con lo anterior, vamos encontrando como la legislación, va otorgando diversas formas a través de las cuales, se logra que la ley pueda concretizarse.

A través de estas disposiciones disciplinarias, se logra la efectividad adjetiva del derecho, esto, es se logra concretizar el derecho.

Con lo anterior vamos encontrando como las ideas y las circunstancias de todo lo que es el procedimiento, deben de estar inmersas a la necesidad de la ley, a la forma en la que la ley establece el reglamento por medio del cual el derecho puede ejecutarse.

El autor Raúl Avendaño López, en el momento en que habla de lo que es la detención y la comparecencia, nos observa una diferencia entre estas conceptos al decir: "En general la idea de detención va constituir que toda la ciudadanía puede detener a los infractores flagrantes, pero con la obligación de ponerlos inmediatamente a disposición del Agente del Ministerio Público. Por otro lado por lo que se refiere a la orden de comparecencia, esta también presupone iniciando el ejercicio de la acción penal, esto quiere decir que será el Agente del Ministerio Público quien solicite en los casos en que la penalidad del delito, sea puramente económica y cuando la misma la ley establezca una punibilidad alternativa entre la privación de la libertad y la pena pecuniaria."³⁵

En primer lugar, para que exista la orden de comparecencia, como lo dice el autor citado, requiera de haberse establecido el ejercicio de acción penal y además debe de haberse tratado de un delito que no amerite la privación de la libertad, esto es, que el tipo penal señale una pena pecuniaria o bien señale una pena alternativa, querrá decir que el juez penal podrá emitir una orden de aprehensión y establecerá la comparecencia, situación que es parte de marco legal sobre el cual se guía la ley.

Ahora bien en cuanto a los efectos de la presentación ante el Agente del Ministerio Público o bien, la comparecencia ante el órgano jurisdiccional, el efecto no es que quede detenida la persona y su detención se

³⁵ "AVENDANO LÓPEZ RAÚL EDUARDO: "REGLAS JURÍDICAS DE LAS DETENCIONES DE LA POLICÍA JUDICIAL", México, Editorial Pac. 3a edición 1996 pág. 47.

prolongue en cuanto al tiempo, sino, que simple y sencillamente se presente ante el juez o ante el Agente del Ministerio Público, ya sea para rendir una declaración o para presentar las pruebas que tenga en su poder o cualquier otra alegación que haya surgido durante el proceso.

2.3.- LOS EFECTOS PROCESALES DE LA DETENCIÓN

Como señalamos al principio de este trabajo, una de las circunstancias especiales para el proceso penal en general será, que tenga al probable responsable, en una forma subyurice.

Dicho de otra manera que no tiene caso ninguna acción, sino se tiene al probable responsable detenido.

Así uno de los efectos principales, es la restricción de la libertad en una forma preventiva, inicialmente a fin de someterse aun procedimiento.

Sobre de esta particular, el autor Guillermo Colín Sánchez, nos comenta lo siguiente: " Frente a estos derechos y obligaciones el sujeto, a que nos estamos refiriendo, resulta afectado en un aspecto de mayor trascendencia, en algunas de restricciones de su libertad personal, estas restricciones tienen un doble aspecto como necesidad procesal y como sanción. Respecto de la primera, atendiendo a la naturaleza y fines del proceso penal, las leyes que lo regulan imponen la necesidad de restringir la libertad personal porque, si no fuera así, resultaría imposible asegurar la presencia del supuesto autor del ilícito penal ante el órgano jurisdiccional y en

consecuencia, el proceso quedaría paralizado al dictarse el auto del inicio de radicación o cabeza de proceso. Por otro parte es indispensable el aseguramiento que han delinquido, para que con esta medida ha de hospiciar la tranquilidad necesaria a quien ha sufrido la violación o a quienes se han enterado de la comisión del delito”³⁶.

Además, sino, sé adoptara quizá se estuvieran los vestigios, que hubiese fijado el ilícito penal.

“Sin la presencia del indicado ante el órgano jurisdiccional, el carácter acusatorio del proceso quedaría desvirtuado, ya que los actos del Ministerio Público habrían llegado a darse hasta el ejercicio de la acción penal en estas condiciones no seguirían llevándose a cabo durante el proceso.”³⁷.

En términos generales, podrá llevarse a cabo la averiguación previa sin tener detenido, puede iniciarse la averiguación previa sin necesidad de que exista el detenido. Lo anterior que en virtud, de que la averiguación previa, es una etapa preprocesal, es una etapa de investigación, es una etapa en la cual el órgano Agente del Ministerio Público, lleva a cabo y prepara el ejercicio de la acción penal o bien la investigación para abstenerse de él.

Ya en él capítulo anterior hablamos de los integrantes de la averiguación previa, de la función persecutoria y de la función investigadora.

³⁶ “COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO: “DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, México, Porrúa S.A. 13a edición 1992 pág. 174 y 175.

³⁷ “COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO: “DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, México, Porrúa S.A. 13a edición 1992 pág. 174 y 175.

Razón por la cual no se requerirá tener en ese momento al probable responsable detenido, sino, que basta con investigar que los elementos del tipo se están dando y probarlos en la realidad, esto es, que existan los elementos del tipo y que están presentes, o bien, tengan una materialización concreta y además demostrada a través de la prueba.

Por otro lado, una vez que el Agente del Ministerio Público considera una probable responsabilidad, entonces llegara el momento de accionar y puesto que la ley no le permite ya llevar a cabo una detención, puesto que la flagrancia desaparece y la flagrancia equiparada también así como la detención en caso urgente, entonces necesariamente tiene ejercitar la acción penal, para solicitarle al Juez que libre su orden de aprehensión.

Así el efecto principal de lo que es la detención, será que el sujeto se encuentre sujurice, esto es bajo la jurisdicción penal, listo para ser enjuiciado.

Lo anterior, independientemente de que solicite su arraigo, su libertad provisional, su libertad sin caución, o bien, quede amparado, de todos modos implica que el sujeto se somete a la jurisdicción y al imperio del derecho representando por el Agente del Ministerio Público o bien, por el Juez Penal.

De esta forma, da inicio el procedimiento penal, en virtud de que dicho indiciado, tiene el derecho de ser oído y eventualmente vencido en juicio, de tal forma que el hecho de llevar un juicio sin la presencia del indicado, pues simple y sencillamente quedaría nulificado

por la falta y carencia de audiencia a su favor.

Así tenemos como el cuadro general de la detención general, esta ofrecido y los efectos de la detención serán procedentes para el fin y efecto de que el probable responsable responda a los cargos que se le hacen en su contra.

2.4.- DIFERENCIAS ENTRE LA PRESENTACIÓN Y DETENCIÓN.

Encontraremos que a través de las formas por las cuales se ha de proceder a la detención legal, vamos a encontrar que existe diferencias bastantes radicales en cuanto que es la detención y la presentación.

De hecho pudiésemos hacer una distinción clara entre dos grupos de forma de detención legal, que seria los que restringe la libertad personal y otros los que la restringe la libertad personal temporalmente.

Tenemos que la aprehensión, la detención, y el arresto van estar encaminado a llevar a cabo una restricción de la libertad corporal por un determinado tiempo, situación distinta que reflejan las ordenes de comparecencia y detención principalmente, en las que solamente se requiere la presentación de la persona requerida, sin la necesidad de restringirle su libertad, si no solo para presentarlo, declarar ante el juez y luego volver a obtener su libertad.

Así las diferencias extremadamente notorias y radicales, básicamente en los efectos de la propia orden, en unas se ordena la restricción de la libertad de la

persona, y en otras se ordenara una restricción, totalmente, temporalmente y pasajera, para el efecto de presentarse ante la autoridad que lo requiera.

Claro esta, que todas estas ordenes necesariamente tienen la semejanzas de partir del principio de legalidad, esto es, que tienen que partir de una autoridad correspondiente, una autoridad que la ley le otorga las facultades de decisión o ejecución, para decidir o ejecutar el derecho y por otro lado, dicha autoridad debe llevar a cabo su actividad en forma escrita, fundando y motivando la causa legal de su procedimiento.

Todas éstas órdenes que restringen la libertad personal, la restringe temporalmente, todas y cada una de estas deben necesariamente de respetar el principio de legalidad, de estar fundadas y motivada, los efectos que se buscan al sujetar a una persona al procedimiento o restringirle su libertad.

Como ejemplo tenemos el contenido del Artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el que establece que el Agente de Ministerio Público, al otorgarle la libertad provisional debe hacer saber, al probable responsable, el hecho de que esta sujeto aun procedimiento, por lo tanto tiene las obligaciones de estar presente cuantas veces sea necesario ante la autoridad correspondiente, de hecho, tiene cuando menos de firmar en presencia una vez a la semana.

