

200



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

296236

## ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"

ESTUDIO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ORDEN DE  
PRESENTACION PREVISTA EN EL ARTÍCULO 69 DE LA LEY DE  
PREVENCIÓN SOCIAL Y TRATAMIENTO DE MENORES VIGENTE EN EL  
ESTADO DE MEXICO.

SEMINARIO DE TALLER EXTRACURRICULAR

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

MARISOL LOPEZ AYALA

ASESOR: RAFAEL CHAINÉ LOPEZ

Naucalpan, Estado de México a 31 de Agosto de 2001





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.

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

Gracias señor que me has orientado y apoyado en mi camino, regalándome el tiempo para finalizar una nueva meta en mi vida.

A mis padres: Tere y Pedro, que siempre han estado conmigo, fortaleciendo mi alma y colaborando en mi superación profesional y personal.

A mis hermanos Pedro y Rubí que siempre confían en mí y me ayudan en los momentos difíciles de la vida.

A mi esposo Genaro, le agradezco su comprensión, ayuda y todos sus esfuerzos, que me hicieron más liviana la elaboración de este trabajo.

A mis amigos María Antonieta, Carlos, Dolores, Beatriz y Luis, que con sus consejos me animan cuando más los necesito.

A los todos los ponentes del seminario del taller extracurricular quienes con sus conocimientos y comentarios, me instruyeron en la elaboración y desarrollo de este trabajo.

A todos aquellos que creen en mí y depositan sus energías positivas.

## JUSTIFICACION

Los derechos de los menores infractores, han sido tema de estudio de varias investigaciones, este trabajo tiene como finalidad hacer un estudio del marco jurídico en el que se basa el sistema de justicia de menores del Estado de México, con el objeto de evidenciar las contradicciones existentes en las legislaciones que integran dicha estructura legal; así como los problemas que originan las lagunas legislativas, presentando las problemáticas más notorias existentes en la administración de justicia, haciendo una reflexión sobre la necesidad de actualizar las leyes de manera congruente a efecto de que cumplan con sus objetivos, en la medida del cambio de la criminalidad de menores y acordes a la política criminológica prevista en los instrumentos internacionales y principios constitucionales establecidos en favor de los que son sujetos a un proceso Penal.

El problema de la antisocialidad de menores es importante, muchos lo consideran agotado, y sólo adquiere relevancia social cuando los medios de comunicación difunden una noticia en la que se encuentra inmerso un menor, solicitando a la sociedad opinen sobre la necesidad de castigar a los menores infractores como a un adulto.

Con mi estudio no pretendo afirmar que con la creación de leyes se resolverá el problema de la delincuencia, pero si considero que con leyes coherentes se puede objetivar quienes requieren el tratamiento, y así, evitar que se cometan delitos; lo que no sucede con el marco legal actual, que genera impunidad, ya que los abogados de los menores aprovechan los errores técnicos de la ley para evitar que el menor infractor sea sujeto a un tratamiento a pesar de haber dañado a la sociedad. De esta manera también es importante señalar que la sociedad se debe concienciar de su participación en la solución del problema, otorgándole a la autoridad competente las facultades para hacer cumplir sus determinaciones y lograr la defensa social adecuada.

## ANTECEDENTES DEL TEMA:

En 1995 entró en vigor la ley de prevención social y tratamiento de menores vigente en el Estado de México, en ella se adopta la política criminológica que garantiza en favor de los menores infractores, los derechos que tiene todo procesado en un juicio penal, pretendiendo adoptar en cuanto a su contenido algunos de los principios constitucionales como el de legalidad, y seguridad jurídica, enmarcadas en los artículos 14, 16 y 19 de la Constitución. Entre los derechos procesales que se incorporaron, se encuentra el que pugna por garantizar el irrestricto respeto a la libertad de los menores, a fin de que se restrinja en los casos que justifica la propia constitución.

El derecho al respeto de la libertad de un menor no estaba garantizado en las leyes aplicables a menores infractores, debido a que se consideraba que no se privaba de la libertad al menor, sino que el Estado en ejercicio de la obligación de salvaguardar los derechos de los menores, ejercía la tutela sobre su persona y bajo ésta interpretación se diluía la necesidad de otorgarles las garantías del proceso penal. Se creía además que el menor no era imputable, por lo que no se configuraban los elementos del delito, por no existir el delincuente, en consecuencia no había proceso penal, ni juicio en que se ejerciera jurisdicción, ni se imponían penas; por lo que Tribunales o Consejos tutelares eran considerados autoridades familiares, en donde lo importante era conocer la personalidad del menor, el advertir la peligrosidad, capacidad o aptitud de delinquir, y aplicar un tratamiento bajo el ánimo de corregir y transformar.

Con el argumento de que al menor se le estaba tutelando o protegiendo se justificaba su privación de la libertad, de tal suerte que cuando se ordenaba su internamiento, la autoridad administrativa no se apegaba al principio de seguridad jurídica previsto en la constitución en el artículo 16, siendo indispensable únicamente el estudio de la personalidad del menor, que arrojara datos bastantes para presuponer su peligrosidad y necesidad de segregación para su corrección.

En la actualidad los menores no son considerados inimputables por la ley, y debido a la política del Estado no se les aplica el derecho penal; sin embargo, la autoridad administrativa ahora tienen la obligación de justificar sus actos jurídicos apeguándose a los principios constitucionales de legalidad.

#### **METODOLOGIA:**

Nos basaremos para el estudio de investigación en documentos bibliográficos, hemerográficos y de igual forma en la información de la Red de Internet.

#### **MARCO DE REFERENCIA:**

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- 2.- Ley Orgánica de la Administración Pública.
- 3.- Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.
- 4.- Los Tratados Internacionales.
- 5.- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México
- 6.- Ley Orgánica de la Administración Pública y su reglamento
- 7.-Código Penal del Estado de México
- 8.- Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.
- 9.- Ley de Prevención Social y Tratamiento de Menores vigente en el Estado de México.

## MARCO TEORICO

El marco jurídico que regula las funciones de la autoridad administrativa encargada de administrar justicia a menores que infringen normas penales en el Estado de México, sirve de base para conocer la naturaleza jurídica de sus actos, los cuales son de carácter jurisdiccional desde el punto de vista formal, también son administrativos desde el punto de vista material, lo que origina que sus funciones se encuentran limitadas de acuerdo a la naturaleza material de sus actos; ejemplo de ello, es la orden de presentación prevista en la Ley de prevención social y tratamiento de menores vigente en el Estado de México, donde surge la tendencia de asimilar el procedimiento administrativo especial penal al proceso penal aplicable a los adultos imputables. Originando las reformas, violaciones a la garantía de legalidad, al señalar una obligación procesal a autoridades incompetentes en materia de menores, pero cuya función les es exclusiva en los casos de los adultos imputables.

El problema se origina debido a la ficción del derecho positivo penal, que a pesar de que el menor ya no es considerado como inimputable, de todas formas los excluye de su aplicación cuando realicen conductas tipificadas en las leyes penales como se desprende del contenido del artículo 3º. del código penal; fundamento que sirve de base para la aplicación de una ley especial para menores infractores, siendo ésta, la Ley de prevención social y tratamiento de menores vigente en el Estado de México; de igual modo el código procesal penal vigente en la entidad circunscribe en sus artículos 415, 416, 417 y 418 las funciones del órgano ministerial en la procuración de la justicia con menores de edad, limitando sus funciones a declarar al menor y remitir las diligencias de averiguación previa a la autoridad competente de acuerdo con la ley de la materia; esto es a la preceptoria juvenil tratándose de faltas como denomina la ley a los delitos no graves o al consejo de menores tratándose de delitos graves, por lo que su determinación será la de incompetencia.

Pese a las disposiciones específicas del código penal y procesal penal, y de la garantía constitucional establecida en favor de los menores, la Ley de Prevención social y tratamiento de menores, establece un procedimiento para emitir órdenes de presentación a través de autoridades incompetentes, generando impunidad, debido a la falta de eficacia jurídica de las leyes, repercutiendo en la sociedad; situación que se puede modificar si se adoptaran de manera integral cambios de fondo al sistema de justicia juvenil, como son, los pactados en los Tratados Internacionales suscritos por el Gobierno Mexicano, lo que implicaría reformas al artículo 18 constitucional en su párrafo quinto, en donde se especifique que serán las autoridades administrativas las que apliquen las medidas de tratamiento que establezcan las determinaciones judiciales.

**Tema: Estudio de la Inconstitucionalidad de la Orden de Presentación prevista en el artículo 69 de la Ley de Prevención Social y Tratamiento de Menores vigente en el Estado de México.**

#### **Capítulo I.- LA ORDEN DE APREHENSION**

1.1 Antecedentes históricos en México de la orden de aprehensión.

1.2 Estudio de las garantías individuales previstas en los párrafos primero y segundo del artículo 16 constitucional.

1.2.1 Concepto de garantía.

1.2.2 Concepto de garantía individual.

1.2.3 Estudio de la garantía de legalidad.

1.2.4 La garantía de seguridad jurídica y sus requisitos a satisfacer en el imperativo del primer párrafo del artículo 16 constitucional.

1.3 La orden de aprehensión "garantía de seguridad jurídica"

1.4 Requisitos para librar la orden de aprehensión.

1.5 Justificación de la ordenes de aprehensión.

#### **Capítulo II.- DE LA ESTRUCTURA LEGAL DEL SISTEMA DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA INFANTO JUVENIL EN EL ESTADO DE MÉXICO.**

2.1 Base constitucional del sistema de justicia infanto juvenil. (Artículo 18 constitucional párrafo quinto).

2.1.1 La discusión en la Cámara sobre la reforma al artículo 18 constitucional en su párrafo cuarto.

2.1.2 Antecedentes históricos en México del sistema de justicia infanto juvenil.

2.1.3 Estado actual del sistema nacional de atención a menores infractores.

2.1.4 Interpretación del párrafo quinto del artículo 18 constitucional.

2.2 De los Tratados Internacionales "Convención de los Derecho del Niño"

2.3 Ordenamiento Federal. " La Ley para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes."

2.4 La Constitución Libre y Soberana de México.

2.5 Leyes administrativas :“Ley orgánica de la administración pública del Estado de México.

2.5.1 Reglamento interno de la Secretaría de Gobierno.

2.6 Código penal para el Estado de México.

2.7 Código procesal penal vigente en el Estado de México.

2.8 Ley de Prevención Social y Tratamiento de Menores.

### Capítulo III.- DE LAS FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE LAS AUTORIDADES QUE INTERVIENEN EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ESPECIAL APLICABLE EN EL ESTADO DE MÉXICO A LOS MENORES INFRACTORES.

