

474



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO: DERECHO PENAL

"MARCO CONSTITUCIONAL DE LA ORDEN DE APREHENSION"

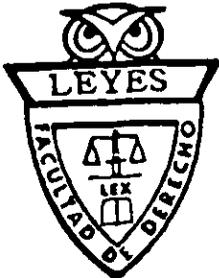
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

EDUARDO REYES TORRES



ASESOR DE LA TESIS: LIC. ROBERTO AVILA ORNELAS

MEXICO, D.F.

2000

280731



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

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

El alumno REYES TORRES EDUARDO, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. ROBERTO AVILA ORNELAS, la tesis profesional intitulada "MARCO CONSTITUCIONAL DE LA ORDEN DE APREHENSION", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor LIC. ROBERTO AVILA ORNELAS, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en exámen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "MARCO CONSTITUCIONAL DE LA ORDEN DE APREHENSION" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno EDUARDO REYES TORRES.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPañOL"
Cd. Universitaria, D. F., 14 de Febrero de 2000

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL
DR. LUIS FERNÁNDEZ DOBLADO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

A MIS PADRES:

Con todo cariño, respeto y admiración, que les tengo, les dedico el presente trabajo. Porque gracias a su apoyo incondicional y confianza que siempre han tenido en mi, he podido llegar a esta meta, que a pesar de que sé que no es la única que tengo pendiente, se que las que me quedan pendientes lograré superarlas con sus sabios consejos. Gracias a enseñarme a no temerle a nada, ya que siempre me decían que aunque muy difícil que se presente la situación, hay que pegarle hasta lograr los objetivos que uno se propone y, heme aquí, el presente trabajo lo logré gracias a su espíritu de lucha y fortaleza.. Los quiero mucho.

A MIS HERMANOS:

A todos y cada uno de ustedes, dejenme decirles lo siguiente: Que bueno es tenerlos como hermanos y, expresarles que cuentan conmigo en todo lo que esté a mi alcance, espero no defraudarlos. Y como a la fecha hemos estado, sigamos uniendo esfuerzos para consolidar una gran familia, con los seres que nos rodean y nos hacen felices en todos los aspectos de la vida y, de igual forma hacerlos felices a ellos también.

A MIS AMIGOS:

Mis cuates del alma, agradezco a la vida que me haya dado la oportunidad de conocer a personas como ustedes, llenas de amistad, gratitud y demás halagos que pueda haber. Espero que la amistad que hemos creado, siga creciendo cada día más y más y, comportarnos como lo hemos hecho, siempre honestos. que es una de las cualidades de la palabra denominada AMISTAD.

A MIS PROFESORES:

Incluyo en este apartado, a todos los profesores que me han impartido clases, desde la primaria, hasta la licenciatura, por que cada uno de ellos dentro sus clases han tenido algo especial para con mi persona, por que con sus cualidades, e incluso defectos, me he dado cuenta que tan importante es discernir entre lo bueno y lo malo.

A MI ESPOSA E HIJA:

Ustedes se preguntarán, porqué hasta el último apartado nos deja mi esposo y mi padre. Yo les contesto, por una simple y sencilla razón: Ustedes dos (personitas tan adorables), han sido la ilusión y esperanza que he tenido más grande en este mundo. Agradezco a Dios que me haya dado la oportunidad de tenerlas a mi lado, son mi gran tesoro, las dos. **LAS AMO Y SIEMPRE LAS TENGO EN MI MENTE**

MARCO CONSTITUCIONAL DE LA ORDEN DE APREHENSION

INTRODUCCION

CAPITULO I

ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES DE LA ORDEN DE APREHENSION

1.1.- Constitución de Cádiz de 1812	1-3
1.2.- Constitución de Apatzingan de 1814	4-6
1.3.- Constitución Federal de 1824	7-9
1.4.- Leyes Constitucionales de 1836	10-12
1.5.- Bases Orgánicas der 1843	13-15
1.6.- Constitución de 1857	16-18
1.7.- Constitución de 1917	19-23

CAPITULO II

CONCEPTOS GENERALES

2.1.- Autoridad Competente	24-28
2.2.- Mandamiento judicial escrito, fundado y motivado para que la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones puedan ser molestados	29-34
2.3.- El Principio de legalidad	35-38
2.4.- Privación de derechos sólo mediante juicio apegado a las formalidades del proceso	39-41
2.5.- Definición de Orden de Aprehensión	42-49

**CAPITULO III
PREPARACIÓN DEL PROCESO**

3.1.-La denuncia, acusación y querrela	50-59
3.2.- La averiguación previa	60-62
3.3.- Artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y artículo 168 del Código Federal de Procedimientos penales	63-76
3.4.- Flagrancia y Cuasi flagrancia	77-80
3.5.- Consignación con detenido y sin detenido	81-85

**CAPITULO IV
CONSIDERACIONES**

4.1.- Relación que guarda el artículo 16 de la Constitución General con el artículo 19 del mismo ordenamiento	86-89
4.2.- Orden y acto de detención	90-92
4.3.-Elementos que exigía el artículo 16 de la Carta Magna para obsequiar la orden de aprehensión	93-97
4.4.- Iniciativa de reformas constitucionales elaboradas por el Ejecutivo de la Nación, en el mes de diciembre de 1997, respecto de la orden de aprehensión	98-103
4.5.- Los debates existentes en las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Justicia en la Cámara de Senadores	104-109
4.5.1.- Los efectos y consecuencias jurídicas de sustituir el concepto de "elementos del tipo penal" por el de "cuerpo del delito"	110-117
4.5.2.-Postura del juzgador al momento de emitir una orden de aprehensión, con la reforma constitucional	118-120
4.5.3.-Postura del Ministerio Público al momento de solicitar una orden de aprehensión, con la reforma constitucional	121-124
CONCLUSIONES	125 - 132
BIBLIOGRAFIA	133-139

INTRODUCCIÓN

El tema que nos ocupa en el presente trabajo, es el relativo al Marco Constitucional de la orden de aprehensión. El tema lo consideramos de gran trascendencia, en virtud de las consecuencias que puede atraer aparejada la libertad personal del individuo, en cuanto hace en su entorno social.

El presente estudio lo dividimos, para su mayor comprensión, en cuatro capítulos a saber:

I.- Antecedentes constitucionales de la orden de aprehensión; II.- Conceptos Generales; III.- Preparación del Proceso y por último estudiamos las consideraciones que creemos pertinentes para el apuntalamiento y fundamentación de la presente tesis.

Dentro del primer capítulo, proporcionamos una visión general de la manera en que se han ido adecuando las Constituciones (a partir de la de 1812 a la de 1917), que han existido en el territorio mexicano, en lo relativo, las cuales ha sido el fundamento para darle sustento legal a la privación corporal de una persona. Si bien es cierto que la Constitución de Cádiz de 1812, otorgaba sólo prerrogativas a los españoles, también lo es el hecho de que los habitantes del territorio conquistado se le contemplaban en la Constitución, pero verdaderamente, nunca se les respetó sus derechos como tales.

Es en esta época, cuando los encargados de emitir las leyes, empiezan a preocuparse, sobre cual iba a ser el procedimiento para poder estar en facultades de detener a una persona.

Posteriormente, en las Constituciones de 1814 a 1917, se hace presente en el ánimo de los legisladores, que todos los habitantes del territorio nacional gozarán de los mismos derechos.

Cabe destacar que la Constitución de 1814, no tuvo vigencia práctica, en consecuencia, existía aún repudio en contra de los que no eran españoles.

En el segundo capítulo, nos abocamos a plasmar lo que se entiende por Autoridad, enfocando dicho planteamiento, en lo pertinente, a que es lo que se debe de entender como Autoridad competente para poder girar una orden de aprehensión. Dentro de este capítulo, hacemos notar la importancia que resulta saber lo que es un mandamiento judicial, escrito, fundado y motivado, para que la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, puedan ser molestados, ya que consideramos que estas acepciones son el elemento clave para estar en condiciones de girar una orden de aprehensión.

De igual forma, mencionamos, que no solamente este artículo se refiere a la manera de privar de la libertad corporal a una persona, en tal virtud, es necesario establecer lo que estipula el artículo 14 Constitucional, en el cual se encuentra establecido el principio de legalidad, que indiscutiblemente, guarda estrecha relación con el artículo 16 de la Carta Magna y, nos atrevemos a afirmar que el uno sin el otro, no tendrían razón de existir en el máximo ordenamiento jurídico.

Dentro del capítulo segundo, en otro apartado, tratamos de definir el significado de la figura jurídica orden de aprehensión, así como su naturaleza, conjuntamente con las consecuencias de esta figura en el ámbito del Derecho Penal.

Para el tercer capítulo, deseamos dejar plenamente establecido, que invariablemente, al girarse una orden de aprehensión, sus consecuencias no quedan inertes, es decir, se tendrá que seguir, invariablemente, un proceso derivado precisamente del cumplimiento de la orden de aprehensión. Para que pueda existir la orden de aprehensión, se necesita previamente que haya denuncia, acusación o querrela de un ilícito que tipifiquen la leyes penales. Definiciones que abordamos dentro del capítulo tercero del presente trabajo.

Una vez contempladas estas figuras, la Autoridad competente (en este caso el Ministerio Público, autoridad dependiente del Poder Ejecutivo), será la autoridad encargada de iniciar la Averiguación Previa del delito de que se trate.

Tanto el Agente del Ministerio Público, como el Titular del Órgano Jurisdiccional, para poder contemplar la existencia de una orden de aprehensión, deberán de apegarse a lo establecido en los artículos 122, 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Los artículos anteriormente señalados, minuciosamente los estudiamos en el capítulo tercero, para lograr el objetivo que nos planteamos en el presente trabajo.

Nos encargamos, en el último capítulo, de establecer la relación que guarda el artículo 16 Constitucional con el 19, del mismo ordenamiento jurídico. Es aquí, en este apartado, cuando instauramos la conjunción de los vocablos “Cuerpo del Delito” y “Elementos del tipo Penal”. Para posteriormente, pasar de lleno a los requisitos que exige el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para estar en posibilidad de girar la orden de aprehensión.

El cambio de vocablos de “Elementos del tipo Penal”. a “Cuerpo del Delito”. originó una serie de debates , los cuales tuvieron su existencia en la Cámara de Senadores. Cambio este, asunto medular de la presente tesis. Trabajo en el cual obsequiamos nuestro punto de vista muy particular, en el aspecto que se tuvo por parte de los legisladores al cambiar la acepción “Elementos del tipo Penal”. a “Cuerpo del Delito”.

Esperando que la lectura del presente trabajo, le sea al lector herramienta clave para poder discernir o apreciar algunas lagunas en torno a la figura jurídica de la orden de aprehensión.

CAPITULO I

ANTECEDENTES

CONSTITUCIONALES

DE LA ORDEN DE

APREHENSION

1.1.- CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ (1812)

El máximo ordenamiento jurídico que expidieron las Cortes de Cádiz, lo fue la Constitución Política de la Monarquía Española; jurada en España el día 19 de marzo de 1812, posteriormente el día 30 de septiembre del mismo año sería proclamada en la Nueva España.

Esta Constitución influyó en varios de nuestros instrumentos jurídicos, ya que de ella derivaron principios legales importantes para la creación del derecho mexicano, una de las ramas de las cuales interesa en este momento, lo es el derecho penal, y particularmente lo referente a la orden de aprehensión.

La Ley Suprema a estudio, consagraba los lineamientos penales en el título V, denominado "De los Tribunales y de la Administración de la Justicia en lo civil y en lo criminal, dentro del capítulo III se estatuye lo referente a la administración de justicia en lo criminal.

A grandes rasgos, estos artículos especificaban la manera de llevar a cabo la aplicación de la justicia en la rama de lo criminal. Dentro de los cuales se especificaba que debería de ser formado con brevedad el proceso, para así poder castigar los delitos rápidamente. En determinados casos se podría usar la fuerza pública, para que no hubiese fuga de persona alguna. El arrestado antes de ser

presentado en la cárcel, debería de ser llamado ante el Juez para que le recibiera su declaración.

El primer antecedente reconocido sobre la orden de aprehensión, lo encontramos en los artículos 287 y 292 de la Constitución de 1812, la cual al pie de la letra estipulaba.

“artículo 287. Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del Juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión.

artículo 292. En fraganti todo delincuente puede ser arrestado, y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del Juez: presentado o puesto en custodia, se procederá en todo como se previene en los dos artículos precedentes.”¹

El artículo 287, contiene la más rudimentaria idea de lo que en ese entonces se conocía como orden de detención o bien orden de aprehensión; manifestamos lo anterior, ya que si bien es cierto, que para detener a una persona se necesitaba de ciertos requisitos, uno de los cuales lo era el mandamiento por escrito, también lo es el hecho de que únicamente a los españoles se les daría trato preferencial sobre los originarios de las tierras conquistadas. Haciendo notar de esta

¹*Tena Ramírez, Felipe, Leyes Fundamentales de México 1808-1997, Ed. porrúa, 1997, p.94*

forma que esta figura jurídica carecía del más estricto control de legalidad. Otra de las formalidades exigidas por este artículo, lo era que precediera información sumaria del hecho. Esto consistía en que debería de existir una denuncia, en este caso no se especificaba que personas se encontraban facultadas para denunciar determinado hecho que la ley castigaba con pena corporal.

El artículo 292 contemplaba el concepto de la flagrancia, el cual consiste en que, una vez realizado el hecho delictivo, cualquier persona que sea testigo presencial de los hechos, puede detener al inculpado, dentro de un tiempo determinado, con la única condición de conducirlo inmediatamente a la presencia del Juez para que este último conozca del caso. Robusteciendo la anterior descripción, tenemos el concepto que del delito flagrante hace el jurista Zamora Pierce, al manifestar que *“Llábase delito flagrante a aquél cuyo autor es sorprendido en el momento mismo de cometerlo...etimológicamente el término delito flagrante se refiere al hecho vivo y palpitante, resplandeciente, cuya observación convence al testigo de que está presenciando la comisión de un delito”*²

La Constitución Política de la Monarquía Española, fue un precepto en donde única y exclusivamente los beneficiados eran los españoles y, por lo tanto a las demás personas se les dejaría en estado de indefensión ante tal decreto. Al paso del tiempo, en nuestro país se darían significativos avances en lo que respecta a la impartición de justicia, en donde se buscaba que todos fueran iguales ante la ley.

²Zamora Pierce, Jesús, Garantías y Proceso Penal. Ed Porrúa, 1991, p.26

1.2.- CONSTITUCIÓN DE APATZINGAN (1814)

“Don José María Morelos y Pavón convocó a un Congreso. instalado en Chilpancingo el 14 de septiembre de 1813, e integrado por seis diputados que designó Morelos, y por dos diputados de elección popular. En la sesión inaugural se dio lectura a los 23 puntos, que con el nombre de Sentimientos de la Nación preparó Morelos para la Constitución”³

Cabe destacar que de acuerdo a los momentos que se vivían en esos tiempos, el Congreso instalado por Morelos, tuvo que emigrar de pueblo en pueblo, sin dudar en su intención, es así que se preparó la Constitución, la cual fue sancionada en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, con el nombre de Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana.

La Constitución de 1814 careció de vigencia práctica, ya que los movimientos sociales existentes de la época, impidieron su actuación normal. Pero de igual forma, esta ley serviría como ejemplo a seguir, ya que de ella se extraen aspectos sumamente importantes para las Constituciones posteriores que habrían de regir en México. De esta ley fundamental nos atañe estudiar los artículos que comprendían el aspecto penal.

³Tena Ramírez, Felipe, op. cit., p. 28

El artículo 19 mencionaba que, *"la ley debe de ser igual para todos, pues su objeto no es otro que arreglar el modo con que los ciudadanos deben conducirse en las ocasiones en que la razón exija que se guien, por esta regla común."*⁴ Este precepto rompía con lo establecido totalmente con lo impuesto en la ley Suprema antecesora, ya que aquí se buscaba la igualdad total de todos los ciudadanos, sin excluir a ninguna persona que viviera dentro del territorio. Se iba en busca de un mejor equilibrio e igualdad jurídica entre las personas y, así se respetasen unos a otros sus derechos.

Importante es el artículo 21, el cual establecía que, *"sólo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido algún ciudadano"*; ⁵ remitiéndonos tal disposición al artículo 166, donde se estipulaba, *"que el Supremo Gobierno no podrá arrestar a ningún ciudadano en ningún caso más de cuarenta y ocho horas, dentro de cuyo término deberá remitir el detenido al tribunal competente con lo que se hubiere actuado."*⁶

El artículo 21 del mencionado ordenamiento jurídico, se reducía a estipular que solamente las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido algún ciudadano, sin especificar en que casos y forma concretos se adecuaría dicha disposición.

⁴Ibid, p.34

⁵Ibid,p.34

⁶Ibid, p.49

El artículo 166 le otorgaba facultad al Supremo Gobierno. de manera tal, que lo comparaba a la institución que conocemos actualmente con el nombre de Ministerio Público, ya que dentro del término de cuarenta y ocho horas, si no remitía al inculpado al tribunal con lo que se hubiere actuado, incurría en una falta grave. Desprendiéndose, por lo tanto, que sino existía prueba contundente dentro del plazo establecido, se dejaría libre al indiciado.

Notamos de acuerdo a las disposiciones anteriormente citadas. que la soberanía de la nación no se encontraba consistente; por un lado el hecho de que esta ley Suprema en realidad sus mandatos no se llevaron a cabo, como ya lo mencionamos antes; y por el otro, el aspecto de dominio que se ejercía en el territorio mexicano por parte de fuerzas extranjeras.

Es, en este decreto, que se observa un adelanto en lo que concierne a la igualdad ante la ley y otros aspectos más, pero como anteriormente lo señalamos. esta Constitución careció de vigencia práctica y, por lo tanto se observarían los principios de la Constitución de Cádiz de 1812.

1.3.- CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1824

En este período, lo que se conoce actualmente con el nombre oficial de Estados Unidos Mexicanos, se encontraba disfrutando de su independencia total de cualquier otra nación. Mencionaremos que, antes de promulgarse la Constitución de 1824, existieron ordenamientos próximos anteriores a esta, como lo fueron la Solemne Declaración de Independencia Mexicana, del 28 de septiembre de 1821; las Bases Constitucionales, aceptadas por el Segundo Congreso Mexicano al instalarse el 24 de febrero de 1822; el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, de fecha 18 de diciembre de 1822; el Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana; para finalmente proclamar la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada por el Congreso General Constituyente el día 4 de octubre de 1824, sin objetar que, *"Al consumarse la independencia de México (1821), las principales leyes vigentes eran, como derecho principal, la Recopilación de Indias, complementada con los Autos Acordados, las Ordenanzas de Minería, de Intendentes, de Tierras y Aguas y de Gremios"*⁷

La Constitución de 1824, establecía lo referente a la privación de la libertad de las personas en los artículos 112, fracción II y 150.

⁷Carranca y Trujillo, Raúl; Carranca y Rivas Raúl. Derecho Penal Mexicano, parte general. Ed. Porrúa, 1995. p.21

“artículo 112. Las restricciones de las facultades del presidente, son las siguientes: II.- No podrá el presidente privar a ninguno de su libertad, ni imponerle pena alguna; pero cuando lo exija el bien y seguridad de la federación, podrá arrestar, debiendo poner las personas arrestadas, en el término de cuarenta y ocho horas, a disposición del tribunal o Juez competente.”³

Este precepto, inicialmente no facultaba al Presidente de la República, para arrestar o imponer pena alguna a cualquier persona en caso de que hubiese cometido un hecho delictivo. Lo cual a nuestro parecer respeta la división de poderes existentes de la época. Sin embargo, más adelante se incluye una excepción, la cual contempla que si la seguridad de la federación se encuentra en peligro, el titular del Ejecutivo de la nación podrá arrestar, con la única limitante que deberá poner al inculcado a disposición del Juez competente.

De lo que se desprende, que este principio es el antecedente del artículo 29 constitucional vigente, el cual otorga al presidente de la República Mexicana la facultad de prohibir o limitar las garantías individuales a los habitantes de la misma, pero única y exclusivamente por un tiempo determinado y en casos específicos.

El artículo 150 establecía que, ninguna persona podrá ser detenida sin que haya semi-prueba, o indicio de que es delincuente. El requisito propuesto era que

³Tena Ramírez, Felipe, op. cit. p.184

existiera prueba semiplena o indicio de que persona determinada fuese delincuente. Observamos que esta determinación, no se encontraba apoyada jurídicamente, ya que la semiprueba dejaba amplio margen de actuación para que cualquier individuo acusara a otro de que hubiese cometido algún delito, perdiéndose de esta manera la seguridad jurídica buscada por los legisladores de 1824.

Se puede observar que durante los primeros años de vida independiente, no hubo tiempo suficiente para legislar en materia penal, de tal forma que los abusos cada vez se hicieron más frecuentes en el ámbito penal, originándose problemas de inseguridad e intensa comisión de delitos.