Cuando el Agente del Ministerio Público, prosigue su consignación, el juez al tomar la causa, debe de solicitar la presencia del probable responsable, esto en virtud de que esta gozando de una libertad provisional,

aunque se encuentre “subjurice”; esto quiere decir que esta sujeto a un procedimiento.

De ahí que la orden que en ese momento pueda emitir el Juez, solamente es de presentación, siendo que la misma tiene que reunir, necesariamente todos y cada uno de los requisitos de cualquier orden de presentación, como lo establecemos en el inciso 2.2.2.4 del presente trabajo y que se refiere a que se emita por autoridad correspondiente, como es el caso del Juez penal, hacerlo por escrito y por supuesto que este fundado y motivado, en virtud de que estos son los presupuestos del principio de legalidad que deben reunir para que, su orden pueda encontrar su efectos legales en la practica.

De ahí, que la orden de presentación a que se refiere el Artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es un caso típico y clásico de cualquier orden, en la que solamente se le requiere a la persona para presentarse ante la autoridad y seguir gozando de la libertad, aunque en el caso que plantea el Artículo 271 antes citado, esta es la libertad provisional y por supuesto sujeta a procedimiento.

CAPITULO III

EL MARCO JURÍDICO DE LA REFORMA DEL PÁRRAFO SEXTO DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.

Estamos llegando a una parte bastante importante de nuestro estudio en la que se observara las diversas fórmulas contenidas en la nueva legislación constitucional, la cual es derivada de las reformas hechas a la propia Constitución, tanto de 1993 como las publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 3 de julio de 1996.

Vamos a analizar cual es la nueva tónica establecida al juez penal para que éste, todavía tenga la facultad de revisar todo lo hecho por el Agente del Ministerio Público cuando lleva a cabo una consignación con detenido.

3.1.- EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL Y SEXTO PÁRRAFO

El artículo 16 constitucional, actualmente reformado en su sexto párrafo, establece lo siguiente:

“En casos de urgencia o flagrancia el Juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad en las reservas de ley³⁸”.

³⁸ “CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS” México, Editorial Sista 1997. Pag. 6

Solo son dos casos en los que el Juez, puede validamente puede llevar a cabo un análisis de la detención y estos se refieren a los casos de urgencia de los cuales ya observamos sus procedimientos en el inciso 2.2.2.1., al hablar sobre de la detención en caso de urgente y por otro lado, ya también establecimos los lineamientos de la flagrancia en el capítulo segundo, específicamente en el inciso 2.2.1.

Así tenemos que cuando por razón de la hora el Agente del Ministerio Público, no pueda ocurrir ante el juez penal, se trate de un delito grave y haya una sospecha fundada de que el acusado puede sustraerse de la acción de la justicia, bajo estos tres rubros se podrá librar por parte del Agente del Ministerio Público una cierta orden de detención.

Ahora bien esta orden, deberá ser revisada completamente por el propio juez en virtud de las disposiciones constitucionales, que por estar contenidas en nuestra carta magna, ahora se debe de tomar en cuenta como garantías individuales en materia penal.

Por otro lado, podemos observar que en caso de la detención flagrante también existirá una formula adecuada, para que se pueda llevara acabo la protección sistemática de ese tipo garantía individual.

Con lo anterior, tenemos que la nueva reforma al Artículo 16 Constitucional genera una posibilidad más para el propio culpable responsable y esto es el hecho de que el juez en forma oficiosa, tenga que llevar a cabo un examen en la actuación del Agente del Ministerio Público, en relación con la detención de la

persona que es puesta a disposición.

La pregunta que en este momento nos nace, es establecer, ¿Cuál es el tipo de garantía individual que nos otorga el actual 6° párrafo del Artículo 16 Constitucional?.

Para poder tener ideas para responder esta pregunta, vamos a citar las palabras del autor Alberto del Castillo del Valle, quien sobre el particular nos comenta, "Esta clasificación atiende específicamente al conjunto de bienes jurídicos o derechos que es titular todo gobernando y se divide en garantías de libertad, de igualdad, de propiedad así como garantías de seguridad jurídicas. Dependiendo cuál sea el derecho tutelado por una garantía, ésta integrara alguna de esas clases, por lo que se debe de estudiar el contenido del derecho del hombre tutelado constitucionalmente, y así se tendrá garantías en cada una de esas clasificaciones de acuerdo con el siguiente cuadro genérico:

"Garantías de libertad; son aquellas en que se le permite hacer algo o todo el gobernado, optando éste entre dos o más posibilidades, la que más le convenga a sus intereses."

Así tenemos que hay libertad ocupacional, libertad de expresión de pensamientos, en forma oral o escrita, el derecho de petición libertad de reunión y asociación, libertad de portar y poseer armas, libertad de tránsito y libertad religiosa.

"Garantías de igualdad, estas garantías consisten en el derecho que tienen todos los gobernados ser considerados en forma idéntica entre todos, ello frente a la

ley.”.

“Garantías de propiedad, son las que vienen a proteger y salvaguardar este derecho real frente al estado asegurándose así el ejercicio de los derechos que se desprende de la propiedad.”.

“Garantías de seguridad jurídica, estas garantías implican que el gobernado no podrá ser afectado en su esfera jurídica por el estado y sus autoridades en forma arbitraria sino que estos, deben desarrollar determinadas conductas previstas en la constitución para poder afectarlo o alterarlo en su cumulo de derechos.”³⁹.

Derivado de lo anterior, por el autor arriba citado, vamos a encontrar que la propia garantía puede dividirse clasificándola por la naturaleza que las disposiciones que la ley contiene, para otorgarle al ciudadano, ya no derechos sino de garantías de seguridad, que podrá hacer valer ante los tribunales o ante el juez para que sus derechos mínimos sean respetados.

De ahí que la disposición quedo contenida en sexto párrafo del Artículo 16 Constitucional, genera una garantía de protección a la libertad individual de los hombres, garantizada ahora desde el punto de vista constitucional.

3.2.- CONSECUENCIAS DE LA DETENCIÓN SEGÚN EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL.

Una vez que una persona es detenida, el

³⁹ “CASTILLO DEL VALLE ALBERTO”, “GARANTIAS INDIVIDUALES Y AMPARO EN MATERIA PENAL” México, Editorial Duero, la reimpresión 1992 pág. 24.

Juez tendrá cierto tiempo fijado por la constitución, para poder determinar su situación jurídica.

Estas determinaciones inician con el contenido del Artículo 19 Constitucional, el cual a la letra señala lo siguiente:

ARTÍCULO 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder de 72 horas, a partir de que indiciado sea puesto a 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 imputen al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo señalado deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el termino y si no reciben la constancia necesaria mencionada dentro de las tres horas siguientes podrán al inculpado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de Formal prisión o de sujeción al proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que sea cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda Decretarse la acumulación, si fuera conducente.

Todo maltrato en la aprehensión o en

*las prisiones toda molestia que se infiera con motivo legal toda gabela o contribución en las cárceles son abusos que serán corregidos por la ley y reprimidos por las autoridades.*⁴⁰

Una vez que es puesto a disposición el sujeto detenido ante la autoridad judicial, es indispensable establecer un auto de término constitucional, esto es, se tiene que resolver prontamente su situación jurídica estableciéndose una cierta resolución a través de la cual se puede formalizar su detención o bien se le puede otorgar la libertad con las reservas de ley.

Como consecuencia de lo anterior, vamos a encontrar que una de las consecuencias inmediatas de la detención según el Artículo 19 Constitucional será inicialmente la radicación del asunto en el tribunal, la declaración preparatoria que se le tome al indiciado y la resolución que deba de otorgarse dentro del término de las 72 horas o bien término podría ampliarse a petición del mismo indiciado, dependiendo de que este tenga o no alguna probanza que ofrecer durante ese periodo de la espera entre lo que es la puesta a disposición de la declaración preparatoria y la emisión del auto de término Constitucional.

Así tenemos, como esta posibilidad de duplicar el término, surge más que nada de las circunstancias que el Artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece, permitiéndose tal duplicación, cuando tenga pruebas de desahogar.

⁴⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS "Obcit, pag 7 y 8.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Pero en términos generales el objetivo directo de esta etapa y una de las consecuencias principales, es que el juez dicte una resolución para formalizar la prisión, o bien, establecer la libertad por falta de elementos para procesar.