3.1. Funciones del ministerio Público en el proceso penal

3.1.1 Atribuciones del ministerio público Federal y Local.

3.1.2 La investigación de los delitos por medio de la averiguación previa.

3.1.3 La acción penal y sus características.

3.2 El menor infractor en la etapa de averiguación previa ante el ministerio público del orden común

3.3 El menor infractor ante el ministerio público federal.

3.4 La situación jurídica del menor infractor ante el poder judicial

3.4 El menor infractor en el procedimiento penal especial ante la preceptoría juvenil o el consejo de menores en el Estado de México.

### Capítulo IV.- LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ORDEN DE PRESENTACION.

4.1 Estudio del artículo 69 de la Ley de Prevención social y Tratamiento de Menores vigente en el Estado de México.

- 4.1.1 Procedimiento para solicitar la orden de presentación.
- 4.2 Diferencias entre la orden de presentación y la orden de aprehensión
- 4.3 Funciones de la orden de presentación.
- 4.4 Estudio de la inconstitucionalidad de la orden de presentación.
- 4.5 Motivos prácticos para modificar el sistema de justicia infanto juvenil.

Conclusiones

Bibliografía.

## CAPITULO I: LA ORDEN DE APREHENSION

### 1.1- Antecedentes históricos en México de la orden de aprehensión.

La libertad es uno de los bienes jurídicos más importantes, como el de la vida, el patrimonio y otros, por ello el Estado se ha encargado de garantizar su respeto y goce, además de ser el bien jurídico sobre el cual gira el proceso penal con el que se garantiza el orden social, por ende, los antecedentes son antiguos, ya que el Estado ha tenido que salvaguardar el respeto y la seguridad de los ciudadanos frente al poder del Estado.

El más antiguo y directo antecedente de nuestro artículo 16 constitucional, que protege la libertad de los individuos, lo encontramos en 1527 en España, el fuero de Vizcaya protegió la libertad mediante su ley 26, título XI que dice "Que ningún prestamero ni merino, ni ejecutor alguno sea osado de prender persona alguna, sin mandamiento de juez competente, salvo el caso de infragante delito. Si así sucediere y el juez competente ordenara la libertad, se le suelte, cualquiera causa o deuda porque está preso"<sup>1</sup>

**El primer antecedente que tenemos en México, respecto a esta garantía de libertad data de la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, en el que se previene:**

"Artículo 287- Ningún Español podrá ser preso sin que proceda informe sumario del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal y así mismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión"

---

<sup>1</sup> Zamora Pirce Jesús, Garantías y Proceso Penal, Porrúa 1997, p.3

"Artículo 292- En fraganti todo delincuente puede ser arrestado y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez presentando o puesto en custodia, se procederá en todo como se previene en los dos artículos precedentes." <sup>2</sup>

#### **Segundo antecedente: En la Constitución de Apatzingán:**

En la Constitución para la Libertad de América Latina, sancionada en Apatzingán el 22 de octubre de 1814 en su artículo 166 se previene:

"No podrá el Supremo Gobierno: arrestar a ningún ciudadano en ningún caso más de cuarenta y ocho horas, dentro de cuyo término deberá remitir al detenido al Tribunal competente con lo que se hubiera actuado" <sup>3</sup>

#### **Tercer antecedente: Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano.**

Se encuentran conformados en los artículos 11, 72, 73 del Reglamento provisional político del Imperio Mexicano, suscrito en la Ciudad de México el 18 de diciembre de 1822, en el que establecen:

"Artículo 11- La libertad personal es igualmente respetada. Nadie puede ser preso, ni arrestado, sino conforme a lo establecido a la ley anterior, o en los casos señalados en este reglamento"

"Artículo 72- Ningún mexicano podrá ser preso por queja de otro, sino cuando el delito merezca pena corporal y conste en el mismo acto, o el quejoso se obligue a probarlo dentro de seis días, y en su defecto a satisfacer al arrestado los atrasos y perjuicios que se le sigan de aquella providencia".

"Artículo 73- "...En fraganti todo delincuente debe ser preso y todos pueden arrestarle conduciéndole a la presencia del juez". <sup>4</sup>

#### **Cuarto antecedente.- En la Constitución Política Federal de la República Mexicana de 1824, sancionada por el Congreso General del 4 de octubre de 1824,**

---

<sup>2</sup> Lara Espinosa Saúl, Las Garantías Constitucionales en Materia Penal. Editorial Porrúa, 1998, p. 129

<sup>3</sup> Castellanos Tena Fernando, Las Garantías del Acusado, Estudio sobre el Decreto Constitucional de Apatzingán, México UNAM 1964, P. 494

<sup>4</sup> Derechos del Pueblo Mexicano, Tomo II. Articulado Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, México 1985, p. 16-5

encontramos los antecedentes de la privación de la libertad en los numerales 112 segunda fracción y 150 que a la letra dicen:

“Artículo 112.- Las restricciones de las facultades del Presidente de la República son las siguientes:

Fracción II.- No podrá el presidente privar a ninguno de su libertad, ni imponer pena alguna; pero cuando lo exijan el bien y la seguridad de la Federación, podrá arrestar, debiendo poner a las personas arrestadas en el término de cuarenta y ocho horas, a disposición del Tribunal o Juez competente”.

“Artículo 150- Nadie podrá ser detenido sin que haya semiplena pruebas o indicios de que es delincuente”.<sup>5</sup>

#### **Quinto antecedente: Constitución Centralista de 1836.**

El 29 de diciembre de 1836 en la Ciudad de México se promulgaron las Leyes constitucionales de la República Mexicana que disponían por lo que hace a la primera ley en su artículo 2 fracción I y II, 18 fracción II, de la cuarta en su artículo 41, 43 fracción I y II y artículo 44 de la quinta ley, lo siguiente:

“Artículo 2- Son derechos de los mexicanos:

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

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

“Artículo 18- No puede el Presidente de la República:

---

<sup>5</sup> Ibidem. P.16-7

Fracción II.- Privar a nadie de su libertad, ni imponerle por sí, pena alguna, pero cuando lo exija el bien y la seguridad pública, podrá arrestar a los que fueren sospechosos, debiendo ponerlos a disposición del tribunal o juez competente a los tres días a más tardar”.

“Artículo 41- El mandamiento escrito y firmado del juez que debe proceder a la prisión, según el párrafo primero, artículo segundo de la primera ley constitucional, se hará saber en el acto al interesado, éste y todos deberán obedecer, cumplir y auxiliar estos mandamientos y cualquier resistencia o arbitrio, para embarazarlos o eludirlos, son delitos graves, que deberán castigarse según las circunstancias”.

“Artículo 43 - Para proceder a la prisión se requiere

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

Fracción II – Que resulte también algún motivo o indicio suficiente para creer que tal persona ha cometido un hecho criminal”.

“Artículo 44.- Para proceder a la simple detención basta alguna presunción legal o sospechosa fundada, que incline al juez contra persona o por delito determinado. Un juez fijará las penas necesarias para reprimir la arbitrariedad de los jueces en esta materia”.<sup>6</sup>

**Sexto antecedente: En las Bases Orgánicas de la República Mexicana acordadas por la H. Junta Legislativa establecida conforme a los decretos del 19 y 23 de diciembre de 1842, sancionada por el Supremo Gobierno Provisional con arreglo a los mismos decretos del doce de junio de 1843 y publicados por el bando nacional el 14 del mismo establecieron:**

“Artículo 9 – Derechos de los habitantes de la República

Fracción VII.- Ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente, dada por escrito y firmado, y sólo cuando obre contra él indicios suficientes para presumirlo autor del delito que se persigue. Si los indicios se corroboraren

---

<sup>6</sup> Noriega Alfonso, Los Derechos del Pueblo Mexicano a través de sus Constituciones, Porrúa Tomo I. P. 141-142

legalmente, de modo que presenten mérito para creer que el detenido cometió el hecho criminal, podrá decretarse la prisión.

Fracción VIII – Ninguno será detenido por 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 días sin declararlo bien preso. Si el mismo juez hubiera verificado la aprehensión o hubiere recibido al reo antes de cumplirse tres días de su detención, dentro de aquel término se dará el auto de bien preso, de modo que no resulte detenido más de ocho.

El simple lapso de estos términos hace arbitraria la detención y responsable a la autoridad que la cometa, y a la superior que deje sin castigo el delito.”<sup>7</sup>

### **Séptimo antecedente: Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana.**

En el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana promulgada el 15 de mayo de 1856 se previene específicamente en los numerales 40, 41, 42 y 43 que:

“Artículo 40- Ninguno será aprehendido sino por los agentes que la ley establezca o por las personas comisionadas al efecto, y en virtud de su orden escrita del juez de su propio fuero o de la autoridad política respectiva, y cuando contra él obren indicios por los cuales se presume ser reo de determinado delito que se haya cometido.

“Artículo 41 – El delincuente in fraganti, el reo que se fuga de la cárcel o del lugar en que sea cometido el delito y el reo ausente que sea llamado por pregones públicos puede ser aprehendido por cualquier particular, quien en el acto lo presentará a la autoridad política.

“Artículo 42 – La autoridad judicial puede librar órdenes para la aprehensión de reos de otro fuero, siempre que aparezcan como cómplices de algún delito de su conocimiento, poniendo al detenido, dentro de las cuarenta y ocho horas, a disposición del juez competente

---

<sup>7</sup> Lara ponte Rodolfo, Op. Cit. P.88- 91

"Artículo 43 – La autoridad política deberá poner a los detenidos a disposición del juez de la causa dentro de las setenta horas. Pasadas éstas, el juez podrá reclamar la entrega del detenido y de los datos que obren contra él; y sino los recibiere dentro de las veinticuatro horas después de pedidos, dará la orden de libertad de aquél. la cual será obedecida por el encargado del supuesto reo en custodia. sin oponer pretexto alguno, a no ser que antes hayan sido recibido orden de dejar al reo a disposición de algún juez.<sup>8</sup>

**Octavo antecedente: El proyecto de la Constitución Política de la República Mexicana fechado en la Ciudad de México el 16 de junio de 1856 establecía:**

"En el artículo 5 – "Todo habitante de la república, así en sus personas, y familias, como en su domicilio, papeles y posesiones, están a cubierto de todo atropellamiento, examen o cateo, embargo o secuestro de cualquier persona o cosa, excepto en los casos prefijados por las leyes y con la indispensable condición de que se proceda racionalmente y de que la autoridad competente exprese en su mandato escrito la causa probable del procedimiento, sostenida por la afirmación, al menos de un testigo, y señale y describa el lugar que debe ser registrado o la cosa o persona que debe ser secuestrada. En el caso de delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente, y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata".