Al transcurrir el tiempo, se estableció una junta provisional gubernativa, bajo el Mando de Agustín de Iturbide, que dio como resultado el primer proyecto de Código Penal del México Independiente.

1.4.- LEYES CONSTITUCIONALES DE 1836

Es en este año, cuando se instaura en la República Mexicana el sistema centralista, rompiendo con el régimen impuesto en el año de 1824, el cual era federal. A la Constitución del año de 1836, también se le conoce con el nombre de la Constitución de las Siete Leyes, ya que la misma se dividió en siete estatutos.

En la primera ley se asentaban los derechos y obligaciones de los mexicanos y habitantes de la República Mexicana. El artículo 2 de la primera ley, al pie de la letra estipulaba: *"Son derechos del mexicano: I. No poder ser preso, sino por mandamiento del Juez competente dado por escrito y firmado, ni aprehendido por disposición de las autoridades a quienes corresponda según la ley. Exceptiase el caso de delito in fraganti, en el que cualquiera puede ser aprehendido, y cualquiera puede aprehenderle, presentándosele desde luego a su Juez o a otra autoridad pública; II. No poder ser detenido por más de tres días por autoridad ninguna política, sin ser entregado al fin de ellos, con los datos para su detención, a la autoridad judicial, ni por ésta más de diez días, sin proveer el auto motivado de prisión. Ambas autoridades serán responsables del abuso que hagan de los referidos términos."*⁹

⁹Ibid. p.205

A nuestro parecer, este es el precepto que guarda la más pura esencia y concordancia de lo que actualmente se estipula en el artículo 16 de la Carta Magna. Se conjuntan los requisitos para que un Juez competente libre orden de aprehensión, al manifestar que, es por medio de mandamiento escrito y firmado la única manera de obtención del acto de molestia por parte de la autoridad hacia los gobernados. El auto por el cual se librara la orden de aprehensión, debería de contener en lo mínimo, razón suficiente para que el Juez considerara que determinado hecho merecía tal ordenamiento, es decir, no bastaba con indicios o prueba semiplena para que se diera la orden de aprehensión, sino que el Juez recubierto de tal investidura tendría la obligación y conciencia moral, de acatar lo que las leyes penales instauraban y, de acuerdo a esa apreciación jurídica, dictar la orden de aprehensión estrictamente apegada a derecho.

A su vez, éstas disposiciones guardaban relación con el punto referente a prevenciones generales sobre la administración de justicia en lo civil y en lo criminal, tema expuesto en la quinta ley, correspondiéndole los artículos 30 al 50. Mencionaremos los artículos importantes relacionados con la orden de aprehensión.

“Artículo 41. El mandamiento escrito y firmado por el Juez, que debe preceder a la prisión, según el párrafo 1, artículo 2, de la primera ley constitucional, se hará saber en el acto al interesado; este y todos deberán obedecer, cumplir y auxiliar estos mandamientos, y cualquiera resistencia o arbitrio, para embarazarlos o eludirlos, son delitos graves, que deberán castigarse según las circunstancias.

artículo 42. En caso de resistencia o temor fundado de fuga podrá usarse la fuerza. artículo. 43. Para proceder a la prisión se requiere: I. Que preceda información sumaria, de que resulte haber sucedido un hecho que merezca . según las leyes, ser castigado con pena corporal. II. Que resulte también algún motivo o indicio suficiente para creer que tal persona ha cometido el hecho criminal. artículo. 44. Para proceder a la simple detención, basta alguna presunción legal o sospecha fundada, que incline al Juez contra persona y por dicho determinado. Una ley fijara las penas necesarias para reprimir la arbitrariedad de los jueces en esta materia. ”¹⁰

¹⁰ibid. p.238

1.5.- BASES ORGÁNICAS DE 1843

El artículo primero de la séptima ley de la Constitución de 1836, prevenía que en seis años contados desde la publicación de esta Constitución, no se podrá hacer alteración en ninguno de sus artículos. Pasados los seis años, es decir, en 1843, se reformó el instrumento constitucional anterior a este.

Antes de promulgarse las Bases Orgánicas de 1843, existió el Proyecto de Reforma, el cual sirvió de apoyo para el ordenamiento primeramente mencionado. El Proyecto de Reforma a grandes rasgos, estipulaba que los derechos de los mexicanos consistían en que, nadie podría ser aprehendido ni detenido, sino por disposición de las autoridades facultadas expresamente por la ley y, en virtud de indicios, a lo menos por lo cuales se presume que ha cometido, o intentaba cometer algún delito. Sólo en el caso de que las circunstancias no den tiempo para ocurrir a la autoridades, cualquier individuo podrá aprehender al delincuente, con tal acto, continuo lo presentará a cualquiera de ellas, expresando los motivos, que lo hayan obligado al procedimiento; que no pueda ser llevado a la cárcel o a otro lugar de prisión, ni mantenerse en ella fuera de los términos que se expresaran adelante, sin que se expida al efecto mandamiento por escrito, firmado de la autoridad respectiva, o se provea auto formal motivado y, se dé copia de uno y otro tanto al interesado como al alcalde o custodio de la prisión.

El proyecto de Constitución del año de 1842, consagraba por vez primera las garantías individuales, encuadrándolas dentro de su artículo 7. en sus fracciones V, VII, IX y X ; las cuales en lo sobresaliente manifestaban que. ninguno podrá ser aprehendido, sino previo mandato o escrito de Juez competente de su propio fuero; que ninguno puede ser aprehendido, sino cuando contra él obren indicios por los cuales se presume ser el reo de un delito que se ha cometido; no puede declararse preso a un individuo sin que preceda una información sumaria por escrito, y solo cuando de ella resulten nuevos indicios o se corroboren legalmente los anteriores; la aprehensión de los delinquentes se hará por los funcionarios a quienes la ley cometa este cargo, o por las personas que reciban una misión especial y por escrito de las autoridades competentes.

Las Bases de Organización Política de la República Mexicana. fueron sancionadas por Antonio López de Santa Anna, el 12 de junio de 1843 y publicadas el 14 del mismo mes y año.

El artículo 9 del mencionado decreto, establecía los derechos de los habitantes de la República; dentro de las fracciones V, VI, y VII se determinaba el tema relacionado con la aprehensión de los indiciados. En donde a decir verdad, no cambio en lo sustancial de lo que establecía el proyecto de Constitución, más bien se encargo de conjuntar lo que ya se tenia por entendido y, ampliarse en algunas lagunas latentes, al manifestar que a ninguno se aprehenderá sino por mandato de algún funcionario, a quien la ley dé autoridad para ello, excepto en el caso de delito *in*

fraganti, en que puede hacerlo cualquiera del pueblo, poniendo al aprehendido inmediatamente en custodia en disposición de su Juez; ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente, dado por escrito y firmado y, solo cuando obren contra él indicios suficientes para presumirlo autor del delito que se persigue. Ninguno será detenido más de tres días por la autoridad política sin ser entregado con los datos correspondientes al Juez de su fuero, ni este lo tendrá en su poder más de cinco horas sin declararlo bien preso. Si el mismo Juez hubiere verificado la aprehensión, o hubiere recibido al reo antes de cumplirse tres días de su detención.

Existiendo una excepción a la regla, ya que si en circunstancias extraordinarias de la Nación exigiere en toda la República o parte de ella, la suspensión de las formalidades prescritas en estas bases, para la aprehensión y detención de los delincuentes, podrá el Congreso decretarla por tiempo determinado.

1.6.- CONSTITUCIÓN DE 1857

Es en este año, el momento en que se adopta la forma de gobierno federal de manera definitiva en la República Mexicana. La Constitución de 1857 fue jurada por el Congreso el día 5 de febrero de ese mismo año.

Esta ley fundamental nombraba derechos del hombre, lo que el Estatuto Provisional establecía como garantías individuales; estos derechos se consagraban dentro del articulado de la Carta Magna del año de 1857. del 1 al 29. Lo que hoy en día sigue vigente, con sus necesarias reformas, para las exigencias de la época.

Esquemáticamente, el cuadro de las garantías penales se componía de la manera siguiente: Nadie puede ser juzgado por leyes privativas; nadie puede ser juzgado por tribunales especiales; ninguna persona ni corporación pueden tener fueros; ninguna persona ni corporación puede gozar de emolumentos que no sean compensación de un servicio público y estén fijados por la ley, (art. 13). Prohibición de toda ley retroactiva; nadie puede ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes anteriores al hecho; aplicación de la ley exacta; la aplicación de la ley debe hacerse por el tribunal que previamente haya establecido la ley. (art. 14). No puede establecerse tratados para la extradición de presos políticos; tampoco pueden establecerse para la extradición de delincuentes comunes que tengan en el país en donde cometieron el delito la condición de esclavos, (art. 15). Nadie puede ser

aprehendido o arrestado por mandamiento de autoridad incompetente, (art. 16). Nadie puede ser preso por deudas de carácter puramente civil; nadie puede ejercer la violencia para ejercer su derecho; los tribunales estarán siempre expeditos para la administración de justicia, (art. 17). Sólo habrá prisión por delito que merezca pena corporal; en ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios o cualquiera otra administración de dinero, (art. 18). Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley, (art. 19). Debe conocer el motivo del procedimiento; debe de conocer el nombre de quien lo acuse; derecho a carearse con los testigos que depongan en su contra; que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso para preparar sus descargos; que se le oiga en defensa por sí, o por persona de su confianza o por ambos, (art. 20). La aplicación de las penas es exclusiva de la autoridad judicial, (art. 21). Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas o trascendentales, (art. 22). Abolición de la pena de muerte, condicionada al establecimiento del régimen penitenciario, (art. 23). Ningún juicio criminal podrá tener más de tres instancias; nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en juicio se le absuelva o se le condene; queda abolida la práctica de absolver en la instancia.

De acuerdo a lo establecido anteriormente, notamos que es en este año, cuando realmente las bases del derecho penal se organizan para darle una mayor movilidad al ámbito en comento.

1.7.- CONSTITUCIÓN DE 1917

Al entrar en vigor esta Constitución, conservó en lo fundamental las bases penales de la Constitución de 1857; las garantías individuales se encuadraban dentro de los artículos 1 al 29, de dicho ordenamiento legal..

La Carta Magna de 1917 es la que se encuentra vigente, por lo tanto, creemos conveniente, a partir de este momento, desarrollar en forma concreta lo relacionado al artículo 16.

“Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación y querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos en flagrante en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la

autoridad judicial. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresara el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado, o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia. La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorares de que se hayan cumplido los reglamentos sanitarios y de policía, y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se hayan acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos."¹¹

Para analizar este precepto, recordemos las diferentes situaciones jurídicas que puede guardar la persona respecto al procedimiento penal: la de indiciado, cuando sólo existen datos de la posible comisión del delito y de su intervención en él; la de procesado, cuando ha cambiado esa situación por haberse comprobado el delito y la presunta responsabilidad; la de acusado, cuando ya no sólo se ha comprobado el delito, sino que se ha delimitado este y plenamente se han comprobado responsabilidad y participación del agente del delito y del sujeto pasivo del mismo; la de sentenciado, es decir, es en este caso cuando al individuo se le ha determinado la pena que tendrá que cumplir en lugar destinado para tal efecto, y

¹¹Ibid, p.822

finalmente la de reo, cuando en virtud de una sentencia que ha causado ejecutoria, se le aplica al sujeto la pena correspondiente.

Dentro de la primera de esas situaciones, el artículo 16 garantiza al individuo, que sólo será aprehendido si se encuentran reunidos los siguientes requisitos: a).- Que exista delito que merezca pena corporal; b).- Que se le libre la orden de aprehensión; c).- Que la orden sea expedida única y exclusivamente por la autoridad judicial; d).- Que haya precedido denuncia, acusación o querrela y que estén apoyadas por una declaración de persona digna de fe.

El mismo artículo, amplía el derecho garantizado por la Constitución de 1857, pues si de acuerdo con ella, cualquier persona puede aprehender, la de 1917, dispone que sólo puede aprehender cualquier persona mediante una orden de autoridad administrativa, si en el lugar no existe autoridad judicial que pueda librarla. Se extiende la garantía, al mencionar que sólo puede llevarse a cabo mediante orden escrita, que deberá expedir únicamente la autoridad judicial y, de cuya diligencia se levantará acta, con el objeto de aprehender a persona determinada o de asegurar determinados objetos que se buscan y los cuales deben especificarse.

La Carta Magna de 1917, ha tenido bastantes modificaciones, lo cual creemos acertado, ya que la movilidad de la sociedad es muy irregular y, por lo tanto, el derecho ha de ser dinámico, para no ser rebasado en sus disposiciones y en determinado momento quedar obsoleto.

En septiembre de 1993 se publicó un decreto en el Diario Oficial de la Federación, el cual reforma los artículos 16, 19, 20, entre otros, de la Constitución Política.

A comparación del artículo 16 de la Constitución de 1917, el artículo 16 de del año 1993, presenta gran innovación, al señalar que se requieren los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indicado; elementos que en su momento oportuno los estudiaremos.

Observamos que en el año de 1917, para otorgar la orden de aprehensión, se requería la acusación, querrela o denuncia de hecho determinado, y éstas deberían de estar apoyadas por declaración bajo protesta de persona digna de fe, o por datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado. Si bien es cierto que, este tecnicismo contenía gran adelanto en lo que concierne a materia penal, también lo es que desafortunadamente no se especificaba a quien se le podría considerar una persona digna de fe y, mucho menos en que circunstancias se haría la protesta, dejando de esta manera en total estado de indefensión al individuo considerado culpable de algún delito.

Transcurrieron 76 largos años para que este cambio sucediera, afortunadamente se logró, destacando el hecho de que, estamos conscientes que el derecho evoluciona, de acuerdo a las necesidades imperantes del momento.

Para cerrar este capítulo, creemos conveniente asentar un punto de vista muy acertado, ya que como hemos observado, han existido muchos cambios en lo referente al procedimiento para privar de la libertad personal al individuo, algunos de los cuales en su momento fueron válidos.

Nos referimos al comentario que hace el distinguido jurisconsulto Jesús Zamora Pierce, al citar al no menos ilustre Montiel y Duarte, Isidro, al exponer que, *"Al estudiar estas nobles disposiciones, en 1873, Isidro Montiel y Duarte afirmó: "La cuestión de seguridad personal viene arreglándose hace mucho tiempo por nuestro derecho constitucional, y falta muchísimo todavía para que la práctica corresponda efectivamente a las bellísimas teorías de nuestras constituciones". Hoy, más de un siglo después sus palabras siguen siendo válidas"*¹²

¹²Zamora Pierce, Jesús, op. cit. p. 12

2.1.- AUTORIDAD COMPETENTE

Una de las garantías de seguridad jurídica que la Constitución General de la República otorga a todo individuo y, que es de gran trascendencia, es aquella que se refiere al principio de autoridad competente, ya que esta impone al Estado la obligación jurídica para que sus funcionarios y empleados actúen tan sólo en aquello que la ley les permita. En este capítulo es menester señalar lo que se ha definido como autoridad competente, para así poder entender lo que el primer párrafo del artículo 16 constitucional nos señala, al referir que: Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

En este orden de ideas, tenemos la definición que nos expone el doctor Ignacio Burgoa, al explicar que. *“concepto de autoridad tiene dos importantes acepciones jurídicas, según la primera equivale a poder, potestad o actividad que es susceptible de imponerse a algo y, referida al Estado, como organización jurídica y política de la sociedad humana, implica el poder con que este está investido, superior a todos los que en él existan o puedan existir y que se despliega imperativamente, en tal forma, que a nada ni a nadie le es dable desobedecerlo o desacatarlo, en una palabra es el poder del imperio, emanado de la soberanía, cuyo titular real es el pueblo.”*¹³

¹³Burgoa Orihuela, Ignacio. Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo, Ed.Porrúa, 1992, p.p.62 y 63

De la exposición anteriormente citada, desprendemos que la acepción de la palabra autoridad, equivale a determinado poder que tienen ciertas instituciones, es decir, que es catalogada como un ente superior ante cualquier otra atribución contraria a esta premisa. De tal forma que puede y debe hacer cumplir sus determinaciones, es decir, que se observe el buen funcionamiento de sus atribuciones y facultades, de lo que deriva que al Estado le es encomendado llevar a cabo la actividad de las leyes previamente establecidas, las cuales se harán valer en todo momento

Derivándose por lo tanto que, la autoridad se encuentra investida de facultades de decisión y ejecución, luego entonces, tienen facultad de que algún acto producido por estas, sea susceptible de sufrir algún trastorno, siempre y cuando se actúe dentro de los límites establecidos.

Corroborando lo anterior, exponemos la noción del doctor Burgoa al referir que, *"En efecto, son los siguientes factores, cuya concurrencia lógica integra el concepto de que nos ocupamos: a) Un órgano del Estado, bien sustantivado en una persona o funcionario, o bien implicado en un cuerpo colegiado; b) La titularidad de facultades de decisión o ejecución, realizables conjunta o separadamente; c) La imperatividad en el ejercicio de dichas facultades."*¹⁴

¹⁴Ibid, p.63.

Tenemos también el concepto de autoridad, en el ámbito administrativo, el cual nos indica que, *“Los órganos de Administración pueden separarse en dos categorías: unos que tienen carácter de autoridades y otros que tiene el carácter de auxiliares; Cuando la competencia otorgada a un órgano implica la facultad de realizar actos de naturaleza jurídica que afecten la esfera de los particulares y la de imponerse a éstos sus determinaciones, es decir, cuando el referido órgano está investido de facultades de decisión y ejecución se está frente a un órgano de autoridad.”*¹⁵

Comparando la terminología anteriormente citada, concluimos que se entiende por autoridad a todos aquellos órganos del Estado o individuos que participan en el ejercicio del poder. En efecto, la autoridad pública está representada en este caso, por personas, cargos, empleos o comisiones comprendidos dentro del aparato gubernamental. Es importante señalar que a determinada autoridad le corresponden asuntos específicos y, por lo tanto llevar a cabo determinadas funciones propias de su jurisdicción.

Creemos conveniente establecer el criterio que, al respecto nos hace saber la Suprema Corte de Justicia, en la materia de Amparo, al señalar lo siguiente: *“La Suprema Corte de Justicia, para determinar la procedencia del juicio de amparo, ha ampliado el concepto de autoridades, considerando que dentro de él se*

¹⁵Gabino, Fraga, Derecho Administrativo, Ed. Porrúa, 1994, p.126.

hallan comprendidas no sólo aquellas que tienen el carácter de órganos del Estado y se encuentran facultados para decidir o ejecutar sus resoluciones, sino que, como expresa en una de sus sentencias "el término de autoridades" para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública en virtud de circunstancias ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejercen actos públicos por el hecho de ser pública la fuerza de la que disponen. (Jurisp. de la S.C. de J. 1917-1965. Sexta parte. Tesis 54, pag.115)"¹⁶

Nos atrevimos a poner este criterio, ya que como es sabido por la mayoría de los estudiosos del derecho, es la rama del Juicio de Amparo, la que nos auxilia para que determinada autoridad no vaya más allá de lo que la ley establece.

Ahora bien, ya que estamos estudiando el artículo 16 constitucional, es necesidad imperante, saber el criterio e interpretación que le ha otorgado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al término de autoridad competente a que se refiere el aludido artículo.

"AUTORIDAD COMPETENTE, QUE DEBE ENTENDERSE POR. De la redacción del artículo 16 constitucional se deduce que por autoridad competente para ordenar la aprehensión debe entenderse la judicial, ante quien se hubiere presentado la denuncia, acusación o querrela respectivas y, que la

¹⁶Ibid, p. 126

competencia jurisdiccional , o sea la que corresponde por razón de la materia o de la comprensión territorial, no está protegida por la garantía a la que se refiere el mismo artículo 16, sino que debe ser decidida por las autoridades locales, cuando se trata de conflictos entre jueces del mismo Estado, o por la Suprema Corte de Justicia, en los casos a que se refiere el artículo 106 de la misma Constitución General."¹⁷

Por lo tanto debemos de entender que, para efectos de nuestro estudio, que es la orden de aprehensión, esta debe de librarse por un Juez o tribunal competente, y esta consiste en la privación de la libertad corporal de un individuo para ponerlo a disposición de la autoridad competente, para que esta a su vez determine la situación jurídica del indiciado. En nuestro país, para poder llevar acabo una detención, la autoridad que habrá de practicarla necesita una orden judicial, en donde se indique el motivo y causa de la molestia que se hace por parte del órgano facultado, es decir, que el acto de molestia debe de estar correctamente fundado y motivado y, por consiguiente deberá de constar por escrito, en el cual indudablemente, aparecerá la firma del Juez o tribunal que conociere del caso.