Ahora bien es indispensable tener noción de estas dos concepciones por lo que, vamos a citar las palabras del autor Borja Osorno, quien sobre lo que es el auto de formal prisión, nos comenta lo siguiente:

“Se pueda definir como la resolución judicial interlocutoria fundado, en la que imputándose provisionalmente, a determinada persona o personas un hecho punible, se la sujeta directamente y con bienes bastantes si los tiene, al resultado definitivo que dicte el tribunal juzgador, el procesamiento consiste en la declaración judicial, que haciendo mérito de las circunstancias reunidas en los primeros momentos de la investigación sumarial, acepta provisionalmente la imputación ante la posibilidad de que aquel contra quien va dirigida sea penalmente responsable del delito que se investigue. La formal prisión, requiere que los antecedentes que arroje la investigación sean suficientes para no para ser posible la responsabilidad en el inculpado, entendiéndose por tal la calidad de poder ser, de ser factible, si no que sean suficientes para ser la probable, entendiéndose por tal la calidad no solamente de ser factible, si no que sea verosímil o que se pueda probar, que es lexicológicamente significa el adjetivo probable empleado por la constitución en su Artículo 19.”⁴¹

⁴¹ “BORJA OSORNO GUILLERMO: “ DERECHO PROCESAL PENAL”, México, Puebla Editorial Cajica Jr. 3a. Edición 1989, pág. 201.

Una de las primeras críticas que debemos comentar en este momento, corre en el sentido de que el juez todavía contara con 72 horas, para poder resolver la situación del detenido.

La hipótesis que hemos planteado inicialmente corre con relación al hecho de que dentro de estas 72 horas, también se puede llevar a cabo el análisis respecto si la detención resulta legal o no resulta ser legal.

De hecho, consideramos que si la detención no es legal, de todos modos se le otorga al juez no la posibilidad de libertad al probable responsable, sino más que nada la facultad de retenerlo, esto, es la facultad de analizar, si hubo fallas en la detención, estableciéndose la responsabilidad administrativa, civil y penal para quienes la tengan, pero si en la averiguación previa surgen indicios suficientes para considerar la probable responsabilidad del probable responsable, pues entonces, darle la facultad al juez para retenerlo.

El hecho de que en el párrafo sexto del Artículo 16 Constitucional le permite al juez decretar la libertad con reservas de ley, esto, básicamente es otra de las resoluciones que tiene el propio juez y que debe de expresar después de las 72 horas en que ha de ser analizado el expediente.

Dicho de otra manera, el juez, en el plazo Constitucional va revisar el expediente, con la finalidad de llevar acabo, ya sea la formal prisión o bien la libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley.

Esto quiere decir, que la ley se reserva su derecho para seguir accionando, lo cual significa que el Agente del Ministerio Público con nuevas probanzas, puede repetir su acción penal en contra del probable responsable, ya que no se analizó a fondo el estudio de la misma.

3.3.- LA DETENCIÓN Y SU CLASIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 286 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito federal, establece lo siguiente:

"286-Bis.- Cuando aparezca de la averiguación previa que exista denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previos que en su caso exijan la ley y que se han acreditado los elementos del tipo y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercitara la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda.

El juzgado ante el cual se ejercite la acción penal, radicara de inmediato el asunto. Sin más tramite le abrirá el expediente en el que se resolverá lo que legalmente corresponda y practicara, sin demora alguna, todas las diligencias que resulten procedentes.

Si la consignación es con detenido deberá inmediatamente ratificar la detención, si ésta fuera Constitucional; en caso contrario decretará la libertad con las reservas de ley.

Si durante el plazo de 3 días, contados a partir del en que se haya hecho la consignación sin detenido, el juez no dicta auto de radicación en el asunto, el Ministerio Público podrá recurrir en queja ante la sala penal del tribunal superior que corresponda.

El juez ordenara o negara la aprehensión, reaprehensión o comparecencia solicitada por el Ministerio Público dentro de los 5 días contados a partir de la fecha en que se haya acordado la ratificación.

Tratándose de consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada, inmediatamente debe radicarse el asunto, y dentro de las 24 horas siguientes la autoridad resolverá sobre pedimento de la orden de aprehensión. Si el Juez no resuelve oportunamente sobre estos puntos, el Ministerio Público proceda en términos previsto en el párrafo anterior."⁴²

No encontramos en este momento una fuerza motivadora, que le otorgue la facultad al juez para declarar una libertad con reservas de ley, lo anterior, consecuencia de haber realizado la detención ilegalmente.

Es indispensable afirmar que con este artículo se deja de observar una de las circunstancias principales que requiere en la persecución del delito, es en sí, el tener al detenido en poder de la autoridad.

La atribución de la función jurisdiccional no tiene como objetivo en convertirse en un juez de amparo y proteger las garantías de libertad del indiciado, sino, ésta

⁴² "LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL", México, Editorial Sista 1997 pág. 133.

como una jurisdicción en la persecución de los delitos.

Para tener un concepto más sólido respecto del párrafo anterior, vamos a citar las palabras de Fernando Arcilla Bas, quien sobre la definición y atributos de la jurisdicción penal establece lo siguiente:

“Etimológicamente, la palabra jurisdicción deriva del latín “jusbisere” y significa tanto como decir o declarar el derecho. La penal puede definir diciendo de ella que la facultad del estado, ejercida a través de los órganos señalados por la ley para declarar si un hecho es o no delito y actualizar respecto de la persona que lo haya ejecutado la conminación penal establecida en la ley. La jurisdicción penal es esencialmente declarativa y tiene por objeto imponer al gobernado el deber jurídico de soportar la pena.

La facultad jurisdiccional que desdobra en lo siguiente: Conocimiento del conflicto, obligación de las partes en el conflicto, la coersibilidad o la fuerza para el cumplimiento de las decisiones, la decisión del conflicto y por ultimo la ejecución de las decisiones. Sin embargo a la relación penal, la excutio en compartida con la administración a quien compete la ejecución de penas.”⁴³.

Como consecuencia de lo establecido por el autor antes citado, encontramos claramente que la jurisdicción penal se limita a grandes rasgos, a decir o a decidir, el derecho controvertido entre las partes.

⁴³ ARILLA BAS FERNANDO: “ EL PROCEDIMIENTO PENAL EN México”. México, Editorial Gratos, 13a edición 1991 pág. 33.

El cual genera inicialmente la posibilidad concreta de la entidad penal para que este se aboque al análisis y estudio de la persecución del delito.

Pero es indispensable, que en esta función jurisdiccional penal, se limite a decidir el derecho que las partes le expresen y que, de alguna manera no sobrepasen a las partes jurisdiccionales otorgadas, convirtiéndose incluso en un protector de los derechos humanos y peor todavía, en una entidad jurisdiccional con poder y de manera oficiosa para liberar al probable responsable, solo porque la detención "pudo" haber sido ilegal.

Sin duda estas no son circunstancias que se otorgan como facultades para la función jurisdiccional de tipo penal, sino que debe limitarse más que nada, como lo concluimos anteriormente, a decir y a decidir el derecho controvertido entre las partes.

3.4.- REGLAS EN LA CONSIGNACIÓN CON DETENIDO.

La consignación es una de las resoluciones del Agente del Ministerio Público, que puede tomar una vez, que se ha agotado la averiguación previa.

Así tenemos que de las fórmulas que la ley establece para llevar a cabo la detención legal, como es el caso de la flagrancia de delito o la detención en caso de urgente, planteada en el 6 párrafo del Artículo 16 Constitucional, de estas dos condiciones, encontramos como de las mismas, se ha de fijar una cierta resolución, la cual será emitida por dicho Agente del Ministerio Público a través de la cual excita al órgano jurisdiccional, para que este lleve a cabo su investigación sobre los delitos que se

consignan.

Ahora bien respecto de esta conclusión, la idea de la consignación, la expresa el autor Cesar Augusto Osorio y Nieto, en las siguientes palabras:

*"La consignación es el acto del Ministerio Público, de realización normalmente ordinaria, que se efectúa una vez integrada la investigación, en virtud, del cual se inicia el ejercicio de la acción penal poniendo a disposición del Juez, todo lo actuado en la mencionada averiguación, así, como las personas y cosas relacionadas con la averiguación previa, en su caso. Los fundamentos de la consignación de tipo constitucional, parten de los Artículos 16 y 21 Constitucional y de los postulados del Artículo 2o, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Para que proceda la consignación, se requiere que la averiguación previa se haya practicado todas y cada una de las diligencias necesarias para integrar los elementos del tipo y la probable responsabilidad, ya sea, al nivel de agencia Investigadora o de mesa de tramite, esto es, que en la averiguación con relación a cada tipo específico, se agote la indagatoria de manera que existan los suficientes elementos y probanzas que sitúen al Ministerio Público, en aptitud de integrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del probable responsable."*⁴⁴.

La ponencia de consignación, es el escrito a través del cual, el Agente del Ministerio Público le ha de ofrecer el juez penal todos y cada unos de los elementos

⁴⁴ OSORIO Y NIETO CESAR AUGUSTO: "LA AVERIGUACIÓN PREVIA " México, Editorial Porrúa S.A. 7a. Edición 1994, pág. 44 y 45.

que han regido de su indagatoria previa.