Artículo 27 – A todo procedimiento del orden criminal debe preceder querrela o acusación de la parte ofendida, o instancia del Ministerio Público que sostenga los derechos de la sociedad.<sup>9</sup>

**Noveno antecedente: El artículo 16 de la Constitución política de la República Mexicana sancionada por el Congreso General Constituyente el cinco de febrero de 1857 que señalaba:**

---

<sup>8</sup> Cueva, Mario de la. La Constitución del 5 de Febrero de 1857, UNAM 1971

<sup>9</sup> Zarco Francisco, Crónica del Congreso Extraordinario Constituyente 1856, 1857, México Colegio de México 1957 p. 263, 268 y 766

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata."<sup>10</sup>

**Décimo antecedente: Artículo 60 y 61 del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, dado en el Palacio de Chapultepec el 10 de abril de 1865:**

"Artículo 60.- Ninguno será detenido sino por mandamiento de autoridad competente, dado por escrito y firmado y sólo cuando obre contra él indicios suficientes para presumirle autor de un delito. Se exceptúa el caso de delito in fraganti, en que cualquiera puede aprehender al reo para conducirlo a la presencia judicial o de la autoridad competente.

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

"Pero si la aprehensión se hiciere por delitos contra el Estado, o que perturben el orden público, la autoridad administrativa podrá prolongar la detención hasta dar cuenta al comisario imperial o al ministro de Gobernación, para que determine lo que convenga."<sup>11</sup>

**Décimo primer antecedente: La Constitución Federal de 1917.**

El antecedente se encuentra en el mensaje y proyecto de la Constitución de Venustiano Carranza, fechado en la ciudad de Querétaro el primero de diciembre de 1916 que dice:

---

<sup>10</sup> Zamora Pirce Jesús, Op. Cit. P.II

<sup>11</sup> Ibidem. P. 11

“Artículo 16 del proyecto – No podrá librarse orden de arresto contra ninguna persona, sino por la autoridad judicial y siempre que se haya presentado acusación en su contra por un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal, y que esté, además, apoyado por declaración bajo protesta de persona digna de fé, o por otros datos que hagan probable su responsabilidad, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, podrá la autoridad administrativa decretar, bajo su más estrecha responsabilidad, la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.”

El artículo 16 constitucional fue aprobado el trece de enero de 1917 quedando de la siguiente manera:

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento 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 precede denuncia, acusación ó querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de personas dignas de fé o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a la disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial...”<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Derecho del Pueblo Mexicano, Tomo II. Articulado Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Méx. 1985, pp.16-5 a 16-10

El artículo 16 constitucional garantiza el respeto a la libertad de los ciudadanos y actualmente se configura en cuanto a este tópico de la siguiente manera:

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

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

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

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La controversia a lo anterior será sancionada por la ley penal.

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

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

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal. . . ”

El artículo 16 constitucional en la historia de su vida, ha sido reformado en múltiples ocasiones, siendo relevante resaltar las reformas de 1993, 1996, 1998, 1999, sin embargo, la esencia del artículo no se ha perdido, resaltando que protege los derechos fundamentales de los gobernados, como lo son: asegurarse que los actos de autoridad se apeguen a las disposiciones legales, es decir, tutela la legalidad de los actos de autoridad, protegen la libertad individual entre otros.

## **1.2 Estudio de las garantías individuales previstas en los párrafos primero y segundo del artículo 16 constitucional**

El artículo 16 constitucional puede para su estudio, dividirse en dos partes; la de carácter general, respecto de la garantía de legalidad de los actos de autoridad que establece el párrafo primero; y la de carácter especial, respecto de las condiciones específicas que los párrafos siguientes señalan para determinados actos de autoridad como son las órdenes judiciales de aprehensión y de cateo, la orden ministerial de detención y de visita domiciliaria, etcétera; sin embargo, para los efectos de nuestro estudio principal que no debemos perder de vista y que consiste en demostrar la inconstitucionalidad de la orden de presentación prevista en el artículo 69 de la ley de prevención social y tratamiento de menores vigente en el Estado de México es necesario realizar primeramente el estudio de la garantía de legalidad prevista en el primer párrafo del numeral 16 mencionado y subsecuentemente el estudio a las ordenes judiciales de aprehensión.

### **1.2.1 Concepto de garantía.**

Como primer punto, es necesario conocer que es una garantía, para tal efecto recurriremos a la gramática y subsecuentemente a la doctrina, que se ha preocupado por determinar su significado.

“Garantía: proviene del francés *garantie*, consiste en acción y efecto de afianzar lo estipulado. Fianza, prenda. Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad”<sup>13</sup>

De los conceptos doctrinarios abordaremos el siguiente

Ignacio Burgoa Orihuela, al examinar este concepto señala que: “la palabra “garantía” proviene del término anglosajón “*warranty*” o “*warrantie*”, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (*to warrant*), siendo su connotación muy amplia.

Garantía en su sentido lato, equivale, a aseguramiento o afianzamiento, pudiendo denotar también protección, respaldo, defensa, salvaguardia o apoyo”.

El concepto de garantía desde el punto de vista jurídico, se acuñó en el derecho privado, siendo sus acepciones las ya mencionadas, “el concepto de garantía en el derecho público ha significados diversos tipos de seguridades o protecciones a favor del gobernado a fin de garantizar el estado de derecho, por lo que el concepto debe contraerse a la relación jurídica de supra a subordinación, de la que surge el llamado derecho público del gobernado y que equivale en cierta forma a “los derechos del hombre”.<sup>14</sup>

La mayoría de los doctrinarios le atribuye un significado muy amplio al concepto, incluyen a todos aquellos principios, medios o recursos tendientes a que el Estado como entidad política, estructurada, organizada jurídicamente, someta su actividad a normas pre- establecidas, cuya base de sustentación está en el orden constitucional.

Ahora es indispensable saber que es una garantía individual.

---

<sup>13</sup> Enciclopedia Salvat Diccionario, Tomo 6, Salvat Mexicana de Ediciones, México 1984, p1504 y 1785.

<sup>14</sup> Diccionario de Derecho Constitucional, Burgoa Orihuela, Porrúa, México 1989, pp.181 y 182

### 1.2.2 Concepto de garantía individual.

Desde el punto de vista gramatical "por individual se entiende lo perteneciente o relativo al individuo. Particular, propio y característico de una cosa, por lo que uniendo los vocablos "garantías individuales es toda acción y efecto de proteger a los individuos, como persona humana, incluyendo a las personas morales."<sup>15</sup>

Para Ignacio Burgoa es impropio que se denominen garantías individuales ya que no es lo mismo el elemento que garantiza (garantía) que la materia garantizada (derecho humano), las cuales son las potestades naturales del hombre que al ser reconocidas por el orden jurídico positivo se convierten en derechos públicos subjetivos, siendo estos derechos los que se preservarán o asegurarán por las garantías establecidas en la constitución o por la ley.

Así mismo las garantías individuales no solo protegen los derechos del hombre o persona física, sino se extiende a todo ente jurídico, distinto del ser humano en cuanto se encuentre en la situación de gobernado, las garantías individuales nacen de la autolimitación, es decir, las limitaciones o restricciones a las conductas de las autoridades, que se establecen en todo el orden jurídico del Estado, independientemente de la índole jerárquica de las distintas normas que lo integran; frente a los miembros singulares del Estado o gobernados, la autolimitación estatal y las limitaciones jurídicas a la actuación de las autoridades se revelan en las garantías individuales, por tanto, ello se traduce jurídicamente en una relación de derecho existente entre el gobernado como persona física o moral y el Estado como entidad jurídica y política con personalidad propia y sus autoridades, cuya actividad en todo caso se desempeña en ejercicio del poder y en representación de la entidad estatal.

---

<sup>15</sup> Enciclopedia Salvat, Diccionario, Op. Cit. p. 1504

En dichas relaciones la persona moral estatal y sus autoridades desempeñan frente al gobernado la actividad soberana o de gobierno, o sea, actos autoritarios propiamente dichos que tienen como atributos esenciales la unilateralidad, la imperatividad y la coercitividad.

Se dice que el acto de autoridad es unilateral porque su existencia no requiere de la voluntad del particular al que va dirigido o frente al que se realiza; que es imperativo porque se impone contra y sobre la voluntad en contrario del gobernado, quien tiene la obligación de obedecerlo, y sin perjuicio, claro está de que lo impugne jurídicamente como corresponda; y coercitivo, atendiendo a que, si no se acata por rebeldía y oposición de la persona contra quien se pretenda ejecutar, puede realizarse coactivamente, incluso mediante la fuerza pública, en detrimento de ella. La concurrencia de los tres elementos indicados forma la índole propia del acto autoritario o de gobierno, de tal manera que, faltando cualquier de ellos, el acto que provenga de un órgano estatal y que realice frente a un particular no será de autoridad.

Por último cuando las relaciones de supra a subordinación se regulan por el orden jurídico, su formación forma parte tanto de la Constitución como de las leyes administrativas principalmente, implicando en el primer caso las llamadas "garantías individuales"<sup>16</sup>

Por lo que concluyo que para definir las garantías individuales se deberá considerar la materia sobre la que debe proyectarse la relación entre gobernado y gobernante, es necesario, señalar que en nuestra ley fundamental vigente se encuentran una infinidad de principios y garantías, ello no implica que todo el variado sistema jurídico que se encarga de enmarcar la seguridad y eficacia del estado de derecho constituyan garantías individuales, sino únicamente aquellas en las que la autoridad se encuentra en ejercicio de las actividades públicas frente a los gobernados.

---

<sup>16</sup> Garantías individuales, Ignacio Burgoa, Porrúa, México 1989, pp. 166 y 167

### **1.2.3. Estudio de la garantía de legalidad.**

Para el estudio de la garantía de legalidad prevista en el primer párrafo del artículo 16 constitucional, dividiremos al supuesto en sus elementos que lo integran, a fin de reconocer:

- A.) A quién está dirigida la protección, o bien, quien es el titular de la garantía,
- B.) Contra qué se protege, o sea, cual es el acto de la autoridad condicionada por la garantía.
- C.) Cuáles son los bienes jurídicos que va a proteger.