¹⁷T.XLI, p.1273. Amparo Penal en Revisión 4936, Garza Lázaro de la, 6 de junio de 1934. Unanimidad de 4 votos

2.2.- MANDAMIENTO JUDICIAL ESCRITO, FUNDADO Y MOTIVADO PARA QUE LA PERSONA, FAMILIA, DOMICILIO, PAPELES O POSESIONES PUEDAN SER MOLESTADOS

Indiscutiblemente que cualquier resolución dictada por la autoridad competente, deberá de ser por escrito y nunca verbalmente, de lo contrario se estarían violando de manera flagrante las garantías otorgadas por la Constitución General de la República. Esto es con la finalidad, de que la persona afectada se entere de la fundamentación y motivación del acto que se trate, es decir, de qué se le acusa. quien o quienes deponen en su contra y, así en determinado momento poder atacar dicha resolución.

La determinación judicial implica todo un acto de autoridad competente, derivada de un procedimiento emanado de un órgano investigador. cuya finalidad es la elaboración de una diligencia, que pueda ocasionar una molestia a la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones. De tal forma que el acto de molestia debe de estar fundado y motivado.

Para el emérito Sánchez Bringas, fundamentación es que *“la autoridad debe expresar los específicos ordenamientos legales que atribuyen a su encargo la*

competencia y las facultades para emitirlo, también los artículos que contemplan las hipótesis del caso concreto. Para fundar no basta la mención genérica de una ley o de un código, es imprescindible la identificación de cada uno de los ordenamientos aplicables al caso de que se trate."¹⁸

El doctor Burgoa, a su vez nos indica, citando al Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, tomo XIII, pag.514, que el concepto de fundamentación *"...consiste en que 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 realizar el acto de autoridad, que exista una ley que lo autorice...no es sino una consecuencia directa del principio de legalidad que consiste en que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite."*¹⁹

La autoridad competente se encuentra facultada para molestar los derechos de los gobernados, siempre y cuando su conducta antijurídica se adecuó a la prohibición expresa. Es de esta forma que para fundar alguna resolución de carácter judicial, es indispensable conocer con precisión, el o los textos correspondientes que describan determinado ilícito para que de esa manera se este en posibilidad de estudiar el artículo correspondiente e ir dividiéndolo para conocer su contenido en el estricto sentido de la palabra y, lograr una correcta adecuación a los hechos una vez

¹⁸Sánchez Bríngas, Enrique, Derecho Constitucional, Ed. Porrúa, 1997, p.626

¹⁹Burgoa Orihuela, Ignacio, Las Garantías Individuales, Ed. Porrúa, 1996, p.602

desintegrado dicho contenido, de tal suerte, que conociendo la substancia de lo que se quiere probar. se este en posibilidad de hacer uso apropiado con los medios de prueba con que se cuenta.

El segundo de los requisitos para que el gobernado pueda ser molestado, lo es que el acto de autoridad esté motivado, por esto entendemos que la manifestación de los razonamientos aludidos en la resolución se encuentren debidamente encuadrados al acto concreto de que se trata, es decir, deberán de señalarse las circunstancias especiales o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la eficacia del acto.

El acto de molestia fundado y motivado por autoridad competente tiene afectación en la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones.

“El concepto de persona desde el punto de vista jurídico, se establece en atención a la capacidad imputable al individuo, consistente en adquirir derechos y contraer obligaciones, teniendo la personalidad jurídica así expresada, como supuesto, la misma individualidad psico-física. En consecuencia, no todo individuo es una persona desde el punto de vista del derecho, puesto que, para adquirir esta calidad se requiere jurídicamente se le repute dotado de la citada capacidad.”²⁰

²⁰Burgoa Orihuela, Ignacio.op. cit. p.592

De tal forma, que la persona como individuo y como ente capaz de contraer obligaciones y derechos, es susceptible de ser afectado por un acto de molestia proveniente de la autoridad competente, es decir, que de acuerdo a lo regulado por el artículo 16 constitucional, se le puede restringir su libertad, se le puede coartar la libertad de obtener derechos y por consiguiente adquirir obligaciones.

El segundo aspecto que interesa estudiar y, que puede ser afectado por un acto de molestia lo es la familia; desde el punto de vista literal de lo establecido por el artículo 16 constitucional, debería de entenderse que a determinada familia por completo le afectaría una resolución dictada por autoridad competente. En este orden de ideas estamos a favor de lo que manifiesta el doctor Burgoa al decir que, *“Contrariamente a lo que a primera vista puede suponerse, la afectación por un acto de molestia en perjuicio del gobernado a través de su familia, no implica que la perturbación consiguiente se realice precisamente a dicho grupo, sino que opera en los derechos familiares del individuo.”*²¹

De tal forma, que al individuo como persona, al verse afectado en su familia, invariablemente debemos de estar conscientes de que se afectarán derechos familiares como lo son, su estado civil, relación de parentesco que guarde con los miembros de su familia, etc.

²¹Ibid. p.593

Para efectos del derecho, la connotación de domicilio se refiere a los lugares que previamente establecen los artículos 29 y 33 del código civil para el Distrito Federal. Existen diversas corrientes de lo que debe de entenderse como domicilio de acuerdo al artículo 16 de la Constitución, amen de que invariablemente, como ya lo dijimos, debemos estar acorde con lo establecido en los preceptos anteriores.

Para nuestro trabajo, interesa determinar que el domicilio de una persona puede ser vulnerado, o propiamente dicho, puede ser afectado por un acto de molestia, en el caso concreto de una orden de cateo, en la cual la autoridad competente se encuentra investida para invadir la privacidad de un hogar, siempre y cuando se encuentren elementos suficientes para hacerlo, caso típico lo es cuando se hayan en la vivienda escondidos objetos o sustancias prohibidas por la ley, o bien cuando en ella se ocultan indiciados. En la orden de cateo se determinará las personas que se buscan u objetos que sirvan para delinquir, posteriormente se realizará un acta circunstanciada en donde conste por escrito lo ocurrido, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar.

El artículo 16 constitucional se encarga de proteger diversos bienes jurídicos, como lo son, la vida del ser humano, su libertad en todas sus manifestaciones, la capacidad o titularidad de obtener derechos, la posesión de bienes muebles o inmuebles, entre otros, no negamos que todos son importantes y de igual manera todos tienen su razón de ser, pero el domicilio guarda particular interés ya

que, *"...representa un trasunto histórico del afán de proteger lo que se ha considerado como más sagrado e inviolable de la persona: su propio hogar."*²²

Por último, el primer párrafo del artículo en comento protege también los papeles y posesiones de la persona, entendiéndose bajo la denominación de papeles de acuerdo al artículo 16 de la Ley Fundamental *"...todos los documentos de una persona, es decir, todas las constancias escritas de algún hecho o acto jurídico. La razón de ser de la tutela que a dicho elemento imparten las garantías de seguridad jurídica contenidas en el mencionado precepto, estriba en poner a salvo de cualquier acto de molestia, especialmente de los cateos arbitrarios, la documentación del gobernado y que pueda servir de base a propósitos bastardos e inconfesables para comprometerlo en cualquier sentido."*²³

²²Ibid, p.595

²³Ibid, p.595

2.3.- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad o bien, garantía de legalidad, se constituye mediante las resoluciones que se encuentren debidamente fundadas y motivadas, la cual es un requisito de seguridad jurídica para todos los gobernados: el principio de legalidad impone al órgano jurisdiccional, respecto de su proceder diferentes requisitos y condiciones, para que de ésta manera se observen sus disposiciones concretamente en el caso aplicable. es decir, la determinación exige que la autoridad competente sustente su decisión en una norma que exista antes del hecho.

“La eficacia jurídica de la garantía de legalidad reside en el hecho de que por su mediación se protege todo el sistema de derecho objetivo de México, desde la misma Constitución hasta el reglamento administrativo más minucioso...”²⁴

La garantía de legalidad se encuentra implícita en la primera parte del artículo 16 de la Carta Magna, al manifestar que, nadie puede ser molestado en su persona, familia domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente. que funde y motive la causa legal del procedimiento: este precepto a su vez se encuentra ligado con el segundo párrafo del artículo 14 del mencionado ordenamiento, al referirnos que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, sino mediante juicio seguido ante los

²⁴Ibid, p.601

tribunales previamente establecidos, en que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Las disposiciones anteriores regulan el debido proceso legal, ya que por una parte el artículo 16 constitucional manifiesta que, nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En contraparte tenemos que el artículo mencionado en segundo término, se encuentran cuatro condiciones elementales del proceso, las cuales consisten en: a) que a ninguna persona podrá imponerse sanción alguna, sino mediante juicio o proceso jurisdiccional; esto consiste en que una vez determinado el evento delictivo, con las formalidades que la ley exige, se le determine su situación jurídica y se le haga saber el o los delitos por el cual se le acusa y que estos se encuentren plasmados expresamente en la ley aplicable. b) que tal juicio, se substancie ante tribunales previamente establecidos; esta hipótesis encierra dos variantes, es decir, los militares indudablemente, se les seguirá proceso, si es el caso, en los tribunales militares. A las personas civiles se les seguirá proceso en tribunales distintos a los de los militares. c) que en el mismo se observen las formalidades del procedimiento; el ordenamiento legal encargado para dictar el procedimiento en las causas penales, que es el aspecto que interesa en este momento, lo es el Código de Procedimientos Penales, ya sea para el Distrito Federal o bien a nivel federal. En él se observan las características elementales para llevar a cabo el procedimiento, el cual en caso de duda o alguna laguna existente, si se podrá atender a lo que disponen otros

códigos, en donde no hay limitación expresa al respecto. d) que el fallo respectivo se dicte conforme a las leyes existentes con antelación al hecho o circunstancia que hubiere dado motivo al juicio; en efecto, es menester que exista determinado precepto que castigue la conducta ilícita de la persona, *"...tal disposición constitucional pretende ser una referencia al principio universal del Derecho Penal que se anuncia como nullum crimen nulla poena, que prohíbe la creación extra legem de delitos y penas por parte del juzgador"*²⁵

Como se observa, en tanto que el artículo 14. regula constitucionalmente los requisitos generales que deben de satisfacer las sanciones o actos de privación, el 16 instaura las características que deben tener los actos de autoridad al seguir los procedimientos encaminados a la imposición de aquellas, los cuales siempre deben de estar previstos por un precepto legal en sentido material, proporcionando de esta forma la protección al orden jurídico.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación determina: *"La llamada garantía de legalidad protege directamente de la violación de leyes secundarias y sólo indirectamente de la violación de los artículos 14 y 16 constitucionales, en cuanto estos establecen que todo acto de autoridad debe ser conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho y, que nadie puede ser molestado sin mandamiento que funde y motive la causa legal del procedimiento, entendida la violación de estos preceptos en sentido material y no en el formal, es decir. en el*

²⁵De la Cruz Agüero, Leopoldo, Procedimiento Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 1996. p.10

sentido de que no se haya resuelto conforme a la ley porque, citándose una ley como aplicable y expuestos los motivos que hacen que el caso encaje en la hipótesis normativa, los razonamientos de hechos y de derechos resulten contrarios a la lógica o a la ley que se pretende aplicar para fundar el acto. Y la violación constitucional directa, en estos casos, será la violación causada al citarse una ley secundaria expedida con posterioridad al hecho, o la violación formal causada por omitirse citar preceptos legales secundarios que funden al acto, o por no expresarse razones acerca de la adecuación de los hechos del caso a la hipótesis de la norma que se haya citado”²⁶

²⁶Vol.60, sexta parte, p.29. Primer Circuito, Primero Administrativo, Amparo en Revisión 487/73. Jacuzzi universal, 3 de diciembre de 1973, unanimidad de votos

2.4.- PRIVACIÓN DE DERECHOS SOLO MEDIANTE JUICIO APEGADO A LAS FORMALIDADES DEL PROCESO

La Constitución General de la República Mexicana, reconoce libertades y derechos a los gobernados, que comprenden su vida, libertad corporal, propiedades y posesiones, (las cuales como ya se dijo, son susceptibles de afectarse jurídicamente para garantizar y proteger las libertades y derechos de otras personas), pero esta Ley fundamental no lo hace en forma absoluta o limitativa, sino que impone un candado jurídico que responde al principio de que lo que no está prohibido, está permitido, con la única excepción de que no se afecten derechos y libertades de terceros. Por eso cuando una persona actúa en forma contraria a lo que establecen las leyes, la autoridad podrá hacer que responda por sus actos, mediante la facultad que se le otorga, pero lo hará solo mediante juicio previamente establecido y que se lleven a cabo las formalidades establecidas. Iniciando como ya con anterioridad lo dijimos, con un escrito fundado y motivado, en donde se expresará la causa del procedimiento y los argumentos establecidos por la autoridad competente.

“Todo procedimiento penal, mercantil, laboral, agrario, administrativo, etc. encuentra su razón de ser en los principios de previa audiencia y legalidad contemplados en la Constitución General de la República, por lo que si

durante la secuela de uno de esos procedimientos se violan sus elementos que amparan tales garantías, los actos y sentencias que se decreten o pronuncien en los mismos estarán viciados de origen y serán nulos a la luz del derecho”²⁷

Las formalidades esenciales del procedimiento, son las que debe tener todo juicio, para proporcionar una oportunidad a las partes que intervienen en el litigio, dentro de las cuales cabe destacar que tienen derecho a ofrecer y desahogar pruebas, tienen el derecho de interponer recursos de impugnación, como lo son la apelación y el amparo (en donde en ambas figuras jurídicas el plazo está previamente fijado); en el ámbito penal el acusado tiene además los derechos consagrados en el artículo 20 constitucional, entre los cuales destacan que tiene derecho a no contestar a las preguntas del defensor o del Ministerio Público; puede defenderse por sí o por persona de su confianza; en caso de que exista la posibilidad, puede solicitar su libertad bajo caución o fianza; no podrá ser obligado a declarar, entre otras.

“Debe tomarse en consideración que la jurisprudencia ha señalado que el derecho de audiencia en cuanto a la defensa procesal, se impone tanto al legislador como a las autoridades administrativas; en el primer supuesto, los órganos legislativos deben establecer en las leyes que expidan los procedimientos que permitan la defensa de los particulares, por lo que si el ordenamiento respectivo no proporciona esa oportunidad de audiencia, deberá de considerársele inconstitucional. Por lo que respecta a la autoridad administrativa, la jurisprudencia

²⁷ De la Cruz Agüero, Leopoldo, op.cit. p.6

de la suprema Corte de Justicia de la Unión ha establecido su obligación directa de proporcionar la oportunidad de defensa a los afectados, aun cuando la ley del acto no establezca ni el procedimiento ni las formalidades esenciales respectivas."²⁸

Es importante hacer mención que, en nuestro régimen jurídico existen dos materias en las cuales no se exige la previa audiencia y legalidad, una de ellas es la contemplada en el artículo 27 constitucional, respecto a la expropiación por causa de utilidad pública y, la otra consiste en la fijación de las tasas impositivas a que es facultad económica-coactiva del Estado.

²⁸Tesis 339, p.569, apéndice 1975. Segunda Sala.

2.5.- DEFINICIÓN DE ORDEN DE APREHENSIÓN

Necesario es para nuestro estudio proporcionar un buen concepto de la figura jurídica conocida como orden de aprehensión, ya que es el tema que nos atañe desmenuzar y, por ende tener comprendido el alcance y finalidad de dicha acepción.

Consideramos que las siguientes definiciones son algunas de los más connotados juristas de la materia penal, por lo tanto algunas coinciden en la terminología otorgada.

Para Guillermo Colín Sánchez, orden de aprehensión desde el punto de vista procesal, significa *“una resolución judicial en la que, con base en el pedimento del agente del Ministerio Público y satisfechos los requisitos indicados en el artículo 16 constitucional, se ordena la captura de un sujeto determinado, para que sea puesto, de inmediato, a disposición de la autoridad que lo reclama, o requiere, con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye.”*²⁹

²⁹ Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, 1995, p.362.

“Aprender viene del latín prehencia, que denota la actividad de coger, se asir. En términos generales se debe de entender por aprehensión el acto material de apoderarse de una persona privándola de su libertad.”³⁰

“La detención consiste en la privación de la libertad de una persona para ponerla a disposición de un Juez o tribunal competente. Técnicamente, es una medida transitoria que restringe la libertad de una persona hasta que una resolución judicial o de la autoridad que determino la detención definan la situación jurídica de la misma.”³¹

En estos tres conceptos, observamos que se encuentran tres características fundamentales que es necesario mencionar; la primera de ella es que, indiscutiblemente la orden de aprehensión única y exclusivamente se encuentra encaminada a coartar la libertad física o corporal de la persona, es decir, no puede excederse a afectar otros derechos u obligaciones del individuo. Por consiguiente, el acto de autoridad judicial competente que emita una orden de aprehensión, deberá de especificar a que persona va dirigida la resolución.

El otro aspecto consiste en que una vez cumplimentada una orden de aprehensión, la autoridad ejecutora deberá de poner inmediatamente al indiciado a disposición del Juez (esto es, que estará tras las rejas del juzgado), que libró la orden

³⁰ Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal, Ed. Porrúa, 1991, p.137

³¹ Comisión Nacional de Derechos Humanos, “Los Derechos Humanos de los mexicanos: un estudio comparativo”. 1991

de aprehensión y por consiguiente, es de esta forma que se impide la libertad del individuo. Cabe hacer mención, que para que se gire la orden de aprehensión, el delito por el cual se sigue la causa deberá de ser sancionado con pena corporal, existiendo una excepción a la regla y, es la estipulada en el artículo 272, párrafo segundo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual manifiesta que tratándose de delitos culposos, cuya pena de prisión no exceda de cinco años, el acusado será puesto a disposición del Juez directamente, sin quedar internado en los lugares de prisión preventiva para que pueda solicitar su libertad provisional.

El tercer aspecto es el relativo a que la persona estará a disposición del Juez que libró la orden judicial de aprehensión y, es para el efecto de que la autoridad jurisdiccional le ponga en conocimiento del o los delitos por el cual se le acusa, el o las personas que lo acusan y demás circunstancias de su estancia en el lugar de prisión preventiva, para que de esta manera se le determine su situación jurídica y causa legal del proceso.

Para nosotros la orden de aprehensión consiste, en que una vez que el Juez o el tribunal competente, tienen conocimiento de que existe un delito, previamente investigado por la institución del Ministerio Público, el primero tiene la facultad de emitir una resolución que, invariablemente afectará la esfera jurídica de la persona a que va dirigido dicha determinación y por ende, perderá su libertad corporal en cuanto se defina su situación jurídica.

Mencionamos que perderá su libertad corporal en cuanto se defina su situación jurídica, ya que existe la posibilidad de que, aún siendo delito que la ley castigue con pena privativa de libertad y no es considerado como grave, inmediatamente que lo solicite el indiciado, podrá pedir su libertad caucional. Con esto no tratamos de decir que estará exento de que se le siga un procedimiento, al contrario, estará a disposición del Juez o tribunal que haya girado la orden de aprehensión, hasta que se determine su calidad, situación que en capítulo previo estudiamos, al referir que una persona puede guardar diferentes situaciones jurídicas respecto al procedimiento penal: la de indiciado, cuando sólo existen datos de la posible comisión del delito y de su intervención en él; la de procesado, cuando ha cambiado esa situación por haberse comprobado el delito y la presunta responsabilidad; la de acusado, cuando ya no sólo se ha comprobado el delito, sino que se ha delimitado este y plenamente se han comprobado responsabilidad y participación del agente del delito y del sujeto pasivo del mismo; la de sentenciado, es decir, es en este caso cuando al individuo se le ha determinado la pena que tendrá que cumplir en lugar destinado para tal efecto, y finalmente la de reo, cuando en virtud de una sentencia que ha causado ejecutoria se le aplica al sujeto la pena correspondiente.

La orden de aprehensión para que pueda dictarse, invariablemente necesita de requisitos que la propia ley le exige, los cuales consisten en: a) que exista denuncia o querrela; b) que la denuncia o querrela sea sobre un delito que se sancione con penal corporal; c) que existan datos que acrediten los elementos que integran el

tipo penal; d) que existan datos que acrediten la probable responsabilidad del indiciado y que la solicitud la haga el agente del Ministerio Público.

En capítulo posterior, explicaremos en que consiste la querrela, denuncia o acusación. Por el momento dejamos asentado que una orden de aprehensión nunca es de oficio, ya que indiscutiblemente se necesita que exista denuncia, acusación o querrela de parte de persona que conozca del evento delictivo y, esta a su vez haga del conocimiento del Ministerio Público para que esté en posibilidad de solicitarle a la autoridad competente el libramiento de la orden de aprehensión.