Poniéndose todos a disposición de la autoridad correspondiente, junto con las diversas personas detenidas, que en un momento determinado se hayan hecho.

De ahí, que el juez en el momento en que tiene la noticia de que se le a consignado o puesto a su disposición, una averiguación previa con detenido, entonces inmediatamente debe de establecer un auto llamado radicación.

Este auto, en voz del autor Carlos Oronoz Santana, consiste en lo siguiente:

“Una vez, que el juzgador toma conocimiento de la consignación éste, dicta su primer resolución, misma que se conoce como auto de inicio, de incoación o de radicación, y que en esencia contiene el sellamiento de que el juzgado a recibido el expediente indicándose en dicha determinación el día y la hora en se recibió, lo que reviste vital importancia en el proceso, toda vez que en ese momento el juzgador tiene 48 horas para tomar su declaración preparatoria al indiciado y cuenta con 24 horas más para resolver la situación de la persona o personas puestas a su disposición, siendo las suma de las ya famosas 72 horas, que aparecen y hacen referencia el Artículo 19 Constitucional.”⁴⁵.

Las circunstancias básicas sobre las formas a través de las cuales la ley va otorgando y separadamente

⁴⁵ “ORONoz SANTANA CARLOS”: “MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL” México, Editorial Limusa, la reimpresión 1990, pág. 78.

las esferas jurídicas de las facultades entre el Ministerio Público y el poder judicial, son verdaderamente estrictas y deben de llevarse a cabo a la letra, tal y como lo establece el párrafo 3o del Artículo 14 Constitucional, el cual reza lo siguiente: "En los juicios del orden criminal quedan prohibidos, imponer por simple analogía y aun por mayoría de la razón pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."⁴⁶.

Esta regla que es básica de todo contenido del derecho penal, dará por resultado que los lineamientos que la ley fija, se han de identificar con las esferas que la ley misma separa.

Consecuencia de lo anterior concluyo que no es lógico pensar que el juez penal, que tiene la facultad de recibir la consignación y de llevar a cabo diversas diligencias para establecer legalmente la situación jurídica del detenido, tenga que revisar si dicha consignación cumple con los lineamientos establecidos por el propio Artículo 16 Constitucional. Esto es, en el sentido que sea una averiguación previa abierta, a través de una denuncia, querrela o acusación, acompañada de datos que la hagan verosímil, además de que el Agente del Ministerio Público, deba de fundamentar y motivar correctamente, para que su acto de autoridad tenga la trascendencia jurídica que la ley le otorga.

Como consecuencia de lo anterior, la facultad que le otorga la Ley de decidir el derecho al juez, éste se convierte en un revisor de las actividades del Agente del Ministerio Público, situación que trasciende en los

⁴⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

principios de las esferas jurídicas y facultades que la ley previene.

Como consecuencia de lo anterior, vamos a encontrar que éste sexto párrafo del Artículo 16 Constitucional sé esta otorgando un exceso de facultades en lo que es la función jurisdiccional y logrando con esto, un perjuicio a la persecución del delito

Con lo anterior se da la posibilidad de abrir la puerta al juez, para que con el pretexto de que la detención fue ilegal, pueda corromperse y libera a la persona de la cual definitivamente tenga pruebas en su contra y que hagan presumible su responsabilidad en el delito que el Agente Ministerio Público le imputa.

De tal forma, es conveniente comentar el contenido de este párrafo sexto del Artículo 16 Constitucional, no para darle la facultad al juez de liberarlo sino, de que espere al estudio que se hace en lo que es el otorgamiento de una resolución de plazo constitucional que puede ser formal prisión o puede ser libertad por faltas de elementos para procesar, el caso de que la detención pueda ser considerada como ilegal.

Logrando así, uno de los objetivos más especiales en la persecución del delito, el cual es la captura de delincuente y su sujeción al procedimiento.

De lo contrario, con la nueva disposición constitucional, sé esta otorgando una garantía individual al delincuente para poder corromper al juez y este a su vez, puede liberar rápidamente al probable responsable el cual ha sido demasiado difícil detenerlo, para que el juez, con un

acuerdo escrito lo pueda liberar.

CAPITULO IV

CRITICAS A LA FALTA DE EFICACIA EN LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA DETENCIÓN.

Realmente no es muy eficaz él otorgarle este tipo facultades al Juez, por lo que vamos a demostrar a continuación, ya que en virtud de que los jueces se atreven a estar liberando a las personas, en el auto de termino constitucional, estableciéndoles la libertad por falta de elementos, para que todavía se le diga al juez, que revise la detención ya sea, por flagrancia o en caso de urgente, puede hacer negocio y liberar el detenido con una simple acuerdo a través del cual decreta su libertad.

No estamos de acuerdo con esa disposición realmente ya que ésta, no es en si la eficacia que busca el derecho, lo cual vamos a fundamentar en este ultimo capitulo bajo los siguientes conceptos:

4.1.- EN QUE CONSISTE LA EFICACIA.

En general todas las normas son eficientes y son eficaces.

Son eficientes, en cuanto estén estructuradas gramaticalmente y logran determinar una cierta conducta, que el derecho considera como delito para proteger un bien jurídico y que la sociedad quiere proteger.

Así encontramos que la eficacia, básicamente esta centrada en la posibilidad de lograr la eficacia de la ley, esto es, que la eficacia esta inmersa en lo

que es en sí, concretizar la norma válida.

La autora Leticia Bonifaz Alfonso, en su obra nos ofrece una explicación sobre el concepto de eficacia, al respecto, nos da los siguientes comentarios:

“Comenzando por el significado gramatical del tema, encontramos que Eficacia significa: Virtud, actividad, fuerza y poder para obrar; o también; Eficaz quiere decir activo, fervoroso, poderoso para obrar, que logra hacer efectivo un intento o propósito. En el lenguaje ordinario eficaz se usa como sinónimo de efectivo, éste último término hace referencia a la producción de ciertos efectos, por otra parte en los diccionarios jurídicos, se ve que significados de términos relacionados con el concepto eficaz, es bastante cercano al común, así que, Eficaz significa: lo propio, adecuado, efectivo para un fin eficazmente con eficacia, según los efectos normales de las causas determinadas, con virtud para el fin propuesto, conforme con el resultado apetecido, eficacia, capacidad y actitud para obtener determinado efecto, obtención expedita o económica de una finalidad y eficiente adecuado para surtir el efecto o lograr el propósito perseguido.

En el terreno general y de la filosofía del derecho los autores han intentado fijar los términos del concepto eficaz. En algunos casos estas definiciones son estipulativas y en otros existe la pretensión de establecer un concepto con validez general, se dice que por norma efectiva se entiende aquella que existe, que ha sido dada y no a caído en desuso, siendo aplicado a los tribunales; luego se establece que si con eficacia se requiere eludir al hecho de una regla de derecho, que exige cierta conducta,

es más frecuente obedecida que desobedecida."⁴⁷.

La eficacia de las normas consiste en la posibilidad de que la norma eficiente pueda hacerse concreta en una momento determinado.

Esto es, que la descripción armónica de la norma pueda realizar la protección a las personas, en una manera eficaz, en una forma a través, de la cual se lleve a cabo con mayor precisión la protección sistemática de la actividad que la norma trata de proteger.

Así tenemos que la eficacia, más que nada consiste en la posibilidad concreta de la norma eficiente.

El autor Hans Kelsen nos define la eficacia como:

"El acatamiento, con el ajuste de la conducta real, de los individuos a las normas jurídicas, queriéndose decir con ello que los hombres, se comportan en forma tal y de acuerdo con las normas jurídicas deben comportarse con su obediencia. También e identifica con su aplicación cuando se dice que el derecho resulte eficaz, si es aplicado por el órgano es decir, que si este ejecute la sanción, aun cuando la eficacia del derecho consiste primordialmente en su aplicación por el órgano que corresponda, secundariamente significa que los particulares le presente su obediencia. En el sentido propio de la palabra un orden que estatuye premios o penas, suele ser eficaz cuando la conducta condicionante de la sanción es producida casualmente por el deseo del premio, y su

⁴⁷ BONIFAZ ALFONSO LETICIA: "EL PROBLEMA DE LA EFICACIA EN EL DERECHO", México, Editorial Porrúa S.A. la Edición 1993 pág. 5

contrario por el temor de la pena; se habla también de orden eficaz, cuando el comportamiento humano corresponde a grandes trazos y en términos generales a ese orden sin atender cuales hayan sido los motivos que fueron su causa."⁴⁸.

La norma presenta su eficacia, en el momento mismo en que se puede hacer efectiva la misma, esto es, que no importa que la norma este preciosamente redactada, sino lo que importa, es lo que puede ser valedera en el mundo exterior, en el mundo concreto, que la norma pueda lograr su propia concentración.