El artículo 16 Constitucional en su primer párrafo refiere:

“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”.

#### **A.) Titular de la garantía de legalidad.**

El término “Nadie”, debe interpretarse a contrario sensu, es equivalente a “ninguna persona”, “ningún gobernado” Por lo que la disposición constitucional, reconocerá como el titular de la misma a todo gobernado, es decir, todo sujeto cuya esfera jurídica sea susceptible de ser objeto de algún acto de molestia a sus bienes jurídicos protegidos por la ley.”

Lo anterior se corrobora con la extensión tutelar que respecto a todas las garantías individuales origina el artículo primero de la Constitución al referir el goce de ellas a

todo individuo, por ello el artículo 16 constitucional en su primer párrafo protege a toda persona.”<sup>17</sup>

**B) Acto de autoridad condicionado por la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 primer párrafo.**

El acto de autoridad que debe supeditarse a la garantía consiste en un simple acto de molestia, es decir, una mera perturbación o afectación a cualquiera de los bienes jurídicos mencionados en el artículo.

Por concepto de acto de molestia.- la entenderemos como “la aplicación normativa que hace una autoridad con el efecto de perturbar o afectar la esfera jurídica de los gobernados.”<sup>18</sup> Aún cuando la autoridad no pretenda privar de algún derecho a los gobernados, basta la simple afectación a alguno de los derechos de aquél, por ejemplo, la orden de embargo precautorio y la orden de visita domiciliaria son actos que afectan a los gobernados sin que impliquen privación de sus derechos.

Ignacio Burgoa opina “ es importante señalar que el principio de legalidad que tutela el artículo 14 en sus párrafos segundo, tercero y cuarto de la Constitución, sólo opera frente acto de privación, es decir, respecto de actos de autoridad que importen una merma o menoscabo a la esfera de la persona (disminución de la misma) o un impedimento para el ejercicio de un derecho.”<sup>19</sup>

Por otra parte el principio de legalidad previsto en el artículo 16 primer párrafo opera cuando no se trate de actos de privación en sentido estricto, ni de actos de jurisdicción de tipo penal o civil, sino de actos de mera afectación de índole materialmente administrativa, ello implica que su alcance protector sea más amplio que el del artículo 14, toda vez que todo acto de privación estricto y todo acto

---

<sup>17</sup> Garantías individuales, Burgoa, Op Cit. P.584.

<sup>18</sup> Sánchez Brigas Enrique, Derecho Constitucional, Porrúa 1990. P. 625

<sup>19</sup> Ignacio Burgoa O, Garantías Individuales. Porrúa, México 1998. p.585, 586

jurisdiccional penal o civil entrañan un acto de molestia, debido a que este último concepto es mucho más extenso.

**C) Bienes jurídicos tutelados por la garantía de legalidad prevista en la primera parte del artículo 16 constitucional.**

El acto de gobierno puede afectar:

- a) a su propia persona,
- b) a su familia,
- c) a su domicilio,
- d) a sus papeles o
- e) a sus posesiones.

a) En cuanto al acto de molestia se presente en su propia persona.

En este rubro el acto de molestia no solo puede afectar "la individualidad psico-física del sujeto con todas las potestades naturales inherentes, sino su personalidad jurídica propiamente dicha."<sup>20</sup>

El concepto de persona desde el punto de vista jurídico, se establece en atención a la capacidad imputable al individuo, consistente en adquirir derecho y contraer obligaciones, teniendo la personalidad jurídica así expresada, como supuesto, la misma individualidad psico-física. Esto implica que no todo individuo es una persona desde el punto de vista del derecho, puesto que, para adquirir esta calidad, se requiere que jurídicamente se le repute dotado de la citada capacidad.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Idem. p. 585

<sup>21</sup> Eduardo García Maynez, Introducción al Estudio del derecho, Porrúa 1988 p.p.271 s.s.

Conforme al artículo 16 constitucional, el gobernado a través de su persona es susceptible de afectarse por un acto de molestia, en sentido lato en los siguientes casos:

- 1.- Cuando se le restrinja o perturbe su actividad o individualidad psico-física propiamente dicha e inclusive su libertad personal.
- 2.- Cuando tal restricción o perturbación concierna a su capacidad jurídica de adquirir los derechos y contraer las obligaciones. (libertad de contratación)
- 3.- tratándose de personas morales, al reducirse o disminuirse las facultades inherentes a su entidad jurídica, impidiendo o limitando al ejercicio de su actividad social.<sup>22</sup>

b) Por un acto de molestia en perjuicio del gobernado a través de su familia.

No implica que la perturbación consiguiente se realice precisamente en alguno o algunos de los miembros pertenecientes a su familia, sino que opera en los derechos familiares del individuo, entendiéndose por tales todos los que conciernan a su estado civil, así como a su situación de padre, de hijo, etcétera.<sup>23</sup> Por lo que el acto de molestia a través de la familia debe recaer en los derechos familiares del gobernado.

c) El domicilio del gobernado.

Equivale a su propio hogar, es decir a su casa o habitación particular donde convive con su familia. Sin embargo dicha connotación se refiere igualmente a los diversos lugares a que alude el artículo 29 y 33 del código civil para el Distrito Federal, por lo que la afectación que a través de dicho elemento puede experimentar el gobernado, es factible que se realice en las distintas hipótesis que se expresarán:

---

<sup>22</sup> Garantías Individuales. Op. Cit .p.587

<sup>23</sup> Ibidem.

1.- El sitio o lugar en que la persona tenga establecido su hogar, esto es, su casa habitación donde conviva con sus familiares, comprendiéndose en él todos los bienes que se encuentren dentro de ella, los cuales, por tal motivo, pueden constituir la materia del acto de molestia.

2.- En cuanto a las personas morales, el sitio o lugar donde se halle establecida su administración, conforme a lo dispuesto por el artículo 33 del código civil.

3.- tratándose de personas físicas que carezcan de residencia definitiva, se aplicará el artículo 19 del código civil y se reputará como domicilio su despacho u oficina, siendo por ende, afectables por un acto de molestia todos los bienes que dentro de éste se hallen.<sup>24</sup>

#### d) Papeles.

Lo que se refiere el artículo 16 constitucional, en cuanto a papeles, se comprenden todos los documentos de una persona, es decir, todas las constancias escritas de algún hecho o acto jurídico.

Debe tenerse en cuenta que los actos de molestia que afecten la documentación del gobernado, únicamente deben consistir en la requisición o apoderamiento de las diversas y variadas constancias escritas que la integren, más nunca extenderse a los actos o derechos que en las mismas se consiguen, pues la perturbación a estos últimos opera a través de otros bienes jurídicos preservados por el artículo 16 constitucional.<sup>25</sup>

#### e) Las posesiones.

Se refieren a los bienes muebles e inmuebles, que se encuentren bajo el poder posesorio de una persona se protegen frente a actos de molestia a través del elemento posesiones, pudiendo ser afectado tanto el poseedor originario como el derivado, pero nunca el simple detentador.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Ibid. P. 587

<sup>25</sup> Ibid. P. 589

<sup>26</sup> Ibid. P. 590

#### **1.2.4 La garantía de seguridad jurídica y sus requisitos a satisfacer en el imperativo previsto en el 1er párrafo del artículo 16 constitucional**

La garantía de Seguridad Jurídica se integrara por dos imperativos que determinarán la constitucionalidad de los actos de autoridad y son :

- 1) Garantía de competencia constitucional ( autoridad competente)
- 2) Garantía de Legalidad (fundar y motivar la causa legal y que sea el Mandamiento por escrito.)

##### **1) Garantía de competencia constitucional.**

La primera de las garantías de seguridad jurídica que condicionan el acto de molestia, consiste en que éste debe dimanar de autoridad competente.

Su estudio versará sobre el concepto de "competencia" desde el punto de vista del artículo 16 constitucional.

A continuación transcribiré una breve reseña sobre el debate que sobre éste concepto se ha desarrollado en el tiempo.

Existen tres tesis que pretenden resolver el problema de la competencia:

a.- Tesis de Iglesias.- José María Iglesias sostiene, "el sentido de que la competencia de una autoridad equivale lógica y jurídicamente a su legitimidad y este concepto es denominado competencia de origen."

b.- Tesis de Vallarta.- Ignacio L. Vallarta, "distinguía con nitidez dos cuestiones jurídicas fundamentales diferentes, a saber; la legitimidad, llamada "competencia de origen" y la competencia propiamente dicha de las autoridades. Concluyendo que la competencia no es más que la suma de facultades que la ley le da para ejercer ciertas atribuciones. La legitimidad se refiere a la persona, al individuo, es decir, a los requisitos que debe reunir una persona para ser designada en una función pública.

### c.- El estado actual del concepto "autoridad competente"

José María Lozano interpretó el alcance del concepto del artículo 16 constitucional, es decir, si dicha competencia únicamente comprendía sólo las atribuciones otorgadas en la Constitución (la llamada competencia constitucional), o si incluía, más ampliamente, las conferidas en la ley (la llamada competencia jurisdiccional o competencia legal). Este autor definía a la competencia jurisdiccional como propia de las leyes secundarias que fija a cada Tribunal los límites de su jurisdicción, tanto con relación a la materia del juicio como al territorio en que debe ejercerse y algunas veces a las personas que le están sometidas", esta competencia para el autor no estaban garantizadas por el artículo 16 constitucional, porque podían ser exigidas a través de los medios ordinarios.