La orden de aprehensión debe de precisar las circunstancias agravantes o atenuantes de los delitos, de acuerdo a la tesis que debe de prevalecer con carácter de jurisprudencia, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

"ORDEN DE APREHENSIÓN. DEBEN PRECISARSE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES O ATENUANTES DEL DELITO, DE ACUERDO CON LA REFORMA DEL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES.-El segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución General de la República, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, estatuye

*que: "No podrá librarse orden de aprehensión, sino por la autoridad judicial y sin que precede denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indicado". Dentro de este contexto normativo, es obligación constitucional y legal de todo juzgador, al emitir una orden de aprehensión, determinar cuales son, según el delito de que se trate, los datos que acreditan los elementos del tipo penal, a fin de que quede precisada no sólo la figura delictiva básica, sino que además, de ser el caso, se configure o perfile su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el dictado de la orden de captura, como consecuencia del ejercicio de la acción penal realizada por el Ministerio Público, surte el efecto procesal de poner a disposición del Juez al indicado en relación con determinado delito: por tanto, deben quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo las modificativas que, en su caso, surjan de los hechos materia de la con asignación. Ia./J.18/98*³²

Esta tesis jurisprudencial, se dictó a partir de que existió la contradicción de tesis 23/97, entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, manifestaba que eran infundados los agravios expresados, al referir que desde el

³² Publicaciones Especializadas Mexicanas, S.A. p.16

libramiento de la orden de aprehensión deberían de incluirse, si era el caso, las atenuantes o agravantes de determinado ilícito; y por otra parte el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, refería que al dictar la orden de aprehensión, no era posible por parte del juzgador, sentar las calificativas de los delitos, pues ello debería de ser materia de prueba durante el procedimiento. Situación por la cual hubo necesidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitiera su razonamiento al respecto.

Consideramos que su decisión fue acertada, ya que si bien es cierto, que la precisa clasificación del delito no es necesaria para dictar la orden de aprehensión, también lo es el hecho de que al manifestarle al indiciado el delito por el cual es acusado y, hacerle notar las agravantes o atenuantes (en caso de que existan), en la resolución judicial, este estará en una mejor posición para poder defenderse y atacar, ya en el procedimiento lo que a su derecho convenga.

Hacemos notar, que de no actuarse de esa forma, se estaría violando la garantía de defensa instaurada en el artículo 14 constitucional a favor de los indiciados, la cual consiste en que nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, de sus posesiones, propiedades o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; es decir, se les dejaría en total estado de indefensión al no tener conocimiento pleno del asunto del litigio y de la acusación que obra en su contra, para estar en posibilidad de

desarrollar su defensa adecuadamente y, ante todo, que desde el principio del procedimiento se entere fehacientemente de los hechos. Cabe hacer mención que la referida tesis fue pronunciada apenas en el mes de abril de 1998.

3.1.- DENUNCIA; ACUSACIÓN; QUERELLA

El artículo 16 constitucional en su párrafo segundo nos menciona que no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que precede denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito...

En capítulos anteriores estudiamos lo que se debe de entender como orden de aprehensión y autoridad competente, nos corresponde en este momento profundizar sobre los requisitos de procedibilidad que exige el artículo antes mencionado, los cuales son: la denuncia, acusación y querrela.

a).-Denuncia.- Para el jurista Leopoldo de la Cruz Agüero. *“la denuncia consiste en la información que proporciona cualquier persona al Ministerio Público o Policía Judicial, sobre la existencia de determinado hecho delictuoso, ya sea que se haya cometido, se esté cometiendo o se vaya a realizar, facultad y obligación informativa o de comunicación que la Constitución General de la República otorga a todo ciudadano...se afirma también que la denuncia constituye un acto por medio del cual se hace saber a la autoridad , y sea por escrito o por comparecencia personal, de la existencia de un hecho delictuoso para que la autoridad correspondiente procesal a su investigación.”*³³

33_De la Cruz Agüero, Leopoldo, op. cit. p.98

Por otra parte, el maestro Rivera Silva nos menciona que, *“la denuncia es la relación de actos, que se suponen delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos.”*³⁴

De los conceptos antes mencionados, observamos que la denuncia en si misma contiene los siguientes elementos: a) cualquier persona puede manifestar la denuncia ante la autoridad competente, puede no desear que se persiga al autor del delito y, esta puede ser vía oral o escrita, en caso de ser escrita, invariablemente el documento deberá de contener todos los datos de quien la suscribe o firma y, lógicamente asentar o manifestar lo que se sabe del evento delictivo; b) que se realice ante autoridad investigadora, esto supone que tendrá que hacerse ante el Ministerio Público, ya que de acuerdo al artículo 21 constitucional, la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con un policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Por lo tanto, consideramos que una denuncia hecha ante autoridad judicial, no presupone el inicio de una averiguación previa, sino que la misma autoridad tendrá conocimiento del evento delictivo y, por lo tanto estará obligada a denunciarla ante la autoridad correspondiente, tal y como lo señalada el artículo 117 del Código Federal de Procedimientos penales, al referir que toda persona en ejercicio de sus funciones públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, está obligada a participarlo inmediatamente al Ministerio

³⁴Rivera Silva, Manuel, op. cit. p.98

Público...; c) una relación detallada de lo que consistió el hecho delictuoso o de lo que se tiene conocimiento, elemento que servirá a la autoridad competente para determinar si efectivamente los que se narra constituye delito o no y de esta manera buscar los elementos necesarios para perseguir los delitos y, en su oportunidad, consignarlo a la autoridad judicial.

En caso de que la persona sepa de algún ilícito y no dé parte a la autoridad investigadora de un hecho delictuoso, ésta automáticamente se convertirá en cómplice del delito, sin menoscabo de la pena señalada el en artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal, *“ya que cuando se tiene conocimiento de hechos considerados delictuosos, el ciudadano se convierte en cómplice o coparticipe e incurre en responsabilidad penal, salvo las excusas que al efecto contempla la ley.”*³⁵

A continuación expondremos algunas opiniones de lo que se considera denuncia, para tal efecto transcribiremos lo que nos sugieren los ilustres doctores en derecho Miguel Acosta Romero y Eduardo López Betancourt. al citar al jurisconsulto Sergio García Ramírez, este a su vez basándose en otros connotados juristas.

“Carnelutti: El ejemplo más común del acto procesal facultativo es la denuncia y a este precepto el lector es advertido sobre la diferencia . subespecie de la naturaleza de la relación procesal , entre la denuncia por una parte y la querrela por

³⁵De la Cruz Agüero, Leopoldo, op. cit. p.98

otra; por la misma razón que induce a contemplar en la querrela un negocio jurídico, debe ser reconocida a la denuncia la naturaleza de acto facultativo.

Florian: La denuncia es la exposición de la noticia de la comisión del delito hecha por el lesionado o por un tercero a los órganos competentes. La denuncia es el instrumento propio de los actos perseguidos de oficio.

Briseño Sierra: Denuncia es una participación del conocimiento.

Rodríguez R.: Denunciar, en general es un noticiar, dar aviso de algo. En derecho es dar parte o aviso a la autoridad sobre un hecho que se estima delictuoso, que se ha presenciado, conocido y sobre el cual exista acción pública, es decir, que no exija denunciante exclusivo o querellante.

Claría Olmedo: Es la transmisión de conocimiento por la cual un particular comunica formalmente a la autoridad la existencia de un hecho delictuoso que da lugar a la acción penal promovible por el Ministerio Fiscal.

*Fenech: Entendemos por denuncia el acto procesal consistente en una declaración de conocimiento emitida por una persona determinada, en virtud de la cual proporciona al titular del órgano jurisdiccional la noticia de un hecho que reviste los caracteres del delito o falta.*³⁶

³⁶Acosta Romero, Miguel y López Betancourt, Eduardo. Delitos Especiales. Ed. Porrúa, 1994, p.p.59 y 60

b).- La acusación es otro de los elementos que admite el artículo 16 de la Carta Magna, para que la autoridad investigadora tenga conocimiento de un hecho que se considere delictuoso.

“La acusación se estima que es una imputación directa en contra de una persona como autora en la comisión de un hecho o acto considerado como ilícito, formulada ante el Ministerio Público por quien se dice ofendido o agraviado, de una manera escrita o por medio de comparecencia personal, es pues, la acción de hacer saber a la autoridad correspondiente ciertos hechos delictuosos cometidos por una persona, en detrimento de quien comparece, con el deseo de que se le castigue y condene a la reparación del daño, si procediere.”³⁷

Como se puede observar, existe similitud entre la denuncia y acusación, ya que en ambas se requiere que una persona haga del conocimiento a la autoridad investigadora de algún ilícito contemplado en las leyes, en ambas figuras se puede comparecer personalmente o bien por escrito.

La diferencia que existe entre estos elementos de procedibilidad, es de considerable trascendencia, ya que si bien es cierto, en ambos la puede realizar cualquier persona, en la acusación, de acuerdo a la definición antes otorgada, el término de “cualquier persona”, nos lleva a la imperiosa necesidad de pensar que indeterminada persona puede ser víctima del delito, es decir, en este elemento además

³⁷De la Cruz Agüero, Leopoldo, op. cit. p.99

de que puede ser cualquier persona, se requiere que haya sido el ofendido o agraviado directo del autor del delito quien haga la acusación, por consiguiente el ofendido o agraviado tiene deseo o gran interés en que se castigue al acusado, o bien se condene a la reparación del daño en caso de que proceder.

Otra característica de la acusación, es la consistente en que en la comparecencia o escrito, se señala directamente al autor de un delito, ya que el ofendido o agraviado tuvieron contacto directo con el agresor (en la mayoría de los delitos), siendo de esta forma que se proporcione el nombre, domicilio, edad aproximada, sexo, estatura y demás señas particulares que hagan posible su detención.

Advertimos, que a lo largo del estudio de nuestra bibliografía, lamentablemente la mayoría de los autores se limitan a explicar únicamente lo concerniente a la denuncia y querrela, razón que consideramos equivocada, ya que si bien es cierto, existen aspectos similares entre denuncia y acusación, también lo es el hecho de que la propia Constitución General de la República acepta tal distinción entre ambas, esto con la finalidad de que cualquier persona tenga la oportunidad de hacer del conocimiento a la autoridad investigadora de cualquier hecho delictuoso y, no se encuadre en una sola de las hipótesis, por lo tanto consideramos acertada la pluralidad de elementos de procedibilidad para que la autoridad judicial pueda librar una orden de aprehensión.

C).- El tercer elemento de procedibilidad para dar comienzo a la averiguación previa y, que señala el a 16 de la Constitución, es el de la querrela, la cual se encuentra estructurada casi de igual forma que la denuncia y acusación, es decir, está compuesta por una relación de hechos; que esa relación sea hecha por la parte ofendida y que se manifieste la queja con el deseo de que se persiga al autor del delito.

En el sistema jurídico mexicano, se maneja indistintamente el significado de la querrela y la acusación, situación, que como anteriormente expusimos, no estamos de acuerdo, por las siguientes razones.

Una es que, si tomamos en cuenta las diferentes acepciones que se le otorgan al término de querrela, observamos que ésta la puede presentar el apoderado o representante legal, ya sea de las personas físicas o morales, es decir, una vez que se tiene conocimiento de un hecho que se considera delictuoso, se le delega poder a otra persona para que esta se presente a comparecer ante la autoridad; de tal suerte que nos encontramos que el lesionado puede ser representado en la formulación de la querrela, proponiendo dos situaciones: cuando el ofendido es menor de edad, y cuando la persona ofendida es una persona moral, esto es que, *"se considera la manifestación de la voluntad de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible*

*de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal respectiva.*³⁸

Otra de las diferencias que consideramos pertinentes apuntar, es la relativa a que se menciona que la querrela debe de presentarse ante los delitos no perseguibles de oficio, cabe señalar que estos delitos, entre otros son: peligro de contagio entre cónyuges, violación entre cónyuges, lesiones que tarden en sanar menos de quince días, adulterio, abuso de confianza, así como robo y fraude, en determinados casos.

Otra de las diferencias que acertamos anotar, es la correspondiente a que no existe persona determinada al momento de ofrecer la querrela, en efecto, *“en la querrela el que se dice ofendido denuncia o pone en conocimiento del Ministerio Público un hecho que se considera ilícito y se ha cometido en su perjuicio, pero sin señalar a persona determinada como autora, es decir, no formulando una imputación directa, sino únicamente se concreta a narrar ampliamente tales hechos y será la autoridad quien con los elementos aportados investigue al autor o a los autores.”*³⁹

En la acusación dejamos asentado que el ofendido señala directamente al autor del delito porque lo tuvo directamente; situación que no ocurre en la querrela,

³⁸De la Cruz Agüero. Leopoldo, p.p.99 y 100.

³⁹ ibid. p.101.

aunque si bien cierto que la finalidad entre estos elementos es el deseo de que se castigue al culpable del delito.

De igual manera, por lo antes expuesto, hacemos del conocimiento que tampoco podemos confundir la denuncia con la querrela, ya que de igual forma cada una exige sus requisitos, por consiguiente nos apropiamos de la aseveración que establece el profesor Jorge Alberto Silva Silva al referir que, *“en ocasiones se confunden ambas condiciones de procedibilidad, de ahí que mencionaremos una de sus diferencias. Aunque ambas coinciden en ser condiciones de procedibilidad, difieren en que la querrela contiene, además, la declaración de voluntad para que se promueva y ejercite la acción penal, característica que le es extraña a la denuncia. Dicha declaración se manifiesta en la anuencia o permiso para la promoción y ejercicio de la acción procesal activa.”*⁴⁰

Indiscutiblemente que, no se le puede requerir al querellante al momento de denunciar ante el órgano investigador, que narre detalladamente todos y cada uno de los actos de que tiene conocimiento, sino que habrá de hacer una relación de hechos que le consten y que considere delictuosos; este principio encuentra sustento en la tesis jurisprudencial emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual al pie de la letra nos dice:

⁴⁰Silva Silva, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Ed.Harla. 1990. p.241

*"QUERRELLA, RELACIÓN DE HECHOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA. La querrella es una relación hechos expuesta por el ofendido ante el órgano investigador con el deseo manifiesto que se persiga al autor del delito y, el querellante, al exponer su queja y su deseo ante el Ministerio Público lo hace de conformidad con su recuerdo y percepción, si que se le pueda exigir proporcionar una relación total sobre como hayan sucedido los hechos, porque es el Juez quien tiene en el procedimiento la carga procesal de allegarse al conocimiento integral del evento criminoso, de conformidad con los datos que en su totalidad arrojen los demás elementos que constituyen el expediente."*⁴¹

Una vez que se han reunido los requisitos de procedibilidad antes enunciados y, que el órgano investigador estima que existen elementos para juzgar al autor o autores de un delito, se da inicio a lo que se conoce como averiguación previa, tema que estudiaremos a continuación.

⁴¹Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. -Amparo Directo 3411/78.- 15 de marzo de 1979.

3.2.- AVERIGUACIÓN PREVIA

Consideramos que es en la averiguación previa, cuando se prepara el procedimiento penal, una vez reunidos los requisitos de procedibilidad que señala el artículo 16 constitucional. La averiguación previa es entendida como, *“la etapa procedimental, en la que el Estado por conducto de Procurador y de los agentes del Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de policía judicial, práctica las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar, en su caso, la acción penal, para cuyos fines, deben estar acreditados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.”*⁴²

Una vez que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho que se considera delictuoso, esta autoridad, como lo estipula el artículo 21 de la Constitución, se encuentra facultada para iniciar investigaciones correspondientes, tendientes a presentar ante el Juez correspondiente al partícipe del delito.

En la investigación que realiza la representación social, puede que se encuentre dentro de los siguientes aspectos: a) que con las diligencias practicadas, considera que no hay delito que perseguir y, por consiguiente no exista probable responsabilidad; b) estimando que con las investigaciones realizadas, encuentre la existencia de un delito que se castigue con privación de la libertad y la probable

⁴²Colín Sánchez, Guillermo. op. cit. p.311.

responsabilidad del individuo, ya sea con detenido o sin detenido (aspectos que con posterioridad estudiaremos); c) realizado el trabajo por el agente del Ministerio Público o la policía judicial, se estime que hay delito sin corresponderle pena corporal al individuo.

En la primera hipótesis, cuando se considera que no existen elementos para ejercitar acción penal en contra de alguien, la averiguación se manda a reserva o archivo. Se manda a reserva cuando faltan de realizar algunas diligencias, para el perfeccionamiento de la averiguación y por lo tanto no se tienen datos suficientes para turnarlos al Juez o tribunal competente, Rivera Silva nos menciona que, *“cuando las diligencias no se han practicado por una dificultad material que impide la práctica de las mismas, por el momento se dicta resolución de reserva, ordenándose a la policía haga investigaciones tendientes a esclarecer los hechos.”*⁴³

La otra situación que se puede presentar en este caso, es que la representación social decida ordenar que las diligencias practicadas hasta el momento se archiven, es decir, que se dejen guardadas por considerar que no hay delito que perseguir, al respecto el nos atrevemos a citar de nueva cuenta, al maestro Rivera Silva al referir que, *“cuando practicadas todas las diligencias, no se compruebe el delito se determina el ejercicio de la no acción penal. Esta resolución, llamada*

⁴³Rivera Silva, Manuel. op.cit. p.135

vulgarmente de archivo, ha sido criticada, manifestando que el Ministerio Público se abroga facultades jurisdiccionales al declarar que un hecho no es delictuoso."⁴⁴

Nuestro punto de vista a la opinión precedente es la siguiente: Debemos de considerar que tanto el Ministerio Público, como el Juez o tribunal competente, son autoridades autónomas y, por ende tienen facultad de establecer un criterio propio a determinados aspectos. Pero si tomamos en cuenta que el Ministerio Público es una autoridad puramente administrativa, a este le corresponderá únicamente investigar, hechos presumiblemente delictuosos, en consecuencia, estimamos correcto, que la representación social no debe de atribuirse el derecho de determinar si se considera delito o no un acto específico, ya que correspondería al Juez o tribunal estudiar el expediente, o mejor dicho, las diligencias practicadas, ya que es una autoridad judicial que tiene la obligación y derecho de impartir la justicia. Sin perder de vista que en ocasiones, algunas personas piensan que determinados ilícitos corresponden a la rama penal, situación que no siempre se da, por lo tanto el órgano investigador en la materia antes referida, tendría la obligación de orientar a quienes acuden a ellos para que los guíen a quien realmente corresponda el asunto, para que de esa forma el Estado tenga control de lo que sucede en todas las ramas del derecho así su labor sea satisfactoria para todos los gobernantes.

⁴⁴ *Ibid.*, p.135.

3.3.- ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Lo que estipulaban ambos artículos, era exactamente lo mismo, es por lo tanto que consideramos prudente nombrarlos, ya que uno es a nivel federal y otro del fuero común del Distrito Federal.

Estatuían los artículos que, el Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y, la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y 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. Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos, g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea. Para resolver sobre la probable

responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar sino 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 la ley señale.

Es este artículo, junto con el artículo 16 de la constitución que otorgan la base para el libramiento de la orden de aprehensión, o bien el auto de formal prisión, ya que solicita todos y cada uno de acontecimientos necesarios para motivar y fundamentar las decisiones judiciales.

Ahora bien, entraremos de lleno al estudio de la disposición antes referida. En primer término tenemos que, el Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción. Observamos que le corresponde al Ministerio Público encontrar los elementos de tipo penal de que se trate (al respecto mencionaremos, que antes de la reforma de 1993, se conocía como cuerpo del delito, a lo que en la actualidad nos encontramos con discernimiento entre los juristas; en efecto, algunos mencionan que no debió de cambiar de denominación y, por el contrario, existen otros tantos que apoyan totalmente el cambio), los elementos del tipo penal los exige de igual manera el artículo 16 de la Constitución, por lo tanto los estudiaremos posteriormente, en el capítulo correspondiente.

La probable responsabilidad la define Cesar Augusto Osorio y Nieto como, “...la posibilidad razonable de que una persona determinada haya cometido un delito y existirá cuando del cuadro procedimental se deriven elementos fundados para considerar que un individuo es probable sujeto activo de alguna forma de autoría; concepción, preparación o ejecución o inducir o compeler a otro a ejecutarlos. Se requiere, para la existencia de la probable responsabilidad, indicios de responsabilidad, no la prueba plena de ella, pues, tal certeza es materia de la sentencia”⁴³

Una vez acreditados estos requisitos, la autoridad judicial examinará si se encuentran acreditados en autos, con los siguientes elementos:

a).- La correspondiente acción. Una vez teniendo las pruebas con las que cuenta el Juez para realizar alguna determinación, deberá de acreditarlas con la correspondiente acción, la cual contemplamos como el conjunto de actos u omisiones tendientes a transformar la esfera jurídica de terceros, o en ocasiones de uno mismo y, es de esta forma que existe un cambio en el mundo fáctico legal, que de no haber cambio, entonces no interesaría al ámbito jurídico. La acción es una forma de observar el comportamiento de los sujetos que intervienen en el evento delictivo y ubicarlos en su participación. La conducta u omisión, es importante acreditarla correctamente, ya que de ella derivan los demás elementos que exige el ordenamiento legal, y si no existe ésta, no se contarán con los demás elementos del delito de que se

⁴³Osorio y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa. Ed. Porrúa, 1990, p.p. 25 y 26

trate, ya que la "acción o conducta (comportamiento) constituye el núcleo o núcleos (verbo o verbos) en la descripción (hacer o dejar de hacer). En todas la hipótesis típico-penales, se prevé la actividad o inactividad traducidas en un comportamiento, el cual, al ser realizado, afectando o poniendo en peligro al bien jurídico protegido, implica una actuación que puede ser incriminable. De esta forma, si se contempla detenidamente la hipótesis delictiva, encontramos en ella un verbo o verbos que denotan la actividad o inactividad del sujeto para, mediante cualquiera de ellos, se lleve a cabo la afectación o puesta en peligro. No puede existir hipótesis alguna en la cual se haga abstracción de la conducta, porque el delito, independientemente de su composición técnico-jurídica, requiere del substracto humano, debido a esto, para su estructura resulta indispensable la base que viene a ser constituida por la conducta humana, sin ésta, no puede ni tan siquiera pensarse en los demás elementos del delito."⁴⁶

b).- El segundo de los elementos que se requiere para poder librar una orden de aprehensión, es dejar en claro la participación de el o los sujetos activos del delito, es decir, comprobar fehaciente el número de los que intervinieron en su ejecución y la manera de llevar a cabo los actos u omisiones tendientes a crear una afectación al bien jurídicamente tutelado. En la práctica se observa que existen diferentes criterios al momento de acreditar este elemento, ya que existen órganos jurisdiccionales, que al momento de motivar su resolución, en este apartado, exponen una breve síntesis de la participación del o los sujetos activos; por otro lado existen

⁴⁶ González Quintanilla, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, 1997, p. 638

también quienes únicamente se limitan a mencionar la fracción correspondiente del artículo 13 del Código Penal, para de esa manera indicar la forma de participación del o los sujetos. Estamos nosotros a favor de la primera opción, ya que una breve síntesis de la forma de actuar del o los sujetos activos del delito, hará que se especifique concretamente su intervención en el evento delictivo.