De tal manera, que los diversos lineamientos que se van estableciendo, respecto de lo que es, la eficacia, se referirán exclusivamente a la forma determinada a través de la cual la norma se realiza y se concretiza.

Así tenemos, como en el caso que nos ocupa, que es el sexto párrafo del Artículo 16 Constitucional y por supuesto el contenido del párrafo tercero Artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, como tantas normas redactadas eficientemente, pero no logra la eficacia que todo el derecho penal presupone.

Lo anterior, en virtud de que ya en el capítulo primero de este trabajo, especialmente en el inicio de los puntos 1.3. y 1.6., veíamos que una de las circunstancias más especiales y específicas de toda la persecución del delito, es en sí, el atrapar o tener

⁴⁸ "KELSEN HANS: " "TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO", México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, pág. 25.

aprehendido al delincuente.

Sin duda, este es el punto principal sobre el cual debe fijarse la eficacia de la función jurisdiccional.

De ahí, que en un momento determinado se le permita al Juez poder decretar una libertad, en el caso que considere que la detención haya sido ilegal, pues esto simple y sencillamente es bastante criticado, con relación a la eficacia de la norma por varias razones;

1.- El juez penal, tiene como función jurisdiccional, como lo mencionamos en el capítulo anterior, el de decir y decidir el derecho entre las partes, y derivado del Artículo 21 Constitucional, el imponer las penas respectivas.

2.- El hecho de que el juez, tenga que revisar si la detención fue legal o no, lo que lo convierte en un defensor de oficio, pero no cualquier defensor de oficio, sino, un defensor de oficio de tipo de amparo.

3.- Y nos referimos “de tipo de amparo”, en virtud de que esta inmerso en el Artículo 16 Constitucional, es decir, significa una garantía de tipo constitucional y podemos decir que hay una gran cantidad de garantías que son violadas a diario por la propia autoridad, como para que en este momento, en el que el índice de delincuencia y la inseguridad social es tan alto, para que todavía se ponga a fijar y darle la facultad al juez para liberar a una persona que costo mucho trabajo aprehenderla, solo porque hubo fallas en técnicas en su detención.

4.- Lo anterior, convierte al juez no

solamente en parte en el asunto, sino también lo convierte en un juez de amparo, en el que podemos observar su facultad para vigilar que las garantías individuales deban de estar cumplidas.

5.- No es eficaz la norma, ya que en la practica, dada la alta corrupción que existe, el crimen organizado y de acuerdo con los altos índices de criminalidad y demás circunstancias que en la actualidad vivimos, así como el gran poder económico que puede corromper a cualquiera y dando así una detención que podría tener una alegre falla técnica, la cual puede ser utilizada por el juez penal, para liberar al reo o al probable responsable y con esto hacer que el propio poder Judicial facilite la atracción y la evasión a la justicia, cosa que no es su función, sino, al contrario, se requiere la intervención del acusado, para que el procedimiento pueda seguir su marcha.

Consideramos que estas razonamientos están inmersos en las nuevas reformas y que no dan la eficacia que el legislador trato de encontrar al establecer las diversas fórmulas que tratan de fincar y en un momento determinado el aprovechamiento de estas facultades dadas al juez, solo serán obtenidas por los presuntos responsables.

Es muy importante subrayar, que esta nueva posibilidad del juez, en calificar la detención flagrante o en caso de urgencia, le van a permitir al órgano judicial, también convertirse en un supervisor de la acción de la policía judicial y de la acción del propio Agente del Ministerio Público, situaciones todas estas que definitivamente no son objetivos directos que contiene la legislación tanto constitucional, como penal y mucho menos

la orgánica.

De ahí, que las esferas jurídicas orgánicas, deben de atender invariablemente a sus propias facultades, sin rebasarlas, sin darle las posibilidades de libertad a una persona, que es probable responsable y que por fallas técnicas en la detención, pueda estar en la calle de nueva cuenta.

Es muy difícil el llevar a cabo la detención de una persona para que el juez la libere con el solo acuerdo.

4.2. - LA DETENCIÓN COMO UNO DE LOS PRINCIPALES OBJETIVOS DE LA PERSECUCIÓN DEL DELITO.

A lo largo de todo lo que ha sido el presente trabajo de tesis, hemos podido observar como en lo que es el contenido de la persecución del delito, una de las circunstancias principales no solamente para que se pueda llevar a cabo, tal persecución, sino para que también pueda abrirse y sancionarse a una persona, uno de los requisitos principales sin lugar a dudas, es el de la detención de una persona.

De tal naturaleza que la idea de la detención, es en si, la forma más eficaz y concreta a través de la cual se muestra al derecho penal como aquel perseguidor de las conductas delictuosas.

Como consecuencia de lo anterior, es necesario decir, la detención es sin duda un presupuesto

Ya que si bien es cierto, se puede seguir o se puede llevar a cabo la averiguación previa sin detenido, también es cierto que el juez no podrá iniciar el procedimiento, hasta en tanto tenga al inculpado o al probable responsable a su disposición, y esto únicamente se logra a través de la detención del mismo o bien, por una presentación voluntaria.

Pero el caso que nos ocupa es la aprehensión del probable responsable, para que el procedimiento penal, pueda seguir adelante.

Ahora, bien el autor Julio Acero, en el momento en que nos habla sobre estas circunstancias, nos ofrece la explicación siguiente:

“La autoridad judicial solo debe dictar orden de aprehensión cuando se reúnen los siguientes requisitos:

- 1.- Que exista una denuncia o querrela;*
- 2.- Que la denuncia o querrela se realice y se refieran a un delito sancionado con pena corporal;*
- 3.- Que la denuncia o querrela este apoyada por declaración bajo protesta de persona digna de fé, o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado;*
- 4.- Que la pida el Ministerio Público no exige la constitución como lo hace para la formal prisión, que este ya comprobado en autos el cuerpo del delito, porque si se fueran a esperar esas actuaciones para poder verificar una captura, que de ordinario urge verificar tan luego como se*

comete la infracción, no habría diligencias correspondientes resultando después, ilusoria la orden para capturarlo que se expidiera."⁴⁹.

El Agente del Ministerio Público, puede iniciar su averiguación previa en forma, cuando no tiene detenido ya que esa parte preprocesal, le incumbe más que nada la demostración del llamado cuerpo del delito, actualmente tecnificado con la integración de los elementos del tipo.

Razón por la cual el Agente del Ministerio Público debe preocuparse por buscar las pruebas necesarias y además idóneas, para que se demuestren los elementos del tipo.

Conforme a lo anterior, necesariamente se deben establecer en la averiguación previa, dos circunstancias, la primera el demostrar los elementos del tipo y la segunda demostrar la probable responsabilidad. Con esto, el Agente del Ministerio Público tiene las bases para poder ejercitar la acción penal, solicitándole al juez penal, libre orden de aprehensión.

El autor Julio Acero, como nos señalo párrafos anteriores, nos hace referencia a que encontramos una situación de alguna manera ilusoria, ya que, el probable responsable, ha tenido el tiempo suficiente para poder plantear alguna defensa o establecer alguna coartada a su favor.

De ahí concluimos que la parte medular de la persecución del delito es la detención de delincuente, ya

⁴⁹ "ACERO JULIO: " PROCEDIMIENTO PENAL" México Puebla, Editorial José M. Cajica Jr 10 edición 1988 pág. 130.

que, sin esta, simple y sencillamente el procedimiento penal no puede llevarse a cabo ante el juez.

4.3.- RESPONSABILIDAD EN LA DETENCIÓN ILEGAL.

Como una consecuencia de que la autoridad no respete los principios de legalidad, van a surgir diversas responsabilidades en lo que es detención ilegal, por lo que podemos englobar este tipo de responsabilidades tanto desde el punto de vista administrativo, como civil e incluso penal.

Tenemos como, desde un enfoque de tipo administrativo, la policía judicial al ser considerada como una autoridad, debe indispensablemente de respetar todos y cada uno de los principios que el principio de legalidad establece, esto es, debe inmediatamente respetar todo lo que la ley le ordena, bajo los términos específicos que la ley misma establece.

De lo anterior, la propia legislación de responsabilidades de los servidores públicos va a englobar este principio de legalidad, para ser la formula principal a través de la cual, el funcionario público debe de guiar su actitud frente a los particulares.

Nuestra legislación de responsabilidades de servidores públicos, contempla en el Artículo 47 lo siguiente:

“Artículo 47.- Todo servidor público tendrá, las obligaciones para salvaguardar la legalidad, honradez,

lealtad y eficiencia que deben de ser observados en el desempeño desempeño, cargo o comisión, y cuyo cumplimiento dará lugar al procedimiento y a las sanciones que correspondan, sin perjuicio de sus derechos laborales así como de las normas específicas que al respecto rijan en el servicio de las fuerzas armadas.