Los conceptos vertidos por Lozano fueron cuestionados en su momento, porque si por su primera definición calificaba la competencia por su fuente (constitucional), no había razón para que a la segunda competencia no la calificara igual por su fuente (jurisdiccional más propiamente la pudo haber llamado "legal") calificándola por el órgano a quien se le confiere. En segundo lugar se le criticó porque la limitaba a los órganos jurisdiccionales, como si fueran los únicos órganos del Estado, dejando fuera a la competencia legal de los órganos legislativos y ejecutivos. Sin embargo su interpretación fue asumida por la Suprema Corte de Justicia en reiteradas ocasiones, en la que afirmaba que "la competencia, o sea, la que se refiere a la órbita de las atribuciones de los diversos poderes, es la única que esta protegida por medio de las garantías individuales."<sup>27</sup>

Sin embargo en la actualidad, la jurisprudencia de la Suprema corte de justicia ha experimentado diversas variaciones, respecto a la procedencia del juicio de amparo en materia competencial. En el apéndice al tomo XCVIII, se afirma en el

---

<sup>27</sup> Artículo 16 Constitucional, Op. Cit. P. 187

texto de la tesis 90 " Que la competencia constitucional puede ser reclamada en vía de amparo". El cambio es significativo, pues deja de afirmar que esta competencia es la única protegida por las garantías individuales, por lo que implícitamente se acepta que también puede estar garantizada por el artículo 16, la competencia fundada en la ley.<sup>28</sup>

Por otra parte la Suprema Corte ha admitido explícitamente que "puede alegarse como concepto de violación la incompetencia, aún la jurisdiccional, de la autoridad responsable, cuando éste punto ya fue estudiado y decidido previamente a la interposición de la demanda de garantías e impliquen el contenido un concepto de violación, en tales circunstancias si puede estudiarse y decidirse en el juicio constitucional"<sup>29</sup>

Muestra de lo anterior se confirma con la jurisprudencia que a continuación se transcribe:

#### COMPETENCIA JURISDICCIONAL, CUANDO PUEDE RECLAMARSE EN EL AMPARO

"Puede alegarse como concepto de violación la incompetencia, aun la jurisdiccional, de la autoridad responsable, cuando este punto ya fue estudiado y decidido previamente a la interposición de la demanda de garantías."

Quinta época

Tomo XC, Pág. 346. Pardo Cuéllar Eustaquio

Tomo XCI, Pág. 372. Prado Rodríguez Isaac.

Tomo XCI, Pág. 1012. Madrazo Carlos A.

Tomo XCIII, Pág. 752 Bashman Harvey A.

Tomo XCIII, Pág. 1105, Cerro Vda. De Amézaga Manuela, Suc. De.

---

<sup>28</sup> Ibidem. P. 594

<sup>29</sup> Tesis jurisprudencial 103 del Apéndice cit. Supra nota 6, 8º parte. P. 155

Apéndice al semanario judicial de la federación 1917-1985. 8° parte, Jurisprudencia común. P. 155.

En materia penal la primera sala ha afirmado que "la competencia es un presupuesto sin el cual no puede existir el proceso", lo cual es acorde con la teoría del presupuesto procesal de Oskar Von Bulow y agrega: "El artículo 16 de nuestra Constitución subordina la eficacia de la actuación de las autoridades, a la competencia que solamente la ley puede conferirles...La garantía constitucional del artículo 16 no puede, en cuanto a su validez y fiel observancia, condicionarse al previo requisito de la tramitación de los procedimientos inhibitorios o declinatorios estatuidos por la legislación procesal federal penal, sin desconocer la naturaleza sustancial o material del derecho en que consiste la garantía de que se trata..."<sup>30</sup>

Respecto de la competencia constitucional, ésta concluye el maestro Ignacio Burgoa, concierne al conjunto de facultades con que la propia Ley suprema inviste a determinado órgano del Estado, de tal suerte que si el acto de molestia emana de una autoridad que al dictarlo o ejecutarlo se excede de la orbita integrada por tales facultades, viola la expresada garantía, así como en el caso de que sin estar habilitada constitucionalmente para ello, causa una perturbación al gobernado en cualquiera de los bienes jurídicos señalados en dicho precepto. En cuanto a la competencia ordinaria y especialmente a la jurisdiccional, que se revela como el conjunto de facultades con que la ley secundaria inviste a una determinada autoridad, la corte no ha eliminado totalmente la posibilidad de que por actos contraventores de las normas concernientes a la competencia común de los jueces (y por extensión, de las demás autoridades del Estado), proceda el juicio de amparo lo que ha sido admitido por nuestro máximo tribunal".<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Apéndice al tomo CXVII del Semanario judicial de la Federación, quinta época p.1580

<sup>31</sup> Las Garantías Individuales. Op. Cit pp.594 y 595

## 2. La garantía de legalidad ( fundamentación y motivación)

Es considerada como la garantía que proporciona mayor protección hacia el gobernado dentro del orden jurídico constitucional, ya que incluso la garantía de competencia queda comprendida dentro de ésta.

Su eficacia jurídica 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.

La garantía de legalidad implica en la primera parte del artículo 16 constitucional, que condiciona todo el acto de molestia en los términos en que ponderamos este concepto, contiene en la expresión fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento.

La fundamentación consiste en "expresar con precisión en el texto mismo del acto de la autoridad, los preceptos legales aplicables al caso concreto, que son, en los que se basa para emitirlo."<sup>32</sup>

La Suprema corte ha afirmado que "las autoridades no tienen más facultades que la que la ley les otorga, pues si así no fuera, fácil sería suponer implícitas todas las necesarias para sostener actos que tendrían que ser arbitrarios por carecer de fundamento legal."<sup>33</sup>

De aquí se desprende que las autoridades deben de gozar de las facultades expresas para actuar, o sea, que al realizar el acto de autoridad, exista una ley que lo autorice.

Las exigencias de fundar todo acto de molestia, impone a la autoridad diversas obligaciones, que se traducen en las siguientes condiciones:

- Que el órgano del Estado del que tal acto provenga, esté investido con facultades expresamente consignadas en la norma jurídica (ley o reglamento para emitirlos)
- Que el propio acto se prevea en dicha norma

---

<sup>32</sup> Las Garantías Constitucionales en Materia Penal, Saúl Lara Espinosa, Porrúa, México 1999, p 165.

<sup>33</sup> Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, tomo XIII, p.514

- En que su sentido y alcance se ajusten a las disposiciones normativas que lo rijan
- En que el citado acto se contenga o derive de un mandamiento escrito, en cuyo texto se expresen los preceptos específicos que lo apoyan.

El criterio de la corte ha corroborado las mencionadas condiciones, según se advierte de las distintas ejecutorias, de la segunda sala que ha dictado y que transcribiremos a continuación: "dentro de la fundamentación de los actos de autoridad se deben incluir no sólo los preceptos legales aplicables a los hechos o al caso de que se trate, sino también los que determinen la competencia del órgano de autoridad para emitir el acto.."34

• La motivación legal "implica la necesaria adecuación que debe hacer la autoridad entre la norma general fundatoria del acto de molestia y el caso específico en el que éste va a operar o surtir sus efectos, sin dicha adecuación se estaría violando la citada sub-garantía que, con la de fundamentación legal, integran la de legalidad."35

Por causa legal del procedimiento entendemos que el acto o la serie de actos que provocan la molestia en la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones de un gobernado, realizados por la autoridad competente, deben no sólo tener una causa o elemento determinante, sino que éste sea legal, es decir, fundado y motivado en una ley en su aspecto material, esto es, en una disposición normativa general, impersonal, creadora y reguladora de situaciones abstractas.36

<sup>34</sup> Informe del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1982, 2ª parte. Pp 94-95.

<sup>35</sup> Las Garantías Individuales, Op. Cit P. 598

<sup>36</sup> Derecho Administrativo, Gabino Fraga. Porrúa 1987. p.187

### **1.3 La orden de aprehensión “ garantía de seguridad jurídica.”**

Entremos al estudio de la segunda parte del artículo 16 constitucional, que es la parte especial respecto a las condiciones determinadas para los actos de autoridad que afecten la libertad de las personas, como lo es en la emisión de la orden de aprehensión.

El acto de autoridad condicionado por la garantía consagrada en el segundo párrafo del artículo 16 constitucional es la (orden de aprehensión), tiene como efecto directo la privación de la libertad del sujeto no derivada de una sentencia judicial, o sea, consiste en la privación de la libertad como un hecho preventivo

El párrafo segundo del artículo 16 prevé, además, requisitos específicos que deben cumplir los actos de autoridad consistentes en los actos de privación de la libertad por causa penal como lo es la orden judicial de aprehensión

Se debe afirmar que a este acto de autoridad determinado les son exigibles los requisitos generales del primer párrafo y, además, los requisitos específicos contenidos en los párrafos que le es aplicable.

En el congreso constituyente de 1916-1917 hubo pleno acuerdo sobre la necesidad de atribuir la exclusividad para emisión de las ordenes de aprehensión a la autoridad judicial. El diputado Colunga expresó este acuerdo diciendo; “que nadie puede ser aprehendido ni nadie puede ser obligado a responder de una acusación criminal ni ser puesto en prisión, sino es por orden de la autoridad judicial, debe cuidarse que esa orden sea librada por escrito, constando en la misma orden los motivos por los cuales se procede y los fundamentos legales funden la aprehensión.

El legislador Zamora Pirce afirmaba que el principio fundamental del sistema establecido en este precepto, consistía en que “de todas las autoridades del Estado,

únicamente los jueces tienen la facultad de dictar órdenes cuyo efecto sea privar de la libertad a una personas”, existiendo únicamente como excepción a la regla, los casos de flagrancia y urgencia previstas en el propio artículo 16. Por lo que este criterio corresponde a la finalidad original del artículo 16 y que sigue siendo valido para el texto reformado en 1999”.<sup>37</sup>

Las garantías específicas de seguridad jurídica que giran en torno al libramiento de la orden de aprehensión que se contienen en el párrafo segundo del artículo 16 constitucional revisten la importancia de proteger la libertad física de todos los individuos y restringirla únicamente en los casos establecidos previa y limitativamente en la ley, mediante las formalidades y requisitos que ella establece, garantizando así el respeto del Estado hacia los derechos de los individuos, con lo que se proporciona la seguridad jurídica en los individuos que solo en los casos y condiciones establecidas en el orden jurídico, el Estado podrá a través de sus órganos en particular restringirla en pro del orden social.

#### **1.4 Requisitos para librar la orden de aprehensión:**

Los requisitos que el párrafo segundo del artículo 16 establece para que pueda expedir la orden de aprehensión son los siguientes:

“No podrá librarse orden de aprehensión:

- 1.- Sino por autoridad judicial; y
- 2.- Sin que preceda denuncia o querrela, de un hecho que la ley señale como delito
- 3.- Que ese delito sea sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad
- 4.- Que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

---

<sup>37</sup> Artículo 16, Rodolfo Lara Ponte, Porrúa, México 1998, pp. 204 y 205

#### **1.4.1.-La garantía previene que la orden de aprehensión emane de una autoridad judicial.**

La constitución limita y sólo autoriza a la autoridad judicial para el libramiento de la orden de aprehensión, siendo por ende, la única competente para emitirla, cumpliendo las diversas exigencias que para ello se piden.