“El activo es cualquier partícipe que al llevar a cabo el comportamiento, pone en forma culpable una condición física o psíquica que trasciende al delito, por lo tanto, responderán por la comisión u omisión delictiva, quienes intervienen en el evento, ya sea por actividad o inactividad, mediante la cual resulta la afectación o puesta en peligro del bien jurídico protegido.”⁴⁷

Incluimos otra definición de lo que puede entenderse como sujeto, es la que no hace saber el jurista Colín Sánchez al referir que, *“en la ejecución de conductas o hechos delictuosos, interviene un sujeto físico, quien mediante un hacer o un no hacer, legalmente tipificados, da lugar a la relación jurídica material del derecho penal y, en su caso, a la relación jurídica procesal.”⁴⁸*

c).- La forma de realización del delito, ya sea por acción u omisión puede ser dolosa o culposa; se considera que hay dolo cuando se conocen los elementos del tipo penal, o bien se previene, se quiere y se acepta la realización del

⁴⁷González Quintanilla, José Arturo. op. cit. p. 639

⁴⁸Colín Sánchez, Guillermo. op. cit. p.223

evento delictivo; existe culpa cuando se produce el resultado previsto en la ley el cual no se previno, pudiéndolo ser y, se viola un deber de cuidado que se debía y podía observar.

Un concepto general que, de dolo podemos proporcionar es el que nos indica, *“que el dolo es una voluntad de contenido típico a virtud de propia decisión, independientemente del conocimiento que el sujeto tenga de la tipicidad y de la antijuridicidad de su acción, lo importe es el contenido de su voluntad y no la conciencia de la tipicidad o de la antijuridicidad, es decir, lo fundamental es si se quería o no realizar el hecho típico.”*⁴⁹

De acuerdo a la definición que antecede, se observa que, independientemente de que el sujeto conozca o no plenamente los elementos del tipo penal, lo que al derecho le interesa es la finalidad de su acción u omisión. No se trata, pues, de que el sujeto quiera o no quiera la realización del hecho punitivo, o conozca o desconozca los elementos del tipo, ya que es obvio que una persona que haya cometido delito alguno, ésta no quiera, por lógica, encontrarse en juicio, más aún, dentro de la prisión para que pague por sus actos delictivos.

El otro aspecto que se estudia en este apartado, es el referente a la culpa, *“la cual es denominada en el código penal como delito no intencional o de imprudencia. Consiste en el obrar sin la debida previsión, por lo que se causa un*

⁴⁹González Quintanilla, Arturo. op. cit. p.360

*resultado dañoso y previsible, tipificado en la ley penal. En consecuencia no hay previsión del resultado, siendo esperada y jurídicamente exigible dicha previsión. El resultado dañoso, es no obstante la imprevisión, incriminare, pues no por ello la acusación es involuntaria y ni deja de causarse daño a un bien o interés jurídico protegidos.*⁵⁰

A pesar de que los delitos culposos se les impone una pena ligeramente inferior a la establecida, es menester que se encuentren tipificados dentro del código penal; ya que por un lado existe la posibilidad de que todos los actos tendientes a producir una afectación a terceros, serán conocidos por el Estado, que según el artículo 21 constitucional interpretado a contrario sensu, tiene la obligación de perseguir los delitos; y por otro lado, obliga a las personas a tener más cuidado en todas las acciones que realice en su vida cotidiana, para que de esa forma existe un equilibrio real y eficaz en las relaciones interpersonales.

d).- Calidades del sujeto activo y sujeto pasivo. Anteriormente hablábamos, de que cuando se motiva alguna resolución, se debe de dejar en claro el número de sujetos que intervino en la comisión de un hecho delictivo.

En este punto, lo que interesa, es que se determine la calidad específica de los sujetos que intervienen en la relación acusado-ofendido, es decir, el código penal establece delitos que por su naturaleza se requiere de ciertos requisitos para que

⁵⁰Carranca y Trujillo, Raúl ; Carranca y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. Ed. Porrúa, 1998. p.38

su participación encuadre a determinado tipo penal, pondremos algunos ejemplos para tener una mejor visión de lo que se trata de decir.

El artículo 261 del código punitivo, establece que al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho...En este ejemplo cualquier persona puede ser el sujeto activo, indistintamente se habla de mujer u hombre; situación contraria sucede en el sujeto pasivo, ya que el requisito indispensable que se necesita es que la persona ofendida sea menor de doce años o que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, si se llegase a comprobar que falta alguno de estos elementos, simple y sencillamente, este delito no se da y se entraría al estudio de otro ilícito.

Otro de los ejemplos que tenemos, es el que nos señala el código sustantivo en su artículo 323, en el cual se requiere de calidades específicas tanto para el sujeto pasivo como para el sujeto activo, con la salvedad de que se deberá de existir conocimiento por parte del sujeto activo de la relación que exige el mencionado artículo.

e).- El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión. El resultado es la afectación final que se causó al bien jurídicamente protegido, ésta afectación puede ser material o inmaterial. El resultado, penalmente considerado, *“es la alteración del estado exterior en un cambio o falta de cambio, que el autor esperaba*

*o se proponía con su acción, es el objetivo hacia el cual tiende la acción u omisión.*⁵¹

Entre la atribuibilidad de la acción u omisión y el resultado, debe de existir un nexo causal entre la conducta del activo y el resultado producido, siendo el citado nexo la unión indispensable que se establece entre ambos, por lo que puede decirse que la conducta es la causa del resultado y, como consecuencia de ello, ambos se encuentran ligados necesariamente y el requiere de ella para producirse, *“en realidad ambos se encuentran en una relación de causa a efecto, pero esa vinculación no implica identificación. Así ocurre en la tentativa (acción sin resultado) y en el caso fortuito (resultado sin acción), por lo mismo la referencia de la acción al resultado es accidental.”*⁵²

De lo que se desprende, que de igual manera, al derecho no le interesa en si mismo el resultado, sino la posible afectación al bien jurídicamente tutelado, claro está, que los delitos se clasifican en: delitos de resultado y delitos de pura acción (en donde no hay resultado, pero existe violación al orden jurídico).

f).- El sexto de los elementos que exige el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 168 del Código Federal de procedimientos Penales, es el relacionado al objeto material.

⁵¹González Quintanilla. Arturo. op. cit. p.641

⁵² Ibid. p. 642

El objeto material se ha entendido en sí mismo, como la afectación final que ha sufrido el bien jurídicamente tutelado, es decir, la violación del bien jurídico sobre el objeto en el cual recayó la acción.

La doctrina acepta la clasificación del objeto en, material, jurídico, sustancial genérico y sustancial específico, explicándolos de la siguiente manera: “a) *material o sea la persona o la cosa sobre la cual recae la acción del delincuente; b) jurídico, es decir, el bien tutelado en la norma que con su comportamiento destruye o pone en peligro el delincuente; c) sustancial genérico, constituido por un bien o un interés propio de la sociedad jurídicamente organizada y común a todos los delitos, y d) sustancial específico, constituido por un bien o un interés propio del sujeto directamente ofendido por el delito y varía de acuerdo con cada especie*”⁵³

En el primer caso observamos, que única y exclusivamente, la afectación puede recaer sobre personas, o bien en cosas, fuera de este contexto no se podrá encuadrar otra hipótesis similar, es decir, la acción de un delincuente tendiente a causar un daño, jamás podrá recaer en animales o entes que el derecho no considere como bienes jurídicamente protegidos. El segundo aspecto comprende la disposición establecida en las leyes que es susceptible de transgredir, es decir, se violan aspectos normativos y, es cuando el delincuente con su conducta tipifica algún tipo penal. En los dos últimos casos, se tutela los bienes específicos, ya sean colectivo o

⁵³ Ibid. p. 641

individuales, en donde en los colectivos se enumeran a todos los delitos y, en lo individual se particularizan los delitos.

g).- Nos corresponder ahora estudiar lo relativo a los medios utilizados, *“medio para los efectos penales, puede ser todo aquello utilizado en la realización del comportamiento, funcionalmente empleado para llegar al resultado.”*⁵⁴

En la práctica se considera que los medios pueden ser físicos y morales, entendiéndose como medios físicos los que utiliza el sujeto activo con su propio cuerpo, sin valerse de otro objeto u otro medio para provocar una alteración en el ámbito del derecho penal; los medios morales pueden ser los que utiliza el agente para intimidar al sujeto pasivo con causarle un mal grave e inmediato en su persona, ejemplo de este podría ser cuando se comete la seducción o engaño para lograr la conducta, la cual viene a ser la cópula sin el consentimiento pleno de la parte ofendida.

h).- Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión. Estos tópicos son complementarios en la configuración de las hipótesis delictivas.

Al momento de fundamentar alguna determinación judicial, al llegar a este apartado, la ley especifica que deberá de indicarse el lugar, esto es, se tendrá que

⁵⁴ibid. p.650

precisar el espacio determinado en donde ocurrió el ilícito, o bien en donde se produjo el resultado de la acción del delito. Consideramos que es de suma importancia dejar en claro el lugar, ya que así se ubicará a todos y cada uno de los sujetos que intervienen y la participación de ellos.

El tiempo es el momento en el cual ha de realizarse la acción o producirse el resultado; al momento de emitir resolución el Juez o tribunal competente, deberá precisar el momento justo en el que se ha cometido el ilícito, esto mediante las pruebas que se recaben en la indagatoria y, por lo tanto establecer si se trata de delito instantáneo, permanente o continuado.

El modo, *“es la forma de voluntariedad que puede revestir la conducta: dolo, culpa y en general, los llamados elementos subjetivos del injusto”*⁵⁵, de lo que se desprende que es obligación del juzgador acreditar plenamente la intención que se tuvo para cometer determinado delito, cuyo resultado importa al derecho.

La ocasión, *“es la oportunidad generadora de riesgo para el bien jurídico, que el activo aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado”*⁵⁶

⁵⁵Ibid. p.650

⁵⁶Ibid. p.650

Con anterioridad mencionábamos que estas circunstancias, eran tópicos complementarios en la configuración de las hipótesis delictivas, ya que en la práctica se observa que no todos los delitos requieren de estas precisiones para motivar determinaciones jurídicas. Situación que consideramos acertada, ya que se sabe que existen delitos que por su propia naturaleza, son apreciables de captar con facilidad para el ser humano y, por ende, su inclusión sería por demás de obvia y sencilla resolución. Ahora bien, si se tratara de incluir en todos los ilícitos, creemos que se estaría repitiendo la acción o conducta desplegada por el sujeto activo, ya que en esta se encuadran los movimientos corporales y situaciones que llevaron al agente a producir el resultado de su acción.

Dejamos en claro que son complementarias y en ocasiones es de gran utilidad recurrir a ellas, ya que en situaciones determinadas su perfeccionamiento hace que una determinación judicial, ya sea orden de aprehensión, auto de término constitucional, o bien sentencia definitiva, no deje cabos sueltos y, al inculpado no le sea posible sustraerse de la responsabilidad que adquiere al transgredir la norma penal.

Se establece en los artículos 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y artículo 168 del Código Federal de Procedimientos penales, que se acreditará además, los elementos normativos y subjetivos específicos y, las demás circunstancias que la ley prevea. Al respecto cabe mencionar que los elementos normativos y subjetivos específicos, los estudiaremos más adelante,

cuando nos corresponda el tema relativo a los elementos que exige el artículo 16 de la Constitución General de la República, ya que en el mismo se hará una reflexión conducente a acreditar o desacreditar que si esos elementos son de avance o retroceso en la ley penal, al momento de poder librar una orden de aprehensión.

Se hace alusión, que al momento de acreditar la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar, si existe acreditada en favor de aquel, una causa de licitud; estas causas las prevé el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, el cual contempla diez hipótesis, las cuales, al clasificarlas dentro de la determinación judicial, se estaría en clara contraposición a la acción previamente acreditada, en consecuencia, ese auto o determinación judicial carecería de fundamentación y motivación. En caso de que se presentara alguna de estas hipótesis, lo correcto es que, ese estudio corresponde a la sentencia y no resolución anterior; situación que en lo habitual se realiza.

3.4.- Flagrancia y Cuasi flagrancia

Con anterioridad habíamos mencionado, que para que a una persona se le restrinja su libertad, previamente debió de existir un mandamiento escrito por autoridad competente que motive y funde la causa legal del procedimiento, la carta Magna, al respecto admite excepciones. En efecto, el artículo 16 Constitucional en su cuarto párrafo estatuye que en los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y esta, con la misma prontitud a la del Ministerio Público.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deja un amplio margen de actuación para que cualquier persona que, sea testigo de un hecho delictuoso pueda aprehender al indiciado, con la exigibilidad de que inmediatamente lo deberá de poner a disposición de la autoridad correspondiente; indiscutiblemente en tan vasto concepto, se incluyen por consiguiente al Ministerio Público y funcionarios encargados de realizar las diligencias tendientes para el esclarecimiento de los hechos delictivos y, en general a cualquier otra autoridad, sin importar el carácter que esta ostente.

De acuerdo a lo indicado por el jurista Zamora Pierce, "*Flagar deriva del latín flagare, significa arder o resplandecer...de manera que etimológicamente, el*

*término delito flagrante se refiere al hecho vivo y palpitante, cuya observación convence al testigo de que está presenciando la comisión de un delito".*⁵⁷

A su vez, el artículo 267, párrafo primero, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal nos señala que se entiende que existe delito flagrante, cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el inculpado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, nos otorga la siguiente tesis respecto a la flagrancia, la cual al pie de la letra establece:

*"FLAGRANCIA, CAPTURA DEL INCULPADO EN ESTADO DE.-El hecho de ser capturado el inculpado sin que precede denuncia apoyada en testimonios de personas dignas de fe, no encierra violación de garantías individuales en caso de ser encontrado "infraganti."*⁵⁸

"Dentro de la flagrancia se debe de involucrar, para los efectos de que el sujeto pueda ser aprehendido por la policía judicial, o el Ministerio Público, sin orden judicial, la cuasi flagrancia, que toma vida en el momento inmediato posterior a la comisión del delito y también la cuasi flagrancia registrada por el

⁵⁷ Zamora Pierce, Jesús, op. cit. p.20

⁵⁸ Amparo Directo 4968/71. Rodríguez Rivera Rivera, 4 de mayo de 1972. Unanimidad de 4 votos . Ponente Mario G. Rebolledo F. Séptima Época: vol 65, segunda parte, pag.21

artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, asentada en el momento en que, cometido el delito, se señala a un sujeto como responsable y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad.”⁵⁹

En la doctrina y en la práctica, se establece que la cuasi flagrancia se configura, cuando el tiempo máximo después de haber ocurrido el evento delictivo, no transcurren más de 72 horas, pasado ese tiempo ya no se encuadraría en la hipótesis que en el momento explicamos.

Si el legislador no hubiere establecido tiempo límite para que cualquier persona o autoridad pueda aprehender sin orden judicial, resultaría inoperante la garantía consignada en el artículo 16 constitucional.

La legislación acepta otra excepción a la regla establecida en el artículo 16, segundo párrafo de la Constitución General de la República, nos referimos al caso de urgencia, el cual primeramente se encuentra estipulado en el párrafo quinto del mencionado artículo; a su vez el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se encarga también de consignarlo. Al respecto cabe señalar que a diferencia de las otras figuras estudiadas con anterioridad, observamos que se establecen dos requisitos extra, los el cuales no se observan en los casos de flagrancia y cuasiflagrancia. Se trata pues, de que en el caso

⁵⁹ Rivera Silva, Manuel. op. cit. p.145

de urgencia se requiere que el delito que se cometa, sea considerado como delito grave, por afectar de valores fundamentales de la sociedad; y el segundo es que exista riesgo fundado de que el inculpaado pueda sustraerse de la acción de la justicia.

El caso de urgencia, consiste en que no habiendo autoridad judicial al momento de detener a un indiciado y, por lo tanto no se pueda expedir la orden correspondiente, cabe la hipótesis de que por el mismo hecho, el inculpaado pueda sustraerse de la acción de la justicia; motivo por el cual, el artículo décimo sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos considera pertinente ser flexible al momento en que se cometan actos ilícitos.

Explicados los motivos por el cual un individuo puede ser aprehendido, se comienza una etapa nueva, la cual se le conoce como la facultad que tiene el Ministerio Público de ejercitar acción penal, según lo estipulado por el artículo 21 constitucional. Es en esta fase, cuando el Ministerio Público, habiendo estudiado los elementos de prueba con que cuenta, considera que se ha cometido algún delito previsto por la ley penal; una vez obtenidos estos medios probatorios contará con el término de cuarenta y ocho horas para consignarlo al Juez penal correspondiente, o bien la duplicidad de este término si se considera que existe delincuencia organizada. En caso de que en este lapso no se consigne, deberá (la autoridad investigadora) ordenar su libertad.

3.5.- Consignación con detenido y sin detenido

De acuerdo al jurista Guillermo Colín Sánchez, "*consignación es el acto procesal, a través del cual, el Estado por conducto del agente del Ministerio Público ejercita la acción penal,*"⁶⁰. una vez que se consideran reunidos los elementos del tipo penal.

Lo que da inicio al proceso en el juzgado penal, es lo que se conoce como pliego de consignación, el cual expresa los señalamientos aportados por el Ministerio Público reunidos durante la averiguación previa. En este pliego de consignación, se asentarán los artículos que sirven de base para imputar determinado delito al inculcado y, se hará una breve descripción de los hechos, los cuales deberán de constatarse con lo dispuesto por el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; al final del mismo, deberá de estar signado por el agente del Ministerio Público consignador.

Las consignaciones revisten dos casos, es decir, existe la consignación con detenido y la consignación sin detenido. En el primer caso, tratándose de consignación con detenido, el presunto responsable se encuentra a disposición inmediata del Juez que le tocó conocer de su caso; en el segundo caso, el indiciado no concurre directamente con el Juez, ya que no está a disposición del mismo

⁶⁰Colín Sánchez, Guillermo. op. cit. p.352

inmediatamente, situación que conlleva a que se solicite por medio del Ministerio Público orden de aprehensión u orden de comparecencia. En renglones posteriores explicaremos por separado cada uno de los casos.

Consignación con detenido.- La consignación que llega al juzgado penal, es en sí misma el expediente con que cuenta el Juez, con la particularidad que llega con persona detenida, bien porque haya sido aprehendida en flagrante delito, o bien se encontrara la autoridad investigadora en caso de urgencia. A partir de que llegue la consignación con detenido al juzgado, este tiene la obligación de realizar el auto de radicación, el cual señalará el número de oficio procedente de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, la hora en que se recibe, así como el número de averiguación previa. En este caso el inculpado se encuentra a disposición directa del Juez en turno, el cual tiene la obligación de comunicar inmediatamente al Director del Reclusorio su ingreso al juzgado mediante el oficio que se le conoce con el nombre de ratificación de detención. Este oficio contiene: número de partida o causa penal, el nombre del inculpado, el delito por el cual se le seguirá proceso, la fecha de ingreso e indiscutiblemente, la firma autógrafa del titular del juzgado, a su vez quien la recibe asentará el día y hora de la recepción.

Posteriormente se le tomará su declaración preparatoria, en la cual se incluirá, entre otros datos: la fecha de la misma, nombre del inculpado, edad, instrucción, ocupación, estado civil, diversión favorita, domicilio particular, nombre de sus padres; se le preguntará si tiene apodos, en caso afirmativo mencionarlos, si

tiene tatuajes en el cuerpo; se le hará saber el beneficio que le otorga las fracciones IV, V, VII, VIII y, IX del artículo 20 constitucional, así como también se le hará saber en que consiste la acusación que obra en su contra y el nombre o nombres de las personas que deponen en su contra. En la declaración preparatoria aparecerán las firmas del Juez, el Secretario de Acuerdos, la del Ministerio Público, la del inculpado y su defensor.