I.- Cumplir con la máxima diligencia en servicio que desea el encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause de la suspensión o deficiencia de dicho servicio indebido de un empleo, cargo o comisión.⁵⁰.

La ley de responsabilidades de funcionarios establece que la policía judicial, debe respetar el principio de legalidad, esto es, debe llevar a cabo su operación en los términos que especificamos en el capítulo 2º, que la autoridad debe de cumplir con los formularios establecidos por él Artículo 16 Constitucional y los demás relativos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal o según la jurisdicción en donde se haya de producir la detención.

Ahora bien, por lo que respeta a la responsabilidad civil todos y cada uno de los funcionarios públicos, tienen una cierta responsabilidad frente al gobierno del estado, de tal forma, que esta responsabilidad les va acarrear a todos y cada uno de los burócratas la necesidad de que los mismos, deban de cumplir invariablemente todos los lineamientos

⁵⁰ "LEGISLACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL", México, Edición Delma 1997, pág. 448.

establecidos de la ley.

Tenemos como el Artículo 1927 del Código Civil para el Distrito Federal, establece lo siguiente:

“Artículo 1927.- El estado tiene obligación de responder del pago de daños y perjuicios causados por servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos y subsidiaria en los demás casos en los que solo podrá hacerse efectivos encontrar del estado cuando el servicio público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes, para responder por los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos.”⁵¹

Como resultado y consecuencia establecida, será una cierta responsabilidad civil que obligara al policía judicial, al pago de los daños y perjuicios ocasionados con su negligencia, de tal manera que dicho por policía judicial, deberá responder por dicha negligencia.

Por último, vamos a llevar a cabo el análisis desde el punto de vista penal.

Como consecuencia de una privación ilegal de la libertad, o bien cualquiera de los delitos cometidos por las autoridades como bien puede ser el abuso de autoridad.

En términos generales tenemos como

⁵¹ “CÓDIGO DE CIVIL” MÉXICO, EDITORIAL SISTA 1997, PÁG. 139.

resultado una responsabilidad directa de tipo penal, de tipo civil y de tipo administrativa para aquella policía judicial que no cumpla con el principio de legalidad el cual sé esta obligado a cumplir, en virtud de la detención que se produce, y que debe de llevarse a cabo bajo las reglas establecidas por la propia legislación.

4.4.- LA POSIBILIDAD DE RETENCIÓN HASTA DICTAR EL AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL

En el momento en que una persona es puesta a disposición del Juez Penal, el cual tendrá la obligación de llevar a cabo la primera diligencia, la cabeza del procedimiento como es la declaración preparatoria.

De lo anterior, esta declaración preparatoria significa la respuesta a los cargos hechos por el Agente del Ministerio Público, en forma categórica y directa hacia una persona la cual ha ejercitado acción penal.

Así, una vez que ha tomado la declaración preparatoria, se tendrán 72 horas, en el momento en que el detenido es puesto a disposición, para dictar un auto de término constitucional, establecido básicamente en el Artículo 19 Constitucional.

De esta forma, se resuelve inicialmente la situación jurídica del detenido y a través de esta circunstancia, se ha de establecer y especificar cuales serán los lineamientos de su acusación.

Incluso la nueva legislación con las reformas, ahora permiten, que el propio detenido o acusado,

pueda llevar a cabo cierta defensa y si es el caso de que ese término de las 72 horas no son suficientes, se puedan duplicar al doble, para darle oportunidad a dicha persona para que esta pueda defenderse.

Las circunstancias específicas, están a la vista, y de alguna manera, estas mismas se han de identificar con todos y cada uno de los elementos que rodean al contexto de la persecución del delito.

Durante la etapa en que se pone a disposición el detenido ante el juez, antes de que dicte el auto de término constitucional, ya sea formal prisión o libertad por falta de elementos para procesar, el sujeto se encuentra "subjurice", esto es, sujeto y bajo la potestad del propio juez.

Esto significa cuando el detenido se encuentra a disposición del juez, y que éste a su vez ha de determinar su situación jurídica, lo retenga y formalice provisionalmente su detención hasta en tanto dicte su auto de término constitucional.

4.5.- LA FACULTAD DE REVISIÓN A, LABOR REALIZADA POR EL MINISTERIO PUBLICO POR LA AUTORIDAD JUDICIAL.

Como consecuencia de lo anterior, vamos a criticar como el sexto párrafo del Artículo 16 Constitucional, le otorga la facultad al juez de liberar inmediatamente a una persona sobre la cual no sé ha cumplido el principio de legalidad.

Hasta este momento, hubiera querido

Constitucional hasta el último momento de transcribirlo:

"En casos de urgencia o flagrancia, el juez, que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente de ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley."⁵²

Inicialmente, es muy parco el sexto párrafo reformado y da mucho a la interpretación, que puede hacerse, así tenemos que son dos los casos en que el juez, debe calificar la detención en el caso de urgencia o bien en el caso de flagrancia.

Claro está que ya habíamos hablado en el capítulo 2º sobre lo que constituirá el caso de flagrancia de delito y en lo que se refiere al caso urgente, también habíamos hablado del mismo en el inciso 2.2.2.1.

Por lo que, en este momento ya podemos manejarlos.

El caso de urgencia, se da exclusivamente cuando se trata de delito grave, por razón de la hora no se puede ocurrir ante el poder judicial y existan datos suficientes que hagan presumir fundadamente que el procesado puede llegar a sustraerse de la acción de la justicia.

Así tenemos, como estas dos circunstancias nos van a dar una mayor y mejor expectativa que

⁵² "CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS", México, Editorial Sista 1997, pág. 6.

definitivamente, nos colocara en una posición de entendimiento más propicia para nuestro estudio.

Este 6o, párrafo del Artículo 16 Constitucional, se ha de relacionar con el contenido del párrafo 3° del Artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mismo que ya analizamos en el inciso 3.3. del presente trabajo.

En términos generales es indispensable señalar que desde un punto de vista amplio y general, con esta facultad de revisión que se le esta otorgando al juez penal, se otorga una cierta posibilidad de trascendencia, para que este vigile el derecho o determine la libertad o bien, vigile todo lo que es en sí, la legalidad en la detención.

Se le están dando facultades al juez para otorgar la inmediata libertad de una persona, situación que es bastante criticable a la luz del estudio que hemos realizado, ya que se ha establecido claramente que uno de los principales objetivos de la persecución del delito, es la detención del probable responsable y si se le otorga al juez la posibilidad de liberarlo, por una falla técnica en los casos de urgencia y de flagrancia, entonces, esto estará dándole al juez una posibilidad más de corrupción, ya que, bajo este pretexto el propio juez, podrá llevar a cabo la declaración de libertad del probable responsable, y con esto, liberarlo inmediatamente y facilitarle la huida.

El propio Artículo 286 bis en su tercer párrafo, establece que cuando la consignación es con detenido, deberá ser inmediatamente ratificada la detención, si esta fue constitucional, en caso contrario, tendrá que

decretar la libertad con las reservas de ley.

Esto definitivamente es criticable ya que, en primer término, se consigue uno de los objetivos principales de la persecución del delito, como es, en sí, la detención del delincuente, y por otro lado, se vence otro de los principios claves del derecho, al otorgarle facultades extraordinarias al juez penal, para que éste en una forma oficiosa, deba de procurar el principio de legalidad, siendo en sí materia de amparo, cuando éste recae sobre situaciones de garantía constitucional como las establece el párrafo tercero del artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ya que en este, se dice que si fuera constitucional la detención no tendría problemas, pero en caso contrario, tendrá que decretar su inmediata libertad

Vamos a encontrar que de por sí, los principios sobre los cuales se rige la petición de amparó, la cual es totalmente autónoma y que procede solamente a instancia de agravio de garantía individual y que protegerá a aquella persona que a solicitado el amparo y no a otra más.

Por lo anterior concluimos que el juicio de amparo llega a constituir el propio control de legalidad de la constitución y en el momento en que se vulneran garantías individuales, estas deben de ser reclamadas bajo el principio de iniciativa o instancia de parte, es decir debe ser solicitada la protección de la justicia de la unión a instancia de parte y solamente que la afectada lo solicite, misma que será favorable la resolución de amparo.