Con ello todos los individuos tenemos la seguridad jurídica de que ninguna otra autoridad, pueden ordenar la aprehensión, únicamente la autoridad judicial será la autorizada legalmente para ordenarla, salvo tratándose de la flagrancia o el caso urgente en que cualquier persona o el Ministerio Público puedan detenernos.

Son aplicable a la garantía de seguridad jurídica la siguiente tesis jurisprudencial.

**"ORDEN DE APREHENSION, AUTORIDAD COMPETENTE PARA DICTARLA.-El alcance del concepto autoridad competente, que emplea el artículo 16 de la Constitución Federal, se refiere a la autoridad a la que debe ser consignada el responsable, una vez aprehendido; y , en consecuencia, a la competencia también para decretar que el auto motivado de prisión o de libertad, en sus respectivos casos"**

T. XLIII, p.750, Amparo Penal en revisión, 1958/33, Trejo Anguiano Moisés, 8 de Febrero de 1935, unanimidad de 5 votos<sup>38</sup>

Por autoridad judicial debe entenderse, en su sentido formal "... aquel órgano estatal que forme parte del poder judicial, bien sea local o federal, según el caso.

---

<sup>38</sup> La Constitución y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación, op. Cit, P. 2742

Es importante señalar que la orden de aprehensión debe ser dictada por la autoridad judicial competente, a solicitud del Ministerio Público, por ser éste el titular de la acción penal. Como acto de autoridad que es, la orden judicial de aprehensión, también debe constar en mandamiento escrito con firma autógrafa, debe ser entregada físicamente a la persona afectada y tiene que estar debidamente fundada y motivada.

La correcta interpretación de la norma nos obliga concluir que "sólo pueden dictar órdenes de aprehensión los jueces competentes para ello; es decir, los jueces penales", en consecuencia son inconstitucionales, las ordenes de aprehensión dictadas por jueces civiles, concúrsales, familiares o del arrendamiento, pues todos ellos son incompetentes por materia. También es inconstitucional la orden de aprehensión dictada por un juez incompetente por razón del territorio, o de fueron (federal o local), aun cuando se trate de un juez penal y el agraviado puede solicitar el amparo y protección de la justicia federal en su contra, y dicho amparo debe ser concedido, siempre y cuando no haya sido aún cumplida.<sup>39</sup>

#### **1.4.2 Que preceda denuncia o querrela.**

En el texto original se exige que preceda denuncia, acusación o querrela. Existen doctrinarios que estiman que el texto constitucional original emplea como sinónimo las palabras "acusación o querrela".<sup>40</sup>

Para Jacinto Pallares se llama Acusación, "el ejercicio judicial de la acción que tienen algunos para pedir el castigo de un delito, siendo los acusadores verdaderos actores en juicio criminal que deducen una acción penal".<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Respecto de órdenes de aprehensión dictadas por autoridades incompetentes, ver competencia administrativa 1/73, 1974 Tribunal Colegiado de Octavo circuito. p. 458

<sup>40</sup> Zamora Pirce, Op. Cit. Supra nota 80. pp. 13 y ss

Por las diferencias que existen entre la acusación y la querrela resulta relevante resaltar que en la reforma de 1999 se omitió a la acusación como medio de iniciación del procedimiento penal, por lo que en sentido estricto, el artículo 16 actualizado reconoce como medio de iniciación del procedimiento penal la denuncia y la querrela, y cualquiera de las dos es indispensable para que se pueda dictar una orden de aprehensión. Al establecer esta limitación a la denuncia y la querrela, el artículo 16 está prohibiendo en forma implícita que el procedimiento penal se inicie por alguno de los medios que fueron característicos del sistema inquisitorial, como la delatación y las pesquisas.

"La denuncia es el acto por medio del cual cualquier persona haya o no resentido los efectos del delito, hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de hechos que pueden llegar a constituir un delito. La función del denunciante se limita a dar parte a la autoridad investigadora de la comisión de tales hechos pero una vez presentada la denuncia, será dicha autoridad la encargada de cumplir sus funciones de averiguar y en su caso de ejercer la acción penal sin que la voluntad del denunciante tenga legalmente relevancia alguna para suspender ni para poner término al procedimiento iniciado o al proceso promovido."<sup>42</sup>

La querrela también consiste en hacer del conocimiento del Ministerio Público la comisión de hechos que pueden llegar a constituir algún delito, pero a diferencia de la denuncia, sólo puede ser presentada por la persona afectada por el delito, es decir, por el ofendido, o bien, por su representante legal y debe contener la expresión de la voluntad de aquél para que se sancione al o a los responsables. Sin embargo la Suprema Corte de Justicia considera "suficiente la expresión de voluntad para que se sancione al responsable. En este caso el querellante a diferencia del denunciante, conserva un poder dispositivo sobre la averiguación

---

<sup>41</sup> Ibid

<sup>42</sup> Artículo 16, Op. Cit. P.206

previa y el proceso penal, ya que su perdón extingue la pretensión punitiva con tal de que se conceda antes de que se pronuncie sentencia de segunda instancia y el inculpaado no se oponga a su otorgamiento.<sup>43</sup>

Las personas autorizadas para formular querrela son, el sujeto pasivo, el ofendido o el legitimado para ello. El sujeto pasivo es la persona que reciente directamente la conducta del activo, mientras que el ofendido no necesariamente es quien reciente directamente la conducta delictiva, pero sí puede resultar afectado; y el legitimado para formular querrela ante el Ministerio Público es la persona que mediante mandato se le autoriza para hacerlo.<sup>44</sup>

En conclusión esta garantía establece como únicos requisitos de procedibilidad a la denuncia y a la querrela , para que a través de dichas manifestaciones ante el Ministerio Público, se de inicio a la investigación y persecución de los delitos, en la etapa conocida como averiguación previa y que tiene por objeto el ejercicio de la acción penal y que debe fundarse en las pruebas obtenidas en la investigación, a fin de acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado y que sirve de base para que el Ministerio Público pueda acusar y obtener de la autoridad judicial competente, la orden de aprehensión que en su caso proceda.

#### **1.4.3- Que la denuncia o la querrela se refieran a un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos por pena privativa de la libertad**

En el texto original de la constitución de 1917 se hablaba sólo de "hecho determinado que la ley castigue con pena corporal". En el texto reformado se precisa, por una parte, que el hecho debe ser señalado por la ley como delito, reiterando el principio de legalidad penal contenido en el artículo 14 constitucional párrafo tercero y por la otra se sustituye la expresión pena corporal por la de pena

<sup>43</sup> Tesis de jurisprudencia 210 del Apéndice cit. Supra nota 6, 2ª. Parte, pp.462-463

<sup>44</sup> Garantías Constitucionales en Materia Penal, Op. Cit. Pp.174

privativa de la libertad, la indicación sancionada cuando menos, con esta última pena significa que como lo había previsto el congreso constituyente y lo ha sostenido la Suprema Corte, no podrá librarse orden de aprehensión cuando la pena sea alternativa, es decir prisión o multa, o no privativa de la libertad, pues lo que procede en estos casos es dictar una orden de comparecencia.<sup>45</sup>

También significa que procederá la orden judicial de aprehensión cuando el delito tenga una pena más grave que la privativa de la libertad, como lo es la pena de muerte, que todavía se conserva para algunos delitos contra la disciplina militar.

En los códigos penales, por ejemplo, del Distrito Federal y el Federal se define al delito como el acto y omisión que sancionan las leyes penales. Para el Estado de México delito es la conducta típica, antijurídica, culpable. Esto implica que el hecho, debe estar señalado en la ley penal, siendo ello una exigencia para el libramiento de la orden de aprehensión.

Este delito debe ameritar pena privativa de la libertad, por pena Cuello Calón dice que enteremos “el sufrimiento impuesto por el estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal.”

Franz Von Liszt lo conceptúa “como el mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor.

Por privativa de la libertad entenderemos los efectos de privar de la capacidad de deambular, es decir, vagar o de caminar por ahí, quedando reducidas muchas otras libertades.

Así mismo esta garantía prohíbe que el inculpado sea sometido a prisión preventiva cuando el delito que se le impute merezca una pena alternativa, es decir,

---

<sup>45</sup> Artículo 16. op cit. P. 206

de prisión o de multa, ya que la orden de aprehensión tiene como finalidad ponerlo a disposición de juez y en su caso someterlo a la referida prisión preventiva.

El maestro Zamora Pierce, sobre este particular nos informa que "la doctrina y la jurisprudencia concuerdan en afirmar que tampoco debe dictarse orden de aprehensión si el delito es sancionado con pena alternativa (Prisión o multa), pues en esta hipótesis no tenemos la certeza de que en caso de ser declarado culpable, el inculcado será declarado con pena de prisión, y sólo podremos saberlo cuando se dicte la sentencia."<sup>46</sup>

#### **1.4.4.- Que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.**

La reforma de 1993 aclara, por un lado que para que se pueda dictar la orden de aprehensión no es suficiente que se acredite la probable responsabilidad del indiciado como luego a sostener la Suprema Corte de Justicia con base en el texto original, sino que además se requiere probar el cuerpo del delito, como lo consideró un sector de la doctrina con la importante modificación de que sustituye precisamente la expresión "cuerpo del delito" por la de elementos que integran el tipo penal, y en la actualidad regresa al término de "cuerpo del delito"<sup>47</sup>

La expresión de "cuerpo del delito surge en el artículo 44 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana del 15 de mayo de 1856 y recogido en el artículo 19 de la Constitución de 1917, fue objeto de un extendido debate en la doctrina mexicana, que se había iniciado a partir del concepto sostenido por la Suprema Corte de Justicia, la cual siguiendo las ideas de Ortolán, lo identificaba como "el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal".<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Garantía y Proceso Penal, Porrúa México, 1994, p.17

<sup>47</sup> Artículo 16. Op. Cit. P. 207

<sup>48</sup> Idem. P.207,208

La doctrina se orientaba en considerar que el cuerpo del delito se componía por todos los elementos que en cada caso, integraban el tipo, tanto los objetivos o materiales, como los subjetivos y los normativos”.y esta concepción encontró sólido fundamento en las reformas de 1983 y 1999 a los código de procedimientos penales.

“El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal”.<sup>49</sup>

La anterior definición jurídica del cuerpo del delito fue tomada de la jurisprudencia emitida en su oportunidad por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, añadiéndosele la exigencia de los elementos normativos que en su caso lo exija la descripción típica del delito; sin embargo, ésta no nos precisa en que se hace consistir éste, y la doctrina ofrece un sin número de conceptos, los cuales no han sido unificados en un criterio que defina de manera clara y precisa el contenido de ésta exigencia constitucional para el libramiento de las órdenes de aprehensión y la emisión de los autos de formal prisión.