Un concepto básico que podemos proporcionar de declaración preparatoria, es el que nos indica que, *“es el acto procesal en el que comparece el procesado ante el Juez, para que le haga saber la conducta o hecho antijurídico y culpable por el que el agente del Ministerio Público ejercitó la acción penal en su contra, para que bajo ese supuesto manifieste lo que a sus intereses convenga y se defienda y, el Juez resuelva la situación jurídica planteada antes de que fenezca el término de setenta y dos horas”*⁶¹

Consignación sin detenido.- El artículo 4 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se encarga de estatuir lo relativo a este rubro, indicando que cuando de la averiguación previa no aparezca detención de persona alguna, el Ministerio Público practicará todas las diligencias necesarias, hasta dejar comprobados los requisitos que señala el artículo 16 constitucional para obtener la orden de aprehensión.

⁶¹ Ibid. p.368

En este supuesto se da el caso, de que practicadas todas las diligencias por el órgano investigador, al momento de integrar la averiguación previa no existió detención de persona alguna; es entonces cuando el Ministerio Público solicita de la autoridad judicial la orden de aprehensión o bien la orden comparecencia.

Solicitará orden de aprehensión cuando el delito que se le imputa al indiciado sea sancionado con pena corporal, ya que expresamente el artículo 16 de la Constitución así lo determina; relacionándose este principio con el artículo 18 del mismo ordenamiento, al referir que sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. En consecuencia, si el delito que se cometió tiene señalada pena no corporal o alternativa, no habrá lugar a solicitar la orden de aprehensión, ya que siendo alternativa, la resolución solamente se conocerá hasta la sentencia. En los delitos culposos, cuya pena de prisión no exceda el término de cinco años, se podrá librar orden de aprehensión, con la característica de que el inculcado no quedará internado en los lugares de prisión preventiva, ya que se pondrá a disposición directa del titular del juzgado para que pueda garantizar su libertad provisional, en caso de no hacerlo, el Juez correspondiente tendrá la facultad de ponerlo tras las rejas de los estrados.(art. 272, segundo párrafo, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

El segundo aspecto que encierra la consignación sin detenido, es que la Representación Social solicite del órgano jurisdiccional la orden de comparecencia, en el supuesto de que se tenga comprobada la existencia de un delito. La orden de

comparecencia se solicita por parte del órgano investigador, cuando el inculpado, en la agencia del Ministerio Público, otorgó previamente una garantía para gozar de su libertad provisional, la cual se le podrá cancelar si el indiciado no compareciere a la cita que le ordenó la autoridad judicial, en consecuencia se solicitará orden de aprehensión y se hará efectiva la garantía exhibida .

Una vez presentándose el inculpado ante la autoridad judicial, se le hará saber el motivo de su estancia en el lugar, procediéndose a tomarle su declaración preparatoria inmediatamente y, por lo tanto, desde este momento procesal, se observarán los mismos requisitos que anteriormente se establecieron al estudiar la consignación con detenido.

4.1.- Relación que guarda el artículo 16 de la Constitución

General con el artículo 19 del mismo ordenamiento

Una vez que se ha logrado la detención de un sujeto que se considera ha cometido algún ilícito, como anteriormente lo mencionábamos, deberá de comparecer ante la presencia del Juez penal que conozca de su caso, para que de esta manera se entere de la acusación que obra en su contra y de las persona que deponen en su contra. El hecho de hacerle saber a la persona su situación jurídica, se le denomina Auto de Término Constitucional, o bien Auto de Formal Prisión, el cual lo regula el artículo 19 de la Carta Magna y, el mismo al pie de la letra estatuye.

“Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos hora, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de este. 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 antes señalado, deberán llamar la atención al Juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculpado en libertad.

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

*Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidas por las autoridades.*⁶²

Ahora bien, la relación existente entre el artículo 16 de la Constitución General de la República y el artículo 19 de la misma ley, es que uno necesita del otro para su existencia constitucional. Es decir, al momento de integrarse la averiguación previa, nosotros la consideramos como etapa de preinstrucción y, como ya apreciamos anteriormente, los elementos indispensables para que se lleve a cabo ésta etapa son la denuncia, acusación o querrela, mismas que sirven para que el Ministerio Público inicie la averiguación correspondiente y, una vez establecida la responsabilidad penal, se pone al indiciado a disposición del Juez.

La secuela de la orden de aprehensión, entonces es por consiguiente, ya no únicamente que a determinada persona se le acuse de algún ilícito, sino que además, ya ésta responderá ante la autoridad competente y de esta forma alegar a lo

⁶² artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

que a su derecho convenga. De tal suerte, que la orden de aprehensión viene a ser un simple trámite, previo para que se le tome su declaración preparatoria al indiciado, situación que de ninguna manera podemos afirmar que sea menos importante que el auto de formal prisión, ya que como lo señalamos anteriormente, sin la orden de aprehensión, orden de comparecencia, o bien que haya sido detenido en flagrante delito el inculpado, no existiría simple y llanamente al auto de término constitucional. Es importante hacer notar en este momento, que el auto de formal prisión reviste características relevantes, ya que con el mismo se justifica la libertad corporal del individuo, (salvo casos de excepción, en donde la ley expresamente determina cuales son los delitos que se le puede otorgar libertad provisional y cuales no), y de ninguna manera se le están violando Garantías Constitucionales al autor de un hecho delictivo, ya que con el mismo auto de término constitucional, tiene derecho de defenderse de la manera que el indiciado considere oportuna.

Es por lo antes expuesto que, consideramos nosotros que existe un vínculo estrecho entre los artículos 16 y 19 constitucionales, ya que el primero viene a ser la antesala del segundo y, la falta de requisitos del primero de los mencionados trae como consecuencia jurídica la inexistencia del segundo.

La primera resolución que debe de realizar el Juez que le toco conocer de un determinado caso, es que dictará auto de radicación, “...*con está se manifiesta en forma efectiva la relación procesal; es indudable que tanto el agente del*

*Ministerio Público, como el procesado quedan sujetos, a partir de ese momento, a la potestad del Juez instructor.*⁶³

Posteriormente dentro del término de 72 horas (tres días naturales), a partir de que el indiciado fue puesto a disposición del Juez, se le dictará al consignado su auto de formal prisión, el cual deberá reunir los siguientes requisitos: *“...que se le haya tomado la declaración preparatoria en los términos de ley, o bien que la negó a emitirla; que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito por el cual deba seguirse el proceso; que el delito sea sancionado con pena privativa de libertad; que no esté acreditada alguna causa de licitud; que de lo actuado aparezcan datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del indiciado; y los nombres y firmas del Juez que dicte la resolución y del secretario que la autorice.*”⁶⁴

El término que alude el citado artículo, puede ampliarse de 72 horas a 144 horas a petición del inculcado, o bien de su defensor al momento de rendir su declaración preparatoria. La finalidad de la duplicidad del término, es para que la parte acusada presente a su favor pruebas que estime pertinentes le servirán para una mejor defensa y que deberá desahogarlas, para que así el Juez resuelva su situación jurídica.

⁶³ Colín Sánchez, Guillermo, op. cit. p. 360

⁶⁴ artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

4.2.- Orden y acto de detención

Una de las cuestiones por las cuales decidimos estudiar este tema en este apartado, es con la finalidad de dejar en claro que la orden y acto de detención corresponde al Ministerio Público, o bien a la autoridad administrativa correspondiente, a lo que al respecto advertimos las siguientes observaciones.

A partir de las reformas penales del año de 1993, a la institución del Ministerio Público se le ampliaron las facultades respecto al plazo de detención y retención administrativas, ya que el texto original del artículo 16 de la Carta Magna establecía que toda detención debería de realizarse por una orden judicial de aprehensión, salvo dos supuestos de detención administrativa: los de flagrancia y los de urgencia, siempre que en este último no existiera en el lugar en que se realiza la privación de la libertad, una autoridad judicial a la cual pudiera entregarse el detenido.

En la actualidad, el Ministerio Público tiene la facultad de dictar la orden de detención, si considera que existe peligro de que el inculpado pueda sustraerse de la acción de la justicia, siempre y cuando su conducta antijurídica se considere por ley como delito grave. En este caso se desprende que el Ministerio Público no puede acudir ante la presencia inmediata del Juez por razón de hora, lugar

o circunstancia y, por lo tanto no se expediría orden alguna por parte de autoridad judicial.

Situación que consideramos acertada, ya que por un lado, de esta forma el Ministerio Público tiene bajo su más estricta responsabilidad al inculpado, haciéndose cargo de él hasta que el Juez o tribunal competente determinen su situación jurídica; principio, que observamos, se encuentra en concordancia con el artículo 21 de la Constitución General de la República Mexicana, al instaurar que corresponde únicamente al Ministerio Público la investigación y persecución de los delitos.

Respecto a las reformas en comento, *"es preciso señalar que en el texto constitucional anterior no se precisaba el tiempo de que disponía el Ministerio Público para que pusiera al detenido a disposición de la autoridad judicial y, por supuesto también carecía entonces de la facultad para ordenar la detención o la retención de carácter administrativo. Antes de las reformas predominaba la idea de que el citado Ministerio Público sólo contaba con veinticuatro horas para realizar la consignación, de acuerdo con lo dispuesto por el anterior párrafo tercero de la fracción XVIII del artículo 107 constitucional, ahora suprimido, pero dicho lapso sólo se aplicaba a los supuestos de la ejecución de las órdenes judiciales de aprehensión."*⁶⁵

⁶⁵Arroyo de Anda, Guillermo. La Importancia y Perspectivas de las Reformas Penales. Procuraduría General de justicia del Distrito Federal. 1994, p.37

Nos resta mencionar que los supuestos en los que se puede detener a una persona son los siguientes: La orden de aprehensión, o en su caso la orden de reaprehensión dictada por autoridad judicial competente; la detención en caso de urgencia, expedida por el agente del Ministerio Público, facultad introducida con las reformas penales del año de 1993; cuando al inculpado se le sorprenda en flagrancia, aspecto que en su momento oportuno lo estudiamos. Otra posibilidad que consideramos, se puede contemplar dentro de las hipótesis, es la medida de apremio, es decir, cuando una persona es citada por un Juez o el Ministerio Público y no se presenta, esta medida de ninguna manera se puede confundir con la orden de presentación; y por último, existe la detención realizada por autoridades administrativas, por la comisión de faltas que tengan previsto el arresto.

De las anteriores deducciones, estimamos que no existen otras formas de privar de la libertad corporal a una persona. La que a continuación estudiaremos, por la importancia de nuestro estudio, es la orden de aprehensión, en donde estableceremos la necesidad apremiante de flexibilizar los requisitos exigidos por el artículo 16 constitucional.

4.3.- Elementos que exigía el artículo 16 de la Carta Magna para obsequiar la orden de aprehensión

La Constitución General antes del año de 1993, establecía en su artículo 16 que no podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

Aunque literalmente no se utilizó el término “cuerpo del delito”, observamos que por lógica este artículo requería del Juez, que para girar una orden de aprehensión, necesitaba que el Ministerio Público integrara el cuerpo del delito, al ilícito correspondiente, ya que sino se encontraba integrado este, no existiría base legal alguna para privar de la libertad corporal a persona alguna. Por consiguiente, para librar la orden de aprehensión no se requería que el cuerpo del delito estuviera plenamente acreditado, sino que solamente se reunieran los requisitos del artículo 16, los cuales se limitaban exclusivamente a que existiera denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y que estuviere apoyada por declaración, bajo protesta de alguna persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

El cuerpo del delito conforme lo establece la jurisprudencia, debe de entenderse como, *"...el conjunto de elementos objetivos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal y, la determinación que tiene por acreditado el cuerpo del delito debe de apoyarse en la demostración de la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley al considerarlo como delictivo y señalar la pena correspondiente."*⁶⁶, de lo que se desprende que el cuerpo del delito no debe de entenderse como el delito mismo, ya que cada uno es autónomo y sin la existencia del segundo, sería imposible la vida jurídica del primero.

Consideramos importante hacer mención que antes de la reformas constitucionales en materia penal, al cuerpo del delito se le cambio de denominación, la cual se le conoció como elementos del tipo penal, los cuales lo constituyen, según el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, los elementos normativos y elementos subjetivos específicos y, a consideración nuestra la ley debió de nombrar los elementos objetivos, ya que nos unimos a la definición que de tipo penal establece el jurisperito Marco Antonio Díaz de León, al referir que, *"los elementos del tipo es el conjunto de elementos objetivos, subjetivos y normativos integrantes del tipo penal."*⁶⁷

⁶⁶Séptima Época, Segunda Parte: Vol. 58, p.27. A.D. 1724/73.-José Suárez Palomares.-Unanimidad de 4 Votos

⁶⁷ Díaz de León, Marco Antonio. Código Federal de Procedimientos Penales Comentado. Ed. Porrúa. 1997. p.249

El artículo 16 constitucional nos establecía que no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

Como anteriormente lo mencionamos, el artículo 16 de la Carta Magna antes de las reformas del año de 1993, en ningún momento declaraba que se debería de acreditar el cuerpo del delito para poder librar una orden de aprehensión; ya con la modificación que sufrió el artículo en mención, exige tanto para el Ministerio Público como para el Juez que libre la orden de aprehensión, que comprueben o acrediten los elementos que integran el tipo penal.

Los elementos a que se refiere el artículo multicitado, son los elementos objetivos, subjetivos y normativos. En la doctrina y en la práctica se consideran que son elementos objetivos, la modificación, trastorno o afectación, en términos jurídicos, ya sea en las personas, cosas o bienes jurídicamente tutelados y que por su naturaleza son perceptibles por los sentidos, no necesitando de otros medios para su valorización, siendo el resultado de estos elementos su inmediata observación; el ejemplo más común para ilustrar este elemento es la vida y su privación (homicidio); el apoderamiento de un bien mueble sin consentimiento de la persona que puede disponer de el (robo), etc.

Consideramos que a los elementos subjetivos, se les puede clasificar como los que para su exteriorización no requieren ser captados por la simple percepción del ser humano, ya que el agente tiene en la psique la realización de un acto que se considera delictuoso, en el momento previo a la consumación del mismo se desconocen sus intenciones y, por lo tanto este elemento debe de comprobarse al momento de emitir la resolución judicial.

Los elementos normativos son aquellos que la propia ley exige a determinados delitos, es decir, para que opere alguna modalidad de atenuante o agravante (las cuales el legislador las determina y el Juez en el momento de dictar alguna determinación tiene que adherirse a lo establecido), es necesario que existan circunstancias propias para el desarrollo de la conducta.

Al establecer la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se deberán de acreditar los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, obliga tanto al Ministerio Público como al Juez, motivar correctamente su resolución, para que de esta forma sea inevitable que algún indiciado se sustraiga de la acción de la justicia; situación que en su momento oportuno explicaremos que esa determinación corresponde única y exclusivamente al Juez por ser autoridad jurisdiccional y facultada para imponer las sanciones previstas en la ley penal.

Exponemos dos significados de lo que se entiende como elementos objetivos, subjetivos y normativos: *“Elementos Objetivos: Por ellos, debemos captar lo referido en la hipótesis delictiva como apreciable con existencia material en el mundo físico, percibidos tales elementos sensorialmente por los sentidos del ser humano. Elementos Subjetivos: Consiste en la finalidad, ánimo propósito o tendencia del sujeto en su yo interno que lo impulsan a la realización del delito. Elementos Normativos: Son aquellas situaciones o conceptos complementarios, impuestas en los tipos que requieren de una valoración cognoscitiva, jurídica cultural o social.”*⁶⁸

*Elementos Objetivos: Son los más, puesto que de ellos se vale la ley para describir las conductas que conducen a pena: son los elementos puros de la tipicidad; son referencias a cosas, personas, o modos de obrar, nociones todas ellas que pueden ser captadas por los sentidos. Elementos Subjetivos: Aquellos que cumplen una función simplemente descriptiva en relación con la voluntad del agente y su determinación consciente y finalista. Elementos Normativos: Aquellos que tiene un sentido valorativo; así ocurre en las expresiones “maliciosamente” “voluntariamente”, etc. Estas expresiones siendo valorativas, no pueden formar parte nunca del tipo.”*⁶⁹

⁶⁸ González Quintanilla. José Arturo. op. cit. p.p.643 y 644

⁶⁹ Reynoso Dávila Roberto. Teoría General del Delito. Ed. Porrúa. 1997, p.p.66 y 67

4.4.- Iniciativa de Reformas Constitucionales elaboradas por el Ejecutivo de la Nación, en el mes de Diciembre de 1997, respecto a la orden de aprehensión.

El Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, en el mes de diciembre de 1997 envió al Congreso de la Unión un paquete de reformas constitucionales que creía eran convenientes realizar, esto con la finalidad de frenar a la delincuencia, la cual en los últimos años se ha mostrado implacable en su manera de operar.

Las circunstancias, fenómenos y causas son de índole variada; por un lado tenemos que la falta de empleo trae como consecuencia periodo de crisis y austeridad económica, aunado a esto se contempla el crecimiento desmesurado de la población, que al tener cada vez menos espacios para alcanzar sus necesidades elementales, lamentablemente ejecuta acciones que afectan la vida social de la comunidad, deviniendo esto en conductas ilícitas que la ley penal castiga; amén de que existen otros factores que perjudican la armonía entre la colectividad, entre estos podemos mencionar la corrupción imperante en los cuerpos de seguridad pública, la impunidad de quienes delinquen, y hay que aceptarlo, una laguna en el marco jurídico existente en todo el territorio nacional, situación que trae aparejado que la delincuencia se desarrolle mucho más rápido que la propia ley.

La iniciativa propuesta por el Ejecutivo de la nación, consiste en flexibilizar los requisitos que establece el artículo 16 constitucional para obtener una orden de aprehensión. Se sugiere sea suficiente la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como la probable responsabilidad del indiciado. Esta medida conserva plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos de los gobernados tutelados en las garantías individuales, permitiendo ser más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia. Esta reforma pretende evitar que la actividad del Ministerio Público y del Juez, durante la fase de preinstrucción, sea una verdadera etapa de instrucción, es decir, un juicio sumario. El proceso penal no debe de estar limitado únicamente a la acreditación de la plena responsabilidad del inculpaado, pues como se señaló anteriormente, es durante la averiguación previa y la consignación cuando se acreditan todos y cada uno de los elementos del tipo penal.

En efecto, ya en capítulos anteriores mencionábamos que corresponde al Juez determinar la situación jurídica del indiciado, basándose en todos y cada uno de los elementos que constituyen el tipo penal. Este funcionario público, de acuerdo a la explicación que emitimos en el capítulo segundo de este trabajo y estando acorde con lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución, es autoridad competente para librar una orden de aprehensión.

Asimismo la iniciativa respeta los principios establecidos en la reforma del año de 1993, pero con la característica de que la perfecciona, haciendo posible la eficiente actuación de los órganos de procuración de justicia, conservando absolutamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un hecho delictuoso y los derechos de los gobernados en las garantías individuales.

La reforma en caso dado permitirá, que tanto a nivel federal como a nivel local, se adopten medidas legales que permitan dotar a los órganos encargados de procuración de justicia de mayores y mejores resultados para combatir eficazmente a la delincuencia.

En tal virtud, el Ejecutivo de la Nación, sometió a consideración en el mes de diciembre de 1997, *"al Honorable Congreso de la Unión la iniciativa de Decreto que reforma los artículos 16, 19 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. ARTÍCULO ÚNICO.-Se reforma el segundo párrafo del artículo 16; se reforma el primer párrafo, se adiciona un segundo párrafo y los subsecuentes pasan a ser tercero y cuarto párrafos del artículo 19;...todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:*

Artículo 16.-... "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y

*existan datos que acrediten la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado.*⁷⁰

La finalidad de las reformas propuestas, conllevan a que, la institución del Ministerio Público, al momento de integrar la averiguación previa tenga por satisfecha el requerimiento expuesto en el artículo 16 de la Carta Magna, es decir, bastaría que la autoridad investigadora única y exclusivamente acreditara la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal y, ya en su oportunidad el Juez o tribunal competente será quien compruebe plenamente si existe delito que perseguir o simplemente no lo hay.