El autor Ignacio Burgoa, cuando nos habla

de este principio, comenta la siguiente, *"El principio de iniciativa o instancia de parte afectada, es no sólo una de las piedras angulares sobre las que descansa nuestra institución de control, sino una de las ventajas del sistema. En efecto al tratar de delimitar las diferencias específicas del juicio de amparo, expusimos que una de las peculiaridades del régimen de control por órgano jurisdiccional consistía precisamente en las circunstancias de que está nunca procede oficiosamente, es decir, sin que haya un interesado legítimo al provocar su actividad tuteladora, sino que siempre se requiere la instancia de parte. Pues bien este principio, contenido expresamente en la disposición constitucional que se comenta es de gran utilidad para la vida y el éxito de nuestra institución pues da la manera como funciona, esto es, siempre y cuando exista la iniciativa del afectado por un acto de autoritario en los casos especificados por él Artículo 103 de la Constitución, nunca se provoca el desequilibrio entre los diversos poderes del estado, ya que no son estos los que impugnan la actuación de lo demás, como sucede generalmente en los regímenes del control, por órgano político sino todo sujeto que se encuentre en la situación de gobernado comprendido siempre dentro de estas ideas a las personas físicas, morales, de derecho privado y social, a los organismos descentralizados y empresas de participación es total y excepcionalmente a las entidades del derecho público oficial."*⁵³.

El principio de autonomía y el principio de instancia de parte, son totalmente inobservados desde el punto de vista procesal, ya que definitivamente en ningún momento se le otorga la posibilidad al probable

⁵³ "BURGOA IGNACIO" : "EL JUICIO DE AMPARO". México, Editorial Porrúa, S.A., 13 a edición 1994, pag. 268, y 269.

responsable, de solicitar el amparo en contra de una detención ilegal que nulifique todo lo actuado, sino simple y sencillamente se le ordenará al juez para que en forma oficiosa, tenga este último que calificar dicha detención.

4.6.- REFORMAS AL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, PÁRRAFO SEXTO Y SU RELATIVO AL ARTÍCULO 286 BIS, PÁRRAFO TERCERO DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL.

En una forma global, simple y sencillamente no estamos de acuerdo en que se le otorguen facultades al juez penal para que este en forma oficiosa, ponga en libertad a una persona sobre la cual se considera que la detención flagrante o bien la detención en caso de urgencia, no fue correctamente llevada a cabo, esto es, que los principios de legalidad sobre lo cuales subsiste la autoridad no encuentran en la detención, su valor jurídico necesario.

Por lo que considero necesario en base al estudio realizado a lo largo de esta tesis, realizar una reforma al Artículo 16 Constitucional, en su párrafo sexto, quedando de la forma siguiente:

“En caso de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido, deberá inmediatamente de calificar la detención y en caso de que la misma no se haya producido conforme a las reglas del caso urgente de la flagrancia, entonces, establecerá un decreto de retención del inculpado, hasta en tanto dicte el auto de término constitucional, poniendo en conocimiento de las circunstancias a la contraloría interna de la procuraduría a la que dependa del Agente Ministerio Público consignador, para fincar las responsabilidades correspondientes.”.

Así mismo, yo propongo considerar una reforma al párrafo tercero del Artículo 286 bis, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la cual podría quedar de la siguiente forma:

“Si la consignación es con detenido, deberá inmediatamente calificar si la detención se realizó bajo los ordenamientos constitucionales respectivos y en caso contrario, decretar una retención del probable responsable, y su situación se establecerá en el auto de término constitucional debiendo informar, de la irregularidad a la contraloría interna de la procuraduría que Procuraduría a la corresponda el Agente del Ministerio Público, para fincar las responsabilidades administrativas.”

Para poder fundamentar mi propuestas es necesario y proceda legalmente en el caso de que la detención sea ilegal.

Tomaremos en cuenta que toda autoridad tiene que cumplir con el principio de legalidad, teniendo como obligación vigilar que su actitud de identifique con todos y cada uno de los lineamientos establecidos por la propia legislación.

Para que en el momento, en que se realice una detención, esta carezca de algún elemento, entonces, lo que procede, no es liberar al probable responsable, que ya ha sido consignado, tal vez, pueda pensar en un cierta libertad en la averiguación previa, cuando se exceden los términos de averiguación, pero estamos, en el caso en que

se ha ejercitado acción penal y ha excitado a la función jurisdiccional para que se aboque al estudio de la consignación puesta a disposición.

En conclusión cuando se ha logrado detener al probable responsable, en lugar de liberarlo, por falta de elementos, se lograría con ésta retención ejercitar la acción penal en contra del probable responsable detenido.

De ahí, que en un momento dado el juez notará que la detención no fue legal, esto determinara una cierta responsabilidad del tipo administrativo, como lo citamos en los incisos anteriores.

Al contrario, pudiésemos pensar en reformar y derogar completamente los lineamientos establecidos en el párrafo sexto del Artículo 16 Constitucional y por supuesto los diversos lineamientos del párrafo tercero del Artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ya que no es el juez penal quien deba de revisar si la detención es legal o no, sino que esto es una posición de la defensa del reo, de aquel abogado defensor que a de solicitar un amparo o bien, ha de responsabilizar al Agente de Ministerio Público, para que se le imponga las sanciones respectivas en virtud de una detención ilegal.

Por lo que considero, esto no es función del juez como tampoco el de decretar en forma oficiosa, ya que en vez de beneficiar la persecución del delito, la perjudica totalmente.

CONCLUSIONES

1. - El Artículo 21 Constitucional en su primer párrafo, genera dos esferas [jurídicas; le primera le corresponde a la autoridad judicial en forma exclusiva la imposición de las penas; y la otra que es el Ministerio Público, a la persecución del delito, teniendo, como auxiliar a la Policía y de acuerdo a esta norma presupone funciones diferentes, para poder guardar en el proceso una cierta trilogía procesal, entre alguien que acusa, otro que defiende y una tercera investido de un fuero jurisdiccional que dice y decide el derecho controvertido entre las partes.

2. - Del conformidad con el Artículo 133 de la propia Constitución, este es el ordenamiento máximo, de toda la república, y ni las leyes federales, ni los tratados internacionales pueden estar por encima de ella.

El Artículo 133 Constitucional, dice; Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados; en conclusión el Artículo 133, establece también que las leyes locales se deben atener a lo que la Constitución establece, por lo que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, debe invariablemente atender a esas dos esferas de

funciones diferente e independientes y además autómatas que se fijan para la persecución del delito.

3.- Como resultado de lo anterior, tenemos una institución a la que le incumbe la persecución del delito, el Ministerio Público, el cual cuenta con la infraestructura necesaria para hacerlo, tiene a la Policía Judicial a su cargo, peritos de toda índole y las localidades necesarias para recibir las denuncias, querellas y acusaciones respectivas.

4. - Una vez, que el Ministerio Público, ha recibido la noticia de un delito a través de la denuncia, querella, es entonces cuando su función persecutora lleva a cabo una cierta investigación para poder demostrar, en principio, si existen en la realidad los elementos del tipo penal, para después intercomunicarlos con una conducta que se produjo, estableciendo el nexo de finalista que liga la conducta con el resultado y establecer la probable responsabilidad del indiciado. Con estos dos elementos, pueden válidamente los Agentes del Ministerio Público, llevar a cabo su consignación.

5. - Uno de los problemas graves en todo lo que es la función persecutora, es la detención del indiciado, incluso cuando se realice una consignación sin detenido. El propio Agente del Ministerio Público solicita se gire una orden de aprehensión lo más rápido posible, porque el inculpado puede eludir la acción Justicia fácilmente, por lo que el problema más grave en todo el procedimiento penal, es la detención del probable responsable.

6. - Nuestra legislación señala expresamente las nuevas posibilidades de la detención en cada caso de

Así tenemos, que cualquier persona que conozca de una acción delictuosa, que se realice inmediatamente, la ley le faculta, para detener a la persona y ponerlo a disposición de la autoridad correspondiente.

7. - En los casos urgentes los requisitos deben de darse, en principio; se trate de un delito grave, que por razón de la hora no se pueda ocurrir a la función jurisdiccional y por último, que exista el riesgo fundado de que el probable responsable, pueda sustraerse de la justicia.

8. - Es evidente que en el momento en que se realiza una detención, los familiares del detenido podrían estarlo acompañando; claro está que no debemos de olvidar el caso de aquellas personas, en las que ni si quiera los familiares reclaman la libertad del probable responsable, pero si así no fuera, la Comisión de Derechos Humanos, la Contraloría Interna de la propia Procuraduría, la visitaduría de la Procurador, va estar regulando que todos los casos de detención estén debidamente fundados y motivados.

9.- En la práctica podemos decir, que la detención de una persona, se lleva a cabo en flagrancia de delito, como en muchas de las ocasiones por no existir una denuncia, acusación o querrela, a la persona que se le detuvo en flagrante delito, se le tiene que dejar libre para que siga circulando, afectando a la sociedad poniéndola en peligro.

10. - Son muchos los problemas, que el Agente del Ministerio Público tiene, para tratar de

fundamentar una orden de detención, basada en lo que es el delito grave, la fundamentación de evadir la Justicia y el hecho de que por razón de la hora no se puede ocurrir al órgano jurisdiccional respectivo, en búsqueda de una orden de aprehensión.