En cuanto al segundo requisito para el libramiento de la orden de aprehensión, conocido como probable responsabilidad, en cuanto éste el Código Penal para el Estado de México señala que “ la autoridad deberá constatar si no existe acreditado a favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad, así como la forma de intervención de los sujetos activos”.

Es importante resaltar que el único facultado para solicitar la orden de aprehensión es el Ministerio Público, por ser éste el que tiene el monopolio de la

---

<sup>49</sup> Tesis Jurisprudencia, Sexta época, parte Vol. XIV, p.. 86

acción penal, de conformidad con el artículo 21 constitucional, y en el ejercicio de la acción penal el Ministerio Público será el competente para solicitar la orden de aprehensión, de conformidad con el artículo 102 de la Constitución Federal y dicha orden debe ser dictada por autoridad competente, siendo en este caso el juez o Tribunal facultado para ello, que dependen del poder judicial.

### **1.5 Justificación de la Orden de Aprehensión.**

Todo el artículo 16 constitucional en sus diversos principios que enuncia, se refiere a los medios de coerción personal, que las autoridades, y más concretamente, el Ministerio Público y los Jueces, se han de valer con dos finalidades; por una parte, que el delincuente no ponga obstáculos a la averiguación, ya sea desvirtuando los hechos y dificultando la investigación, ocultando los objetos del delito, poniéndose de acuerdo con sus cómplices, amenazando a los testigos, ocultándose o huyendo para eludir la acción de la justicia, en una palabra, para evitar que las leyes penales puedan tener plena aplicación, es decir, para que la justicia sea hecha. Sobre éstas dos finalidades descansan toda la teoría de la coerción personal.

En la justificación de las medidas de coerción personal, Carrara, Florian, Velez Mariconde, Giovanni Leone, todos están de acuerdo, como lo estuvo nuestro constituyente, aunque cada uno se vale de diversas palabras o de diversos conceptos para fundarla. Para unos es una conveniencia de la sociedad, para otros, una medida que causa daños, pero necesaria para la defensa pública y también como medida de seguridad o garantía para la ejecución de la pena. Velez Mariconde dice "que los medios de coerción, son indispensables para la defensa del derecho que son una especie de autodefensa del propio ordenamiento jurídico, ante el peligro de que sea violado."<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal, Rafael Pérez Palma, Editoral Cárdenas y distribuidor 1974. p. 163

Los medios de coerción personal varían de un país a otro, y de una a otra legislación, de manera que en unas se habla de órdenes de comparecencia, de arrestos o de detenciones. Para nosotros, dentro de nuestro sistema constitucional y de nuestros códigos de procedimientos penales que son reglamentarios del primero, los medios de coerción personal son: las citas para que el presunto responsable o los testigos, comparezcan ante la autoridad competente a declarar; para caso de flagrante delito las detenciones que efectúa la policía judicial; las órdenes de aprehensión libradas por los jueces, cuando la acción penal ha sido ya ejercitada por el Ministerio Público; las órdenes de cateo y la misma prisión preventiva, que requiere siempre de un auto de formal prisión que la justifique.

Las medidas de coerción personal implica, invariablemente un conflicto; por una parte, el derecho a la libertad individual que se ve amenazado, frente a la necesidad social de que su derecho punitivo no se vea burlado. Este conflicto ha sido resuelto o, a tratado de resolverse, de diversos modos, porque en realidad, los medios de coerción se inician cuando aun no hay pruebas, sino simples indicios, de los que no se sabe si mediante la instrucción serán confirmados o se desvanecerán y porque con ellos se está corriendo el peligro de lesionar los derechos de quienes sean inocentes.

En busca de un equilibrio, de un término medio entre los dos derechos en pugna, el del Estado para que sus leyes sean cumplidas y no burladas, y el de los particulares para gozar de libertad, nuestro sistema tradicional de derecho sustantivo y de procedimiento, ha procurado evitar que los medios de aseguramiento en la persona del inculgado se convierta en ataques o agresiones a los derechos de libertad, y sean reducidos a simples interrupciones, momentáneas de ese derecho que, teóricamente, debe estar limitado a unas cuántas horas, ante la obligación de la autoridades administrativas de poner al detenido "inmediatamente" a disposición de la autoridad judicial para que ésta, dentro del término de 72 horas resuelva su situación jurídica, es decir sobre la soltura o la

formal prisión, para el caso de que hubiera fundamento para el ejercicio de la acción penal, o para que sea puesto en libertad en caso contrario .

Es indispensable entrar al estudio del significado de la palabra aprehensión

De Pina de Vara Rafael, refiere que debemos entender por aprehensión: Embargar una cosa o derecho, prender a una persona. Captura de una persona sobre la que recae acusación o sospecha de haber cometido un delito o falta. Prender, asir, coger a uno. Medida cautelar que consiste en la captura del acusado penalmente y únicamente puede ser decretada por el juez, tiene por objeto asegurar el objeto y desarrollo del proceso así como hacer factible la imposición de la pena privativa de la libertad, de los delitos que la prevea para el caso que se dictará sentencia condenatoria, por lo mismo la aprehensión sólo se da en los procesos donde se autoriza la prisión preventiva; es decir, en aquellos delitos que contemplen una sanción privativa de la libertad<sup>51</sup>

El propósito de la privación de la libertad, se resumen en la necesidad de llevar a buen término el proceso y hacer posible la emisión y eficacia de la sentencia.

González Bustamante, define la aprehensión "como el acto material que ejecuta la policía judicial encargada de cumplir los mandamientos judiciales y que consiste en asegurar o prender a una persona, poniéndola bajo su custodia con fines preventivos, conforme lo amerita la naturaleza del proceso"; "la aprehensión consiste en la acción de apoderarse de una persona con fines de asegurarla para prevenir su fuga"<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Diccionario Jurídico. De pina de Vara Rafael, Pomúa 1995. p. 335

<sup>52</sup> Principios de Derecho, p. 113, 114

En cuanto a los estados de la privación de la libertad durante el proceso, se distingue entre la simple detención y la prisión preventiva, ésta última consecuencia del auto de formal prisión y posee jurídicamente naturaleza diversa a la prisión penal, que deriva de la sentencia condenatoria.”<sup>53</sup>

La detención ha sido definida por doctrinarios de la siguiente manera:

Para Alcalá Zamora y Leven es una de las más típicas medidas precautorias dentro del proceso penal, y tiene por objeto no tanto asegurarse la efectividad de la sentencia que se dicte como de manera más directa evitar la desaparición del presunto culpable y que utilice su libertad para borrar las huellas del delito y dificultar la acción de la justicia.”<sup>54</sup>

“La detención posee un sentido general y lato, como privación de la libertad personal y otro estricto procesal, privación de la libertad natural de un presunto culpable por tiempo preciso”<sup>55</sup>

Para Rafael de Pina, detención es “privación de la libertad de una persona con objeto de ponerla a disposición de una autoridad competente”<sup>56</sup>

Acero opina que “Aunque en la práctica los términos de aprehensión y detención suelen usarse como sinónimo; para distinguirlos propiamente hay que considerar como aprehensión el acto mismo de la captura del reo, el hecho real del apoderamiento de la persona. La detención es cambio es un estado; el estado de la privación de la libertad que sigue inmediatamente a ese aseguramiento y termina con la formal prisión o la libertad por falta de elementos a las setenta y dos horas siguientes”<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> Prontuario del Proceso Penal Mexicano, Sergio García Ramírez y Victoria A. Porrúa 1999

<sup>54</sup> Derecho Tomo II, Alcalá y Zamora y L. p. 272, 273

<sup>55</sup> Derecho Volumen II, Jiménez Asenjo. p. 61, 62

<sup>56</sup> Pina de Vara Rafael, Op. Cit P. 111

<sup>57</sup> Procedimiento Penal, Acero, p. 129

De acuerdo con la constitución detención y aprehensión no son sinónimos, ya que existirá aprehensión cuando exista una orden de autoridad judicial; y detención cuando se prive de la libertad por la policía judicial, el Ministerio Público, autoridades administrativas o por particulares, sin que medie orden de autoridad judicial y exista flagrancia o caso urgente

Por lo tanto los efectos jurídicos de la aprehensión son.

- ❖ -1- Es necesaria la presencia del inculpado para la composición del proceso penal ; haciendo factible el desarrollo del proceso, es decir, se le tomará su declaración e iniciará el termino para que determine la situación jurídica del inculpado, así como la imposición de la pena privativa de la libertad.
- ❖ -2- Evita que el derecho punitivo se vea burlado, por lo tanto sujeta al inculpado a la jurisdicción de la autoridad, de igual manera hacer efectiva la medida de prisión preventiva
- ❖ -3- Obliga a la autoridad judicial a resolver sobre la situación jurídica del inculpado pudiendo emitir su determinación en tres sentidos. Auto de formal prisión, auto de sujeción a proceso y auto de libertad bajo las reserva
- ❖ 4.- Interrumpe el término para la prescripción.

## **CAPITULO II.- DE LA ESTRUCTURA LEGAL DEL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INFANTO JUVENIL EN EL ESTADO DE MEXICO.**

El sistema de justicia infanto juvenil, lo constituye el conjunto de instrumentos jurídicos encargado de administrar justicia a los menores que participan en la comisión de hechos antisociales, que en los adultos se consideran delitos. En la República Mexicana en la actualidad existen dos sistemas de administración de justicia, el primero es el modelo tutelar, basado en la idea de que los menores son inimputables, y en el cual la función del estado, es tutelar los derechos de los menores, por lo que es un sistema paternalista, y al menor en este procedimiento se le considera sujeto preferente de derecho; es decir, el menor de conducta antisocial en lugar de considerarse sujeto activo, se tornara en sujeto pasivo, digno de protección a nivel tutelar por parte del Estado.