Con estas modificaciones se estaría pensando que lo que se busca es minimizar las funciones del Ministerio Público, situación que consideramos errónea si nos ponemos a pensar que la carga de trabajo existente en las agencias del Ministerio Público es excesiva, esto por un lado; y en el otro extremo tenemos, que en ocasiones por encontrarse saturados de trabajo, no se llega a la total y plena persecución de los delitos por parte de la Representación Social derivando de esta forma que en los juzgados se niegue la orden de aprehensión, por consiguiente no se obtiene la comparecencia del inculpado, supuesto que no debe de ocurrir (si es el caso que existe delito y este no se comprobó por el Ministerio Público al no acreditar los elementos del tipo), *“ya que la orden de aprehensión es el título jurídico general u*

⁷⁰ Iniciativa de reformas constitucionales, realizadas por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, DR. Ernesto Zedillo Ponce de León, enviada a los ciudadanos Secretarios de la Cámara del Honorable Congreso de la Unión.

ordinario para la captura de un sujeto (inculpado) a fin de asegurar su comparecencia en el procedimiento, sin perjuicio de la conversión de la medida en libertad provisional, si procede...⁷¹, efectivamente, la orden de aprehensión debe de servir para presentar al indicado ante el Juez que conocerá de su caso, para que de esa manera se encuentre sujeto a un procedimiento, previamente acreditados los elementos del tipo penal, situación que como anteriormente mencionábamos, corresponde a la autoridad judicial.

En este orden de ideas, la reforma pretende demostrar, que después de cuatro años (es decir, la reforma ocurrida en el año de 1993, con la propuesta de 1997) no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria y el derecho a la libertad de los gobernados. Por el contrario, este ha permitido que frecuentemente, por tecnicismos legales, presuntos delincuentes evadan la acción de la justicia; percatándonos que el grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al Ministerio Público desde la averiguación previa, evita el enjuiciamiento de presuntos responsables, provocando consecuentemente mayor delincuencia e impunidad, la cual rige en estos tiempos.

Como mencionábamos, en el mes de diciembre de 1997 ingresó la iniciativa realizada por el titular del Ejecutivo de la Nación, pasando a Comisiones para su estudio. Pero es hasta casi finales del año de 1998, cuando se discuten y aprueban modificaciones al artículo 16 constitucional respecto a la orden de

⁷¹ García Ramírez, Sergio. *El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano; la Reforma de 1993-1994*. Ed. Porrúa, 1995.

aprehensión, ya que los presidentes de las Comisiones de puntos Constitucionales y Justicia de la Cámara de Senadores, no se ponían de acuerdo ni siquiera en quien iba a citar a las reuniones de Comisiones Unidas para realizar el proyecto de dictamen de las reformas Constitucionales en materia de procuración de justicia; momentos en los cuales no se lograban consensos entre los grupos parlamentarios que integran dichas comisiones para concluir el proyecto del dictamen.

El punto más controvertido que existió fue el referente al pedimento del Ministerio Público al Juez al momento de solicitar una orden de aprehensión, ya que se proponía flexibilizar la emisión de una orden de aprehensión o de un auto de formal prisión y, cualquier mexicano estaría sujeto a ser detenido por que el Ministerio Público los consideraría a todos sospechosos de algún ilícito.

4.5.- Los debates existentes en las Comisiones Unidas de puntos Constitucionales y Justicia de la Cámara de Senadores

En el capítulo anterior mencionamos que fue hasta finales del año de 1998, precisamente en el mes de octubre, cuando se logró el consenso, (por parte del Senado de la República), para determinar que y cuales reformas habrían de sufrir algunos artículos de la Constitución General de la República Mexicana, referente a las Grantías Individuales y un artículo relativo a la cuestión laboral, situación que por el momento no es esencial para el estudio que nos atañe; ya que nuestra labor en este instante consiste en desentrañar lo relativo al artículo 16 del mencionado ordenamiento jurídico.

En efecto, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia y de Estudios Legislativos del Senado de la República, enviaron a la Honorable Asamblea de dicho órgano, la iniciativa de decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la cual consideraron oportuno dividir en diversos apartados consistentes en: antecedentes, valoración de la iniciativa presentada por el Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, consideraciones particulares y cambios a la iniciativa y por último incluyeron el texto original de la iniciativa con las

modificaciones efectuadas y señaladas para una mejor comprensión del porque la propuesta realizada por el órgano anteriormente descrito.

En el inciso correspondiente a antecedentes, se hace una recopilación de los trabajos efectuados por la Cámara de Senadores, desde el día en que recibieron la iniciativa presentada por el Ejecutivo de la Nación, (10 de diciembre de 1997), hasta la propuesta de dictamen que se ponía a discusión. Siendo que las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia y de Estudios Legislativos del Senado de la República, decidieron organizar cinco foros regionales, en donde se escucharía la opinión de organizaciones de abogados, instituciones académicas de procuración de justicia y a legisladores locales, en donde se advirtieron diversas exposiciones, en donde existió la posibilidad de escuchar opiniones muy calificadas y de índole diversa.

El punto de partida que tomaron como base para la valoración de la iniciativa, es la referente a que la delincuencia se encuentra en aumento considerable y por lo tanto urgen métodos eficaces para combatirla. Llegando a la conclusión de que los sujetos activos del delito prosiguen su actividad criminal, confiados en que sus actos muy difícilmente podrán ser castigados por la ley penal; señalamos esto, ya que según un estudio efectuado, demuestra, *"...que de las 23,821 averiguaciones previas iniciadas en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en 1996, únicamente se consignaron ante el Juez el 10 por ciento y exclusivamente en un 3.8 por ciento de los casos se logró una sentencia condenatoria. En el ámbito federal,*

en el año de 1996, la Procuraduría General de la República inicio 74,030 indagatorias, de ellas puso a disposición de los jueces únicamente a 8,940 probables responsables de delito, es decir, al 12 por ciento de los casos. En el resto del país, las estadísticas de delitos denunciados, investigados y perseguidos siguen los mismos parámetros, ya que de 1,491,860 averiguaciones abiertas en 1996 por los agentes del Ministerio Público del fuero común, respecto de consignaciones con detenidos, en promedio por entidades, solo llegaron a los tribunales aproximadamente el 10 por ciento del total, de conformidad con los datos proporcionados por las propias procuradurías de justicia estatales."⁷²

Estas cifras son verdaderamente alarmantes, en cuanto se refiere a la procuración de justicia y los niveles tan altos que existen en la impunidad, ya que de los delitos denunciados, únicamente un número extremadamente pequeño se persigue y se sanciona, el resto lamentablemente se queda sin castigar, trayendo como lógica consecuencia que queden sin sanción.

Dentro del tercer segmento en que fue dividido para su estudio y mejor comprensión la iniciativa de decreto por parte de los legisladores, se encuentra el de las consideraciones particulares y cambios a la iniciativa, en donde de manera expresa se acepta que el artículo 16 constitucional no había sufrido reforma alguna en su contenido, sino hasta el año de 1993, en donde a las autoridades responsables de la

⁷² Diario de los Debates del Senado de la República Mexicana. Número 11, 1º de octubre de 1998, p.6

procuración de justicia se les exigieron mayores requisitos para poder obtener una orden de aprehensión.

En donde se observa, que en los cuatro años que lleva de vigencia este precepto, no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria (por parte del Ministerio Público) y la correcta aplicación de la justicia (facultad exclusiva del Juez), *“vale recordar aquí las cifras asentadas, porque en 1997 tampoco se observó mejoría, pues de todas las averiguaciones previas consignadas ante la autoridad judicial, se obsequiaron órdenes de aprehensión en menos del 20 por ciento; esto sin tomar en cuenta las magras cifras de consignación que hacen las procuradurías como se ha explicitado antes y cuya tendencia se mantuvo en 1997.”*⁷³

Con esto se demuestra, que con el grado excesivo y a veces confuso de la exigencia para poder lograr una orden de aprehensión, los únicos vencedores son los presuntos responsables del delito, evitando así que sean presentados ante una autoridad judicial, ya que como anteriormente lo asentamos, la orden de aprehensión es única y exclusivamente para la captura del sujeto inculcado a fin de asegurar su comparecencia en el procedimiento, sin perjuicio de que posteriormente pudiese gozar de su libertad provisional, en caso de que ésta procediere; ya que la plena comprobación del delito, sería materia de estudio ya en la sentencia.

⁷³ Ibid. p.11

Reflexión que posteriormente llevaría a la modificación del artículo décimo sexto constitucional. Se aclaró en el diario de los debates, que la reforma de 1993, tuvo como sustento la doctrina finalista, imponiendo al Ministerio Público mayores requisitos para obtener de la autoridad judicial el libramiento de la orden de aprehensión, suprimiéndose el concepto de “cuerpo del delito” y se introdujo el término de “elementos del tipo penal”, en donde se tenían que acreditar todos los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

De tal forma que se establecieron formalidades y tecnicismos exagerados para que la autoridad investigadora pudiera comprobar los elementos del tipo penal para solicitar del Juez el libramiento de una orden de aprehensión.

El comentario particular que tenemos respecto a este punto, es el siguiente: Si bien es cierto que en otros países se ha optado por la teoría finalista, en donde sus usos y costumbres son de diversa y variada índole a comparación nuestra, la realidad que nos ocupa en el presente es diferente. Aunado a esto, se debe tener presente que el aspecto económico, político y social, de ninguna manera se puede comparar al que vivimos, consecuentemente el grado de delincuencia en el país mexicano, en algunos casos es mayor y en otros tantos es menor, por lo que reiteramos, hay que vivir nuestra realidad. De tal suerte, que consideramos prudente que el Senado de la República Mexicana acertó (en nuestro punto de vista particular como anteriormente dejamos plasmado) al manifestar que, *“el texto constitucional no debe seguir ninguna corriente doctrinal. En 1993 se adoptó una doctrina en materia*

*penal que ha tenido éxito en otras naciones, pero que no ha contribuido a mejorar la procuración de justicia en nuestro país*⁷⁴

Los legisladores, al tratar de no entorpecer la agilidad en el momento del libramiento de la orden de aprehensión, consideraron oportuno suprimir la integración de los elementos del tipo penal, para regresar a la comprobación del cuerpo del delito. *“El cuerpo del delito no es un concepto nuevo en nuestro derecho. Ha sido ampliamente estudiado y, si bien se le ha interpretado de diferentes maneras, antes de la reforma de 1993 la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció jurisprudencia conforme a la cual por cuerpo del delito, se entendía el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal*⁷⁵

De tal suerte que la redacción que se propone para la reforma del artículo 16 de la Carta Magna es la siguiente:

Artículo 16.-...“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado”.

⁷⁴ Ibid. p.15

⁷⁵ Ibid. p.15

4.5.1.- Los efectos y consecuencias jurídicas de sustituir el concepto de “elementos del tipo penal” por el de “cuerpo del delito”

En el ámbito del derecho penal mexicano, mucho se a hablado en relación del cambio del concepto de “elementos del tipo penal” a “cuerpo del delito”. Una corriente augura que nos encontramos en un retroceso, otra por su parte estima que por el hecho de incluir la expresión “cuerpo del delito” de ninguna manera debe de entenderse como retroceso, ya que esta figura pertenece a la materia procesal. Al principio este vocablo (cuerpo del delito) se entendió como el objeto con que se cometía algún delito, o bien el objeto como resultado de algún ilícito, el ejemplo más claro para ilustrar esta creencia, lo es el delito de homicidio. En primer término podemos pensar que se trata del arma con que se privo de la vida a determinado sujeto; en segundo término logramos captar que se trata del cuerpo del decujus.

Aceptando abiertamente los códigos procesales de 1880, 1894, 1990 esta terminología, es decir, el cuerpo del delito debía ser entendido como aquellos elementos objetivos, externos materiales, los que solo pueden ser apreciados por los sentidos.

La reforma planteada al artículo 16 de la Constitución General de la República, referente al libramiento de la orden de aprehensión por parte de la autoridad competente, nos sugiere que efectivamente existirá un cambio. que si bien es cierto, es necesario, también lo es el hecho de que existe la incertidumbre de que (como anteriormente lo mencionamos) si en realidad estamos en un retroceso o es un avance el que vivimos dentro de la rama del derecho penal.

Con las reformas constitucionales del año de 1993, tanto el artículo 16 como el 19 de la Carta Magna, establecieron que para determinar alguna resolución jurídica, invariablemente habría que acreditar los elementos del tipo penal de que se trate, así como datos que acrediten la probable responsabilidad del indiciado; en el primero de los casos para el libramiento de una orden de aprehensión, y en el segundo supuesto para el pronunciamiento del auto de formal prisión, o bien, plazo de término constitucional. Esto con la finalidad que existiera un enlace entre ambos preceptos constitucionales y, no hubiere incongruencia entre los dos, como en un tiempo la hubo.

Como se sabe, el artículo 16 del ordenamiento referido, no había tenido modificación alguna desde su promulgación, es decir, en el año de 1917, hasta que hubo necesidad de adecuarlo a la realidad existente.

La Constitución de 1917 previno en su artículo décimo sexto que no podría librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad

judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta de persona digna de fe, o por datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado. Las reformas de 1993, instauraban en el mismo artículo que no podrá librarse orden de aprehensión sin que preceda denuncia, acusación o querrela, de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

El cambio radical que existió entre el primero de los textos constitucionales y el segundo, es el referente, a que en el primero única y exclusivamente se requería, que para librar una orden de aprehensión, se comprobara el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado; si bien es cierto, el primero de los vocablos nunca se expuso tácitamente; nos viene a la mente la idea de que este aspecto solo se refiere a la comprobación de la presunta responsabilidad del indiciado, de donde se deriva que se requería comprobar ésta y no la existencia de un delito, pero es de obvia resolución que para que haya probable responsabilidad, sólo esta tiene sentido si anteriormente existe un hecho punible (aparentemente delictuoso), ya que a este se asocia la responsabilidad; principio de donde deriva el vocablo *Nullum crimen, nulla poena sine lege*

En la reforma de 1993, el texto constitucional establecía que para librar una orden de aprehensión, se requería acreditar los elementos que integran el

tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado. Una aportación importante que observamos en este cambio, es el acierto que hicieron valer los legisladores, al establecer la precisión de los extremos de prueba que se tienen para motivar la afectación de la libertad de un individuo, con la finalidad (como anteriormente lo mencionábamos) de que se asegure su comparecencia en el procedimiento, ya que en esta fase no se requiere la plena comprobación del delito.

Una vez expuesto lo anterior, y desentrañando lo que nos corresponde estudiar, nos encontramos en la actualidad que se reforma el segundo párrafo del artículo 16 constitucional, al sustituir el concepto de “elementos que integran el tipo penal” por la concepción de “cuerpo del delito”. La doctrina considera que el cuerpo del delito se compone por todos los elementos que en cada caso, integran el tipo delictivo, tanto los elementos objetivos o materiales como los subjetivos y los normativos.

Dentro de las consecuencias y efectos que derivan de esta cambio, nos atrevemos a considerar lo siguiente: Observamos que con las reformas de 1993, al exigirle al Ministerio Público que comprobara los elementos del tipo penal de que se trate, para que la autoridad judicial expidiera una orden de aprehensión y, a su vez el Juez, igualmente tenía la obligación de acreditar los mismos elementos al momento de librar la orden de aprehensión. Estas exigencias traían como consecuencia, por un lado que el Ministerio Público realmente contaba con tiempo limitado para poder

comprobar lo exigido, de lo que se deduce y efectivamente sucede en la práctica, por algunas lagunas legales los indiciados evadían la acción de la justicia.

Ahora bien, con la reforma propuesta, se requiere que se compruebe únicamente el cuerpo del delito, que como anteriormente lo dejamos asentado, este concepto se compone por todos los elementos que en cada caso, integran el tipo delictivo, tanto los elementos objetivos o materiales como los subjetivos y los normativos, dejando fuera elementos que en determinado caso, eran inoperantes para establecer la comprobación del ilícito. De acuerdo a este principio, se adecuó el respeto entre la autoridad investigadora y la autoridad judicial, ya que al primero, por mandato constitucional, le corresponde la investigación de los delitos; y el segundo está facultado para emitir resoluciones que afecten la esfera jurídica de los gobernados, en este caso, privarlo de la libertad corporal.

En el Diario de los Debates, de fecha primero de octubre de 1998, respecto de la iniciativa de decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el punto relativo a consideraciones particulares y cambios a la iniciativa, realizado por la Cámara de Senadores, la cual actuó como Cámara de origen, se señaló que, *“a partir de las reformas de 1993, fue necesario acreditar todos los elementos del tipo penal, es decir, los elementos objetivos, subjetivos, así como los normativos para obtener una orden de aprehensión o auto de formal prisión. Acreditar los elementos subjetivos-tales como tener conocimiento de cierta circunstancia, el propósito de*

delinquir, u otros aspectos subjetivos según el delito de que se trate-asi como los elementos normativos-tales como comprobar que se trata de cosa ajena. el mandato legitimo de la autoridad, u otros aspectos normativos, según el delito de que se trate-es correcto para una sentencia condenatoria, pero resulta excesivo para una orden de aprehensión o un auto de formal prisión”⁷⁶

Una de las consecuencias que, por lógica ha de suceder, es el cambio en las leyes secundarias, es decir, en el Código de Procedimientos Penales, tanto para el fuero común, como para el fuero federal. En efecto, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y el 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establecen que tanto el Ministerio Público, como el juzgador, deberán de acreditar los elementos del tipo penal del delito de que se trate, siendo los siguientes: la existencia de la correspondiente acción, la forma de intervención de los sujetos activos, la realización dolosa o culposa de la acción, las calidades del sujeto activo y pasivo, el resultado y la atribubilidad a la acción u omisión, el objeto material, los medios utilizados, las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, los elementos normativos, los elementos subjetivos específicos y las demás circunstancias que la ley prevea.

“Ahora con la propuesta de reforma, se tendrán que acreditar por definición de la LEGISLACIÓN SECUNDARIA sólo los elementos objetivos del tipo penal (porque eso si no se puede negar la reforma que cuando se refiere a figura

⁷⁶ Diario de los Debates del Senado de la República Mexicana. Número 11, 1º de octubre de 1998. p.

delictiva ésta no puede ser otra cosa que el tipo penal, al menos hasta donde yo alcanzo a comprender) es decir quedarán fuera, si somos partidarios del causalismo valorativo, los elementos subjetivos del injusto tales como ánimos, propósitos o deseos y en caso de ser finalistas el dolo, la culpa y los elementos subjetivos distintos al dolo y, entre el auto de captura y el de procesamiento, no habrá exigencias de avance pues seguirán tomando sólo esos elementos objetivos, con los datos suficientes (entiéndase prueba) para acreditarlos y probarlos, por lo que auguramos muchas dicciones de auto de captura, incluso de autos de formal prisión, pero no podemos dejar de mencionar el pronóstico anticipado de muchas más sentencias absolutorias.”⁷⁷

Con la reforma realizada por el Congreso de la Unión, habrán de modificarse estos preceptos, para adecuarse a lo establecido por la Carta Magna. Consideramos apropiado que las disposiciones aludidas con anterioridad deben de establecer lo siguiente: El Ministerio Público acreditará si existen datos del cuerpo 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 constancias procesales. Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar sino existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad. El cuerpo del delito y la probable responsabilidad se

⁷⁷ Maucera Espinosa, Miguel Ángel. Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Año LXIV. No.1, México D.F. Enero-Abril, 1998 "Delicada decisión legislativa: elementos del tipo o cuerpo del delito. Ed. Porrúa

acreditarán por cualquier medio que la ley estime pertinente y sirvan como medio probatorio, con la única excepción de que no contravenga lo establecido previamente.

Estamos conscientes de que hasta en tanto no entre en vigor la citada reforma, habrán de observarse sus consecuencias y efectos, los cuales creemos nosotros que han de servir para fortalecer el sistema penal mexicano, en donde los partícipes de eventos delictivos no encuentren resquicios en la ley para sustraerse de la misma y que por requisitos que en algunos casos consideramos excesivos, evadan las consecuencias que por su actuar contrario a la ley derivan en actos que contravienen los principios de la buenas costumbres y, porque no mencionarlo en este momento, se puede romper con el Estado de derecho, lo cual a decir verdad, llegar a estos extremos sería una verdadera catástrofe para todos los habitantes de la República Mexicana. No con esto pretendemos asentar que será una de las últimas reformas constitucionales, al contrario, habrán de darse nuevas y de diferentes facetas para que la sociedad encuentre en la ley verdaderos mecanismos de defensa, en este caso concreto, respeto a sus garantías individuales.

4.5.2.- Postura del juzgador al momento de emitir una orden de aprehensión, con la reforma constitucional.

Una vez reformado el artículo 16 de la Carta Magna, en lo referente al libramiento de la orden de aprehensión por parte de la autoridad competente, al momento de emitirla se encontrará con la ventaja de que ya no se tendrá que acreditar todos los elementos del tipo penal de que habla la reforma ocurrida en el año de 1993. Como hicimos hincapié en capítulos anteriores, al momento de no acreditarse los elementos estatuidos en el artículo Décimo Sexto de la Constitución General y los correlativos de la Ley Secundaria, era razón suficiente para no tener por acreditado el delito y, por lo tanto los sujetos activos del evento delictivo quedaban impunes ante tal exigencia de la ley.