11. - Son muchos los requisitos que el Agente del Ministerio Público debe llenar, para poder tener a un detenido y consignarlo, para que todavía se le pueda dar una facultad al juez, como para que éste tenga que revisar de nueva cuenta, si la detención se produjo o se llevo a cabo bajo los términos de ley.

12. - Estamos de acuerdo en última instancia, que después de la revisión de la visitaduría del Procurador, la propia Contraloría interna y las revisiones, de la propia Comisión de Derechos Humanos, para que además, el juez penal, deba revisar si la detención fue hecha en base a la ley. Esto ayudaría mucho a que los probables responsable o para mejor decirlo así, los probables delincuentes, que tienen asolada a la ciudadanía, puedan lograr en un momento dado eludir fácilmente la acción de la justicia.

13. - El hecho de que el juez tenga que revisar si la detención se produjo legalmente, sería una invasión a las esferas jurídicas que plantea el Artículo 21 Constitucional.

14. - En ultima instancia, estamos de acuerdo en que el Juez revise la detención realizada por el Agente del Ministerio Público, pero en lo que definitivamente no estoy de acuerdo, es en el hecho de que la consecuencia de dicha revisión, sea la libertad del

probable responsable.

15. - Dando como resultado los altos índices de delincuencia, considerando el hecho de que entre una persona a la acción de la justicia y posteriormente a los 2, 3 o 4 días el "probable responsable" este devuelta en la calle encontrarse en libertad nuevamente; La persona ofendida, honesta, a la cual el derecho penal trata de establecerle una esfera de protección, para proteger sus bienes, posesiones y su familia, se ve burlada e ignorada por la propia legislación originando que despierte en las personas una conciencia de que realmente no se imparte justicia, generando que las personas lleven a cabo justicia por su propio mano, o bien ya no tenga respeto por las autoridades, que de alguna manera tratan de administrar justicia.

16. - Otro de los elementos graves es la corrupción a todos los niveles, lo cual le da la llave de nuevo, a los delincuentes o probables responsables, para que puedan abrirse las puertas del reclusorio con un simple depósito y a la luz de una falta técnica, que definitivamente si viola sus garantías individuales, pero esto es materia de amparo y de defensa de los abogados defensores y no de aquellos que detentan un fuero jurisdiccional y que en vez coadyuvar para su persecución, se une a él, haciéndose su cómplice al dejar en libertad a una persona, solo porque el Agente del Ministerio Público no fundamento y motivo la causa legal de su procedimiento.

17. - Por lo anterior, podría estar de acuerdo en que Juez, revise la detención realizada por el Ministerio Público, para observar si ésta no llena los requisitos de la ley, convirtiéndose en un defensor de oficio del señor

delincuente o probable responsable (anteriormente llamado presunto responsable), pero en lo definitivamente no podíamos estar de acuerdo es en el hecho de darle la posibilidad de darle la libertad a dicha persona y más aun, que en el término de 72 horas el propio del Juez dicte un auto de plazo constitucional consignado en el Artículo 19 Constitucional, en el que pueda decretar de nueva cuenta, una libertad por falta de elementos para procesar.

18. - Como consecuencia de todo lo manifestado en mi trabajo de tesis, la reforma que propongo correría en primera instancia, en el párrafo sexto del Artículo 16 Constitucional en la siguiente forma:

“En caso de urgencia o flagrancia el juez que reciba la consignación del detenido, deberá inmediatamente calificar la detención, y en su caso de que la misma no se haya producido conforme a las reglas del caso urgente y la flagrancia, entonces establecerá un decreto de retención del inculcado hasta en tanto dicte el auto de término constitucional, haciendo del conocimiento de las circunstancias a la Contraloría Interna de la Procuraduría a la que dependa el Agente del Ministerio Público consignador, para fincar las responsabilidades correspondientes.”

19. - Y por supuesto, una reforma análoga al procedimiento establecido en el tercer párrafo del Artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, quedando de la siguiente forma:

“Si la consignación es con detenido, deberá inmediatamente calificar si la detención se hizo bajo los ordenamientos constitucionales respectivos y en caso

contrario, decretar una retención del probable responsable, y su situación se establecerá en auto de plazo constitucional debiendo informar, de la irregularidad a la contraloría interna de la Procuraduría que corresponda el Agente del Ministerio Público, para fincar las responsabilidades administrativas correspondientes.”

BIBLIOGRAFIA

- 1 Castellano Tena Fernando: "LINEAMENTOS ELEMENTALES DEL DERECHO PENAL" México, Editorial Porrúa, S.A. 21a Edición 1991.
- 2 Bonesano Cesar Marqués de Becharia: "TRATADOS DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS" México Editorial Porrúa, S.A. 4a Edición 1990.
- 3 Arilla Baz Fernando: "MANUAL DE DERECHO PENAL" México, Editorial Gratos, 16 Edición 1991.
- 4 Fix Zamudio Hector: "COMENTARIOS AL ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL".
- 5 Universidad Nacional Autónoma de México, "CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMENTADA", México, 4a Edición 1995.
- 6 "CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS", México, Editorial Sista Edición 1997.
- 7 Acosta Romero Miguel: "TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO". México, Editorial Porrúa S.A. 9a Edición 1990.
- 8 Legislación procesal Penal, Editorial SISTA.
- 9 Malo Camacho Gustavo, "DERECHO PENAL MEXICANO", Editorial Porrúa, S.A. Edición 1998.
- 10 Welzel Hans. "LA TEORIA DE ACCIÓN FINALISTA", México, Editorial Greca, Primera Edición 1997. Localización citada
- 11 Jimenez de Azúa Luis. "LA LEY Y EL DELITO", Buenos Aires Argentina, Editorial Sudamérica, 15 Edición, 1990.
- 12 Fernando Castellanos "LINEAMIENTOS ELEMENTOS DEL DERECHO PENAL", Editorial Porrúa, Edición primera.
- 13 Sergio Vela Treviño, "ANTI JURIDICIDAD Y JUSTIFICACIÓN", México, Editorial Trillas, 1990.

- 14 Osorio y Nieto Cesar Augusto. "SINTEIS DE DERECHO PENAL", México, Editorial Trillas 1999.
- 15 "CODIGO PENAL", Editorial Sista Edición 1998.
- 16 Osorio y Nieto Cesar Augusto: "LA AVERIGUACIÓN PREVIA" México, Editorial Porrúa, S.A. 7a Edición 1994.
- 17 Rivera Silva Manuel: "EL PROCEDIMIENTO PENAL" México, Editorial Porrúa S.A. 19 a Edición 1990.
- 18 Burgoa Ignacio: "LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES" México, Editorial Porrúa, S.A. 26a Edición 1994.
- 19 Oronoz Santana Carlos: "MANUEL DE DERECHO PROCESAL PENAL", México, Editorial Limusa, 3a Edición 1990.
- 20 Pratt Fairchild Henry: "SOCIOLOGÍA", México, Fondo de Cultura Económica 15a reimpresión, 1991.
- 21 "COMPILACIÓN DE LEYES PENALES", Editorial GRECA, 1997.
- 22 Goldstein Raúl: "DICCIONARIO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA"; Buenos Aires, Argentina. Editorial ASTREA, 4a Edición 1993.
- 24 "LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL" México, Editorial Sista 1997.
- 25 González Bustamante Juan José; "PRINCIPIO DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO", México, Editorial Porrúa S.A. 8 Edición 1991.
- 26 Avendano López Raúl Eduardo: "REGLAS JURÍDICAS DE LAS DETENCIONES DE LA POLICÍA JUDICIAL", México, Editorial PAC. 3a Edición 1996.
- 27 Colín Sánchez Guillermo: "DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES", México, Porrúa S.A. 13a Edición 1992.

- 28 Castillo Del Valle Alberto: "GARANTIAS INDIVIDUALES Y AMPARO EN MATERIA PENAL", México, Editorial Duero, la reimpresión 1992.
- 29 Borja Osorno Guillermo: "DERECHO PROCESAL PENAL", México, Puebla Editorial Cajica Jr. 3a. Edición 1989.
- 30 Arilla Bas Fernando: "EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MÉXICO", México, Editorial Gratos, 13a Edición 1991.
- 31 Bonifaz Alfonso Leticia: "EL PROBLEMA DE LA EFICACIA EN EL DERECHO", México, Editorial Porrúa S.A. la Edición 1993.
- 32 Kelsen Hans: "TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO", México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- 33 Acero Julio: "PROCEDIMIENTO PENAL", México Puebla, Editorial José M. Cajica Jr. 10 Edición 1988.
- 34 "LEGISLACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL", México, Edición Delma 1997.
- 35 "CÓDIGO DE CIVIL", México, Editorial Sista 1997, pág. 139.
- 36 Burgoa Ignacio: "EL JUICIO DE AMPARO", México, Editorial Porrúa, S.A., 13ª Edición 1994.