Ahora bien, lo que buscan los legisladores es que el Titular del Juzgado en donde se radique alguna consignación, cuente con facultades que expresamente la Constitución le otorgue; observamos que con la reforma de 1993 al Ministerio Público se le exige comprobar plenamente los elementos del tipo penal de que se trate, en consecuencia el Juzgador debería de acatar lo dispuesto en el pliego de consignación que remitía al juzgado la Representación Social. Consideramos que la posición que deberá tomar el Juez al momento de recibir la consignación sin detenido en el juzgado, es la siguiente:

Al momento de sustituir el concepto de “elementos del tipo penal” por el término jurídico (aceptado por la doctrina) “cuerpo del delito”, al llegar la consignación al juzgado de referencia, esta llegará con los elementos suficientes para que en el mismo local, el titular haga uso pleno de la facultad que le confiere la Constitución, en consecuencia se actuará con una facultad amplísima, deviniendo esto, en que por lo general todas las órdenes de aprehensión serán libradas. No con esto tratamos de decir que el juzgador no entrará al estudio de la constancias procesales, al contrario, tendrá la misma obligación y consideración al momento de emitir su resolución, ya que el artículo 16 Constitucional exigirá que se compruebe plenamente el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado para girar una orden de aprehensión; tan es así que al momento de dictar auto de plazo constitucional es en este instante cuando también se requiere que únicamente esté comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado”.

Hay que tomar en consideración que cuando se cumplimenta una orden de aprehensión solicitada por el Ministerio Público, existen circunstancias en que el delito de que se trata, no es considerado como grave, tal y como lo establece a contrario sensu, el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales y el 268 del fuero común, en consecuencia se podrá solicitar libertad provisional con las reservas de ley; con lo anteriormente expuesto, ratificamos el principio que la doctrina acepta y, es el referente a que la orden de aprehensión es un medio por el cual se garantiza que el indiciado responda ante el órgano jurisdiccional, para hacerle conocer las causas por las cuales se encuentra a disposición del mismo, en

consecuencia se le seguirá un proceso bajo los lineamientos legales previamente establecidos

De tal suerte que, la decisión final la dará el Juez al momento de emitir su sentencia definitiva, esto dará pauta a que el juzgador estudie a fondo las pruebas presentadas por las partes durante el proceso, siendo de esta forma que el titular del juzgado será realmente el instructor de la causa que le correspondió conocer.

Con lo antes expuesto se evitará que por tecnicismos legales, en algunos casos excesivos, verdaderos delincuentes evadan la acción justicia, atendiendo de esta manera a los reclamos de la sociedad al momento de ver afectados sus derechos como gobernados. Con las reformas constitucionales, relativas al artículo décimo sexto, verdaderamente existirá un adelanto en la impartición de justicia, ya que será en la sentencia cuando se defina la situación jurídica del indiciado y, no en la integración de la averiguación previa (como en algunos casos sucede), se dé esta situación, que como anteriormente lo dejamos asentado, es facultad exclusiva de la autoridad judicial.

4.5.3.- Postura del Ministerio Público al momento de solicitar una orden de aprehensión con la reforma Constitucional

Consideramos que para la autoridad investigadora no habrá mayor inconveniente en que la reforma constitucional se lleve a cabo, ya que se le exigirá que compruebe únicamente el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado; no sin antes dejar bien claro, que esto no significa que la carga de trabajo disminuirá o se reducirán sus facultades, al contrario, contarán con la misma intensidad laboral y, en algunos casos aumentarán sus labores, ya que no actuarán como jueces instructores, si no que actuarán conforme a lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Apreciamos que, una vez realizadas las reformas en cuanto a los elementos del tipo penal y el cuerpo del delito, el Ministerio Público tomará en cuenta el siguiente criterio:

En lo relativo al tipo penal, basta que uno de los elementos que refiere el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 168 del código sustantivo federal no se cumpla, para que se tenga por no acreditado el tipo penal del delito de que se trate y, como consecuencia la orden de aprehensión se niegue, dando como resultado que el ofendido o el Ministerio Público deben aportar

pruebas dentro de los sesenta días a partir del siguiente en que se les hayan notificado estas resoluciones (artículo 36 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal). Con la reforma se exige que el Ministerio Público compruebe el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, siendo facultad exclusiva de la autoridad judicial entrar a fondo al estudio de las constancias procesales para comprobar que efectivamente están acreditados ambos requisitos por la autoridad investigadora, de tal suerte que menos consignaciones se encontrarán bajo el supuesto antes referido.

Estimamos que con la reforma ocurrida en 1993, muchas de las consignaciones radicadas en los juzgados quedaban bajo los efectos del artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de tal suerte que aún, cuando el Ministerio Público aportara nuevos elementos de prueba al juzgador dentro de los sesenta días que señalaba el artículo 36 del ordenamiento antes invocado, y este último considerara que dichos elementos de prueba no son suficientes para que se tengan por integrados los elementos del tipo penal del delito vuelve a negar la orden de aprehensión, dejándolo dando como consecuencia que la causa se sobresea, lo que origina retrasos en las causas y como consecuencia rezago en el juzgado.

Otra situación que puede suceder es que el Ministerio Público aporte nuevos elementos de prueba dentro del término que señala dicho artículo y el Juez niegue nuevamente la orden de aprehensión sin dejarlo para los efectos del artículo 36 del Código de Procedimientos Penales, el Ministerio Público al notificarse de dicha

resolución interpone el recurso de revocación de esa resolución, el Juez desecha de plano el recurso antes mencionado, lo que produce impunidad.

En este orden de ideas, al aceptar el concepto de cuerpo del delito, permitirá que la autoridad investigadora cuente con instrumentos suficientes para cumplir con sus responsabilidades, permitiendo el equilibrio adecuado entre la autoridad judicial y la representación social.

De esta manera, será en el proceso penal donde se encuentre la amplitud probatoria, por lo que es necesario modificar los requisitos impuestos el Ministerio Público para la obtención de la orden de aprehensión; debe dejarse para el proceso penal y la sentencia definitiva la acreditación plena del hecho delictivo y la responsabilidad del acusado.

Encontramos atinada la reforma a la Constitución, ya que es más apropiado adoptar el concepto de cuerpo del delito en lugar de referir los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal, ya con el tiempo limitado (48 horas), con que cuenta el Ministerio Público es sumamente difícil poder acreditarlo todos estos elementos, asimismo con el cuerpo del delito basta tener evidencias para tener por comprobado el mismo y la responsabilidad penal. Aunado a esto, como la orden de aprehensión es la fase inicial del procedimiento, se admite que el grado de convicción del juzgador no debe ser pleno, por lo que bastará para que se libre una orden de aprehensión, el apoyo de datos hagan probable la responsabilidad.

Por lo anterior, se considera que la referencia a la reforma es la correcta, ya que se observó que con la innovación ocurrida en el año de 1996, existieron serias deficiencias en el funcionamiento de los sistemas de procuración y administración de justicia y lo que debía de ser una colaboración entre jueces y Ministerios Públicos en favor de la justicia, ha resultado ser una relación poco colaborativa entre estas dos instituciones públicas, que en la mayoría de la ocasiones se imputan mutuas fallas e incficiencias en el momento de llevar a cabo sus labores.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Constitución de Cádiz del año de 1812, fue el primer ordenamiento legal en donde se introdujo en su texto, la manera de llevar a cabo el hecho de privar de su libertad corporal a los gobernados; si bien es cierto, en dicho mandato no se contaba con un panorama amplio en cuanto a garantías individuales se refiere, también lo es el hecho, de que en otras épocas bastaba la simple orden verbal por parte de alguna autoridad para perturbar e incluso encarcelar a las personas sin existir ningún mandamiento escrito ni mucho menos que se fundara en leyes previamente establecidas, es por esta razón que consideramos que el citado mandamiento es de suma importancia para las Constituciones posteriores que rigieron el territorio mexicano, no solo en el ámbito penal, sino en todas las ramas concernientes al derecho. Posteriormente aparecieron las Constituciones, de 1814, 1824, 1836, 1843, 1857 y la que actualmente nos rige que es la de 1917, en las cuales se perfeccionó el sistema impuesto por la Constitución de Cádiz, en donde los únicos privilegiados eran los nuevos conquistadores del continente americano.

SEGUNDA.- Con el perfeccionamiento que existió en las Constituciones de 1814, 1824, 1836, 1843, 1857, no es sino hasta la del año de 1917, cuando definitivamente se establecen los lineamientos que habrían de observarse para que los gobernados no se vieran afectados en sus derechos humanos por arbitrariedades de las autoridades. En efecto, nos referimos a que el texto constitucional en comento estableció cual autoridad era la facultada para expedir una

orden de aprehensión o bien orden de detención, así como de igual manera se dio el parámetro mediante el cual se delimitaban las formalidades que debían de existir en los mandamientos judiciales, los cuales debían constar por escrito, tendrían que encontrarse fundados y motivadas las resoluciones a las que hubiese llegado la autoridad competente para emitir tal decisión; observándose con este avance una gran innovación en cuanto a las garantías individuales de los gobernados, nos referimos a que por vez primera se propone el concepto de “principio de legalidad”, el cual es el eje de inicio del procedimiento penal, el cual a la fecha, consideramos, su funcionamiento es el adecuado por la protección que brinda a todo ciudadano.

TERCERA.- Uno de los requisitos que exige el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para que pueda librarse una orden de aprehensión, es que exista una denuncia o querrela (esto con las reformas constitucionales del año de 1998), con anterioridad a la mencionada reforma, también se incluía la acusación como una formalidad. Consideramos que no debió de suprimirse el concepto de la acusación, ya que cada una tiene su acepción propia. La denuncia es poner en conocimiento al agente del Ministerio Público de un hecho que se considera delictuoso y afecta en general a la sociedad o el interés general, y ésta la hace una persona indeterminada; la acusación la realiza una persona en concreto, a la cual le constan los actos ilícitos en los que incurrió una persona determinada. En tal orden de ideas, pensamos que entre una y otra hay gran diferencia, ya que en la primera la característica fundamental es que la realiza cualquier persona en contra de cualquier otra y de delitos indeterminados; ya en la segunda, esta es hecha por una

persona que realiza los cargos en contra de determinada persona en concreto, responsabilizándola directamente de la comisión de un acto que puede o no ser delictuoso. Y por último apreciamos que en la querrela se hace del conocimiento a la autoridad investigadora de hechos delictuosos que solo daña intereses privados, la cual no afecta en lo absoluto y no existe relación alguna con las dos primeras.

CUARTA.- Para que pueda librarse una orden de aprehensión, además de los requisitos que mencionamos anteriormente, es condición indispensable que solo la autoridad judicial puede librar una orden de aprehensión, con prelación de que la solicite el Agente del Ministerio Público; que el delito que se atribuye al probable responsable se castigue cuando menos con pena privativa de libertad (interpretando a contrario sensu, que si el delito es de los tipificados con pena alternativa, en este caso no procederá el libramiento de una orden de aprehensión, en caso de hacerse lo contrario se estarían violando las garantías individuales, lo que indiscutiblemente nos conllevaría al juicio de amparo contra orden de aprehensión), y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado. Esta última frase tuvo vigencia hasta el año de 1998, ya que en el año de 1999, se consolidó la reforma constitucional que dio inicio en el año de 1997; cambiando la terminología de “elementos que integran el tipo penal” por la acepción de “cuerpo del delito”

QUINTA.- A finales del año de 1997 el Ejecutivo de la Unión, presentó al Congreso General, una serie de reformas constitucionales. Las relativas a

la materia penal. consistían, entre otras, que se solicitaba al Ministerio Público al momento de integrar la averiguación previa, que acreditara solamente la probable existencia de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, para solicitar del Juez la orden de aprehensión; situación que en momento determinado violaría la más elemental de las garantías individuales, ya que tal situación nos conlleva a pensar que solo con sospechas infundadas podría ser enjuiciado un individuo. Dicha iniciativa constituye un atropello a los derechos fundamentales reconocidos en el sistema de justicia penal instaurado en la Constitución.

SEXTA.- El proyecto proponía retrocesos en cuanto a garantías individuales se refiere, ya que se exigía la acreditación de la probable existencia de los elementos del tipo penal. Es bien sabido, que solo hay delito cuando están reunidos los elementos que acoge el tipo penal, si únicamente son objetivos, con ellos basta; pero si el tipo requiere además elementos subjetivos y normativos es de suma importancia tenerlos en cuenta al momento de acreditar alguna resolución de carácter judicial, en caso de ser así, caeríamos en el error de que la consignación se realice por un hecho que no es delictuoso.

SÉPTIMA.- En caso se que esta propuesta se hubiera aceptado, y el Juez que dictara una orden de aprehensión, con esta sugerencia, no se encuadraría dentro de la hipótesis que establece el artículo 16 constitucional, en el sentido de que las resoluciones realizadas por la autoridad judicial deberán de encontrarse fundadas y motivadas, en donde observamos que la propuesta presidencial en ningún momento se

encuentra en concordancia con este precepto, ya que con el solo hecho de que se comprobara la probable existencia de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, daría pauta a que sus resoluciones se encontrarían infundadas y en consecuencia no estarían motivadas correctamente

OCTAVA.- Hacemos notar que con la reforma del año de 1993, al Ministerio Público se le otorgó la calidad de Juez instructor, ya que se le exigió al momento de integrar la averiguación previa que comprobara los elementos del tipo penal, situación que equivale a que al autoridad investigadora adopte la calidad de autoridad judicial; en efecto, se le exigió comprobar la culpabilidad del indiciado, función que por mandato expreso de nuestra ley suprema corresponde única y exclusivamente a la autoridad judicial, ya sea en el momento mismo de la consignación o después de llevarse a cabo el procedimiento correspondiente.

NOVENA.- De tal forma que para el Ministerio Público era casi imposible integrar adecuadamente la averiguación previa, dando lugar a que los jueces observarían que las consignaciones recaídas en los juzgados llegaran con deficiencias por parte de la autoridad investigadora. Es verdad que a la Representación Social no se le exige un término dentro del cual deberá integrar una averiguación previa para consignarla ante la autoridad judicial, pero en la realidad sucede que sin en un plazo determinado no logran consignarla, al personal actuante del Ministerio Público se le hace fácil enviar la averiguación previa a reserva o archivo, en donde implícitamente se apropian de una facultad que no les corresponde,

dándose la circunstancia de que se desisten de la acción penal o bien proponen el no ejercicio de la acción penal.

DÉCIMA.- Con la reforma ocurrida en el año de 1998 (entrando en vigor para marzo de 1999), se requiere que tanto el Juez como el Ministerio Público, acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. De esta forma se respetará la división de poderes entre una y otra autoridad, es decir. el Ministerio Público conserva abiertamente la facultad otorgada por el artículo 21 constitucional, al referir que le corresponde la investigación de los delitos, más no proceder en un juicio sumario, como implícitamente lo es al acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

DECIMAPRIMERA.- La reforma de 1998 constitucional. introdujo nuevamente el concepto de “cuerpo de delito” en lugar de la expresión “elementos del tipo penal”, aportado por la reforma de 1993; adviértase que en un lapso de cinco años hubo de necesidad de dos procesos de reforma a la Carta Magna, que bien se pudieron haber previsto. Postura la cual consideramos inadecuada, ya que al cabo de muy poco tiempo desembocaron en lo que pensamos que es la reforma de la reforma.

DÉCIMA SEGUNDA.- Algunos estudiosos de la materia consideran que tanto la categoría como la expresión de “cuerpo del delito” es una figura equívoca y por lo tanto sujeta a interpretación. Otros por su parte, estiman que la acepción “elementos del tipo penal” es una noción unívoca, clara y no acepta interpretaciones.

Dejamos asentado en este momento que a partir de la Constitución General de la República hasta a llegar a la ley de más bajo nivel, no encontramos la definición de “cuerpo del delito”, si bien es cierto que la Suprema Corte de Justicia de la Unión, ha establecido un criterio por lo que debe de entenderse como tal, de igual manera nos obliga a recurrir a opiniones doctrinarias.

DÉCIMA TERCERA.- La finalidad de la reincorporación constitucional del “cuerpo del delito”, en lugar del concepto de “elementos del tipo penal”, es que la autoridad judicial cuente con medios jurídicos establecidos en la ley, para llevar a cabo su buen funcionamiento y de esta manera ofrecer una seguridad jurídica a la sociedad en general. Sin duda alguna, se culpa a las autoridades encargadas de procurar y administrar justicia de la pérdida de la seguridad pública, pero consideramos que no son estas las culpables directamente, ya que invariablemente deben de regirse bajo normas previamente establecidas, de tal suerte, que si la ley no se empareja con la realidad social, jamás habrá entendimiento entre una y otra.

DÉCIMA CUARTA.- Existe por el momento (y pensamos que por largo tiempo), una discusión en torno a que si debió de cambiarse el término “elementos del delito” por el de “cuerpo del delito”, siendo nuestra postura la siguiente: se ha demostrado que existe impericia e incapacidad por parte de la autoridad investigadora para integrar los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal, siendo consecuencia lógica que cuando las consignaciones llegan a los

juzgados, estas llegan con serias deficiencias, y el juzgador se encuentra con la obligación (en las mayoría de las veces), de negar alguna orden de aprehensión, o bien se haya en la necesidad de reclasificar el delito. En este orden de ideas, consideramos que es acertada la reforma constitucional, ya que el Agente del Ministerio Público se concentrará exclusivamente a integrar cabalmente el “cuerpo del delito” para que la autoridad judicial estudie a fondo el asunto de que se trate; de tal suerte que será la autoridad competente (autoridad judicial) la que verdaderamente imponga la penalidad correspondiente.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.-Acosta Romero, Miguel; López Betancourt, Eduardo. "Delitos especiales." 1° ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1994.
- 2.-Arroyo de Anda, Guillermo. "La importancia y perspectivas de las reformas penales." 1° ed. Ed. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México Distrito Federal 1994.
- 3.-Burgoa Orihuela, Ignacio. "Derecho Constitucional Mexicano." 16° ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1994.
- 4.- - - - - "Diccionario de Derecho Constitucional. Garantías y Amparo." 1° ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1985.
- 5.- - - - - "Las Garantías Individuales." 30° ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1998.
- 6.-Carrancá y Trujillo, Raúl. Carrancá y Rivas, Raúl. "Derecho Penal Mexicano, parte general." 1° ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1995.
- 7.- - - - - "Código penal anotado." 3° ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1998.

- 8.-Colín Sánchez, Guillermo. "Derecho mexicano de procedimientos penales". 1º ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1995.
- 9.-De la Cruz Agüero, Leopoldo. "Procedimiento penal mexicano". 4º ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1995.
- 10.-Díaz de León, Marco Antonio. "Código Federal de Procedimientos Penales comentado". 3º ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1997.
- 11.-Gabino Fraga. "Derecho Administrativo". 33º ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1994.
- 12.-García Ramírez, Sergio. "Comentarios sobre las reformas de 1993 al procedimiento penal federal". 2º ed. U.N.A.M, México 1994.
- 13.- - - - - "El nuevo procedimiento penal mexicano. la reforma de 1993-1994". 2º ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1995.
- 14.- - - - - "Proceso penal y derechos humanos". 1º ed. Ed. Porrúa. S.A. México 1992.
- 15.-González Bustamante, José Juan. "Principios de derecho penal mexicano". 1º ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1991.

16.-González Quintanilla, José Arturo. "Derecho penal mexicano". 3º ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1995.

17.-Osorio y Nieto, Cesar Augusto. "La averiguación previa". 5º ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1990.

18.-Reynoso Dávila, Roberto. "Teoría general del delito". 2º ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1997.

19.-Rivera Silva, Manuel. "El procedimiento penal". 20º ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1991.

20.-Sánchez Bringas, Enrique. "Derecho Constitucional". 2º ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1997.

21.-Silva Silva, Jorge Alberto. "Derecho procesal penal". 12º ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1990.

22.-Tena Ramírez, Felipe. "Leyes fundamentales de México". 1808-1997. 20º ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1997.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

JURISPRUDENCIA

Apendice al Semanario judicial de la Federación, 1917-1985.

REVISTAS

Comisión Nacional de Derechos Humanos. “Los derechos humanos de los mexicanos”.

Criminalia. Academia Mexicana de ciencias penales. año LXIV, número 1, México, Distrito Federal, enero-abril 1998. Ed. Porrúa, S.A.

Criminalia. Academia Mexicana de ciencias penales. año LXIV, número 2, México, Distrito Federal, mayo-agosto 1998. Ed. Porrúa, S.A.

Criminalia. Academia Mexicana de ciencias penales. año LXIV, número 3, México, Distrito Federal, septiembre-diciembre 1998. Ed. Porrúa, S.A.

OTRAS FUENTES

Iniciativas de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, enviadas por el Ejecutivo de la Nación en el mes de diciembre de 1997; relativas a los artículos 16 y 19.

Diario de los debates del Senado de la República Mexicana (Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia y de estudios Legislativos). Número 11. 1º de octubre de 1998.

Gaceta parlamentaria de la H. Cámara de Diputados. Año I, 6 de octubre de 1998, número 130.

Gaceta parlamentaria de la H. Cámara de Diputados. Año I, 3 de noviembre de 1998, número 149.