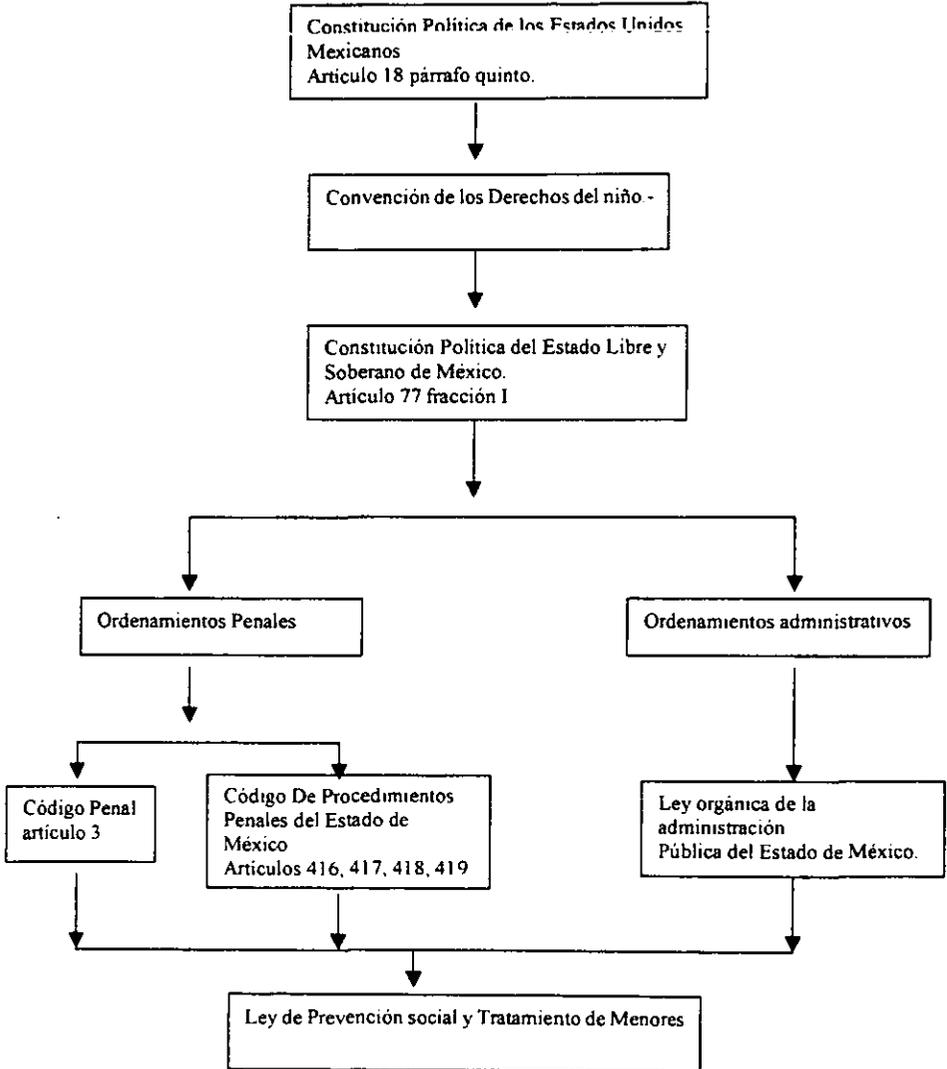
El segundo modelo lo constituye el sistema de administración de justicia a menores en el que se le reconoce al menor la capacidad de conocer la ilicitud de su actuar, y una vez que se ha aceptado la existencia de su responsabilidad y la sociedad realiza un reproche jurídico de estos actos, se reconoce también la ausencia de exigibilidad para efectos penales propios de los adultos. En ambos casos los menores de edad que han participado en la comisión de un delito, son objeto de un derecho procesal especial.

En este segundo modelo se aplicará un procedimiento especial con matices de carácter penal; y lo denominaremos, procedimiento penal especial aplicado a menores infractores. Precisamente éste es el modelo que se está aplicando en el Estado de México desde enero de 1995, y tiene como finalidad establecer las bases para la prevención de conductas antisociales de los menores de edad; regular las acciones encaminadas a resolver su situación técnico jurídico y rehabilitar a quienes incurran en la comisión de infracciones o faltas, garantizando el respeto a los derechos humanos y a los tratados internacionales; sin embargo, en mi opinión ninguno de los dos modelos ha reconocido el respeto de los niños como

persona humana, ni han podido construir un sistema que permita superar los gravísimos errores y limitaciones que conlleva a una adecuada administración de justicia que permita superar la real o supuesta sensación de impunidad que transmiten en muchas ocasiones los medios masivos de comunicación y que provocan reacciones que encuentran en la propuesta de disminuir la edad de la imputabilidad, su común denominador. Del estudio de ambos sistemas concluyo que tanto el procedimiento penal especial provoca un binomio de arbitrariedad e impunidad, como el viejo sistema de justicia tutelar provoca severidad e injusticia.

Es necesario recordar que nuestro tema de estudio es el de la orden de presentación prevista en la Ley de Prevención Social y Tratamiento de menores vigente en el Estado de México, mismas que a mi juicio es inconstitucional, por que al tratar de salvaguardar el principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 16 constitucional, en el que sólo se faculta al poder judicial para emitir órdenes de aprehensión; y al mismo tiempo, se pretende que sean autoridades especiales quienes se encarguen de resolver la situación jurídica de los menores infractores, se crea un conflicto de competencias que desemboca en la violación al principio de legalidad, a tal grado que vulnera las garantías individuales de los menores; o bien, ocasiona la impunidad en la administración de justicia infanto juvenil, debido a que las autoridades se encuentran limitadas en sus facultades para hacer cumplir sus determinaciones, por el hecho de ser autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales; siendo relevante en este capítulo mostrar la estructura legal que enmarca la creación de las autoridades administrativas como el Consejo de Menores y las Preceptoría Juveniles y poder entender con mayor claridad el origen del problema que se estudia y que tiene su base en la concepción de la política criminal adoptado por el Gobierno Mexicano desde la creación del sistema de administración de justicia infanto juvenil.

## Estructura Normativa del Sistema de Menores



Ahora bien sabiendo el contenido de la base constitucional del sistema de justicia juvenil, desentrañaremos las razones por las que la autoridad encargada de administrar justicia a menores infractores es de naturaleza administrativa, y una vez estudiado su naturaleza, podremos así evidenciar las causas de la falta de eficacia jurídica por parte de éstas autoridades para el desarrollo de sus funciones frente al problema de la antisocialidad de menores.

## **2.1 Base Constitucional del Sistema de Justicia Infanto Juvenil ( artículo 18 Constitucional párrafo quinto)**

El artículo 18 constitucional cuyo contenido establece el sistema nacional de ejecución de penas, sufre reformas por iniciativa en 1964; se turno para dictamen a las comisiones de primera de puntos constitucionales, se acompañó con un voto particular. En éste se proponía, entre otras adiciones, la incorporación de un régimen especial para menores, enfermos mentales, toxicómanos, ciegos y sordomudos.

Es importante precisar que el párrafo cuarto del artículo 18 constitucional (de aquél año de 1964 ) era inédito en nuestro derecho constitucional Mexicano, ya que no existía antecedente alguno al respecto, siendo redactado de la siguiente manera:

“ La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores”.

- Fue así como ingresó el tema en la ley fundamental. Hasta ese momento la existencia de los órganos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales destinados a menores infractores se amparaban, solamente en una interpretación extensiva del artículo 104 constitucional, y en la conexión existente entre la ley civil y la tutelar o correccional para menores infractores, acerca de la sustitución de las funciones de patria potestad y tutela.

### **2.1.1 La Discusión en la Cámara sobre la reforma al artículo 18 Constitucional en su párrafo cuarto.**

La primera tentativa de incluir a los menores en el artículo 18 constitucional aparece en el voto particular presentado a los diputados, durante el proceso de reforma de 1964- 1965. En sus consideraciones los autores del voto reclamaron la existencia de establecimientos especiales para menores infractores, y en consecuencia, propusieron en el segundo párrafo de su proyecto de artículo la siguiente redacción:

“Los menores de edad que contravengan preceptos de una ley penal, serán mantenidos en establecimientos distintos a los destinados a procesados o sentenciados, en la situación jurídica que les corresponda conforme a resolución de la autoridad judicial competente”.<sup>1</sup>

En el segundo dictamen de las comisiones se incluyó en el precepto una garantía a favor de los menores infractores, que retomó las consideraciones, de sustraerlos de la aplicación de la ley penal. De ahí entonces, que se hubiera propuesto un cuarto párrafo del artículo 18, con mayor alcance que el planteado por los votantes particulares:

“La Federación y los Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores”.<sup>2</sup>

En el debate que se sostuvo en la Cámara de Diputados, al ser considerado el dictamen, en lo particular, Gómez Mont estimó discutible la afirmación de que los menores han salido del derecho penal, y agregó: “la garantía sobre aquéllos es tan amplia en la forma en que ha quedado redactada, que por amplia viene a extender las instituciones penales de menores para aquellos que no cometen la infracción de

---

<sup>1</sup> Primer dictamen de las comisiones, Diario Oficial, pp. 10-11

la legislación penal; lo que queremos es un régimen de garantías, y la garantía está deforme haciendo que todo aquel infractor de ley o reglamento vaya a dar a una institución de "tratamiento", que tiene carácter verdaderamente penal, por más que la Suprema Corte haya afirmado que los jueces de menores sólo substituyen las funciones de los padres". La réplica corrió a cargo de Vista Altamirano, quien sostuvo; "el menor no es sujeto de derecho penal, porque es inimputable y la imputabilidad es elemento del delito; es indudable que nos estamos refiriendo a aquellos menores inadaptados sociales, y nunca pueda pensarse que un menor que juegue en la calle porque no tenga dónde practicar un deporte, o un menor vendedor que no tenga licencia, pueda ser inadaptado social. Por otra parte, y esto es muy importante destacarlo en este debate, la constitución en la forma que se propone la redacción del artículo 18 consigna ahora algo que no lo había hecho antes, como es que los menores infractores sean tratados en instituciones especiales. Esto implica, señores diputados, un avance grandioso en la política criminal en México. Ya no se dará el caso de menores infractores que vayan al lugar, en donde en vez de adaptarlos a la vida social, salgan con vicios". De nuevo en uso de la palabra el diputado Gómez Mont apuntó que la expresión "inadaptados sociales" se recogía la teoría del estado peligroso, y que hoy día la imputabilidad no se entiende como elemento del delito, sino se estudia dentro de la culpabilidad. Finalmente, Vista Altamirano observó que el precepto habla de sujetos del derecho penal y excluye de esta área a los menores, al mencionarlos en párrafo aparte; "los menores infractores serán aquellos que infrinjan la ley penal, pero que....no pueden ser sujetos a los procedimientos ordinarios".<sup>3</sup>

### **2.1.2 .- Antecedentes históricos en México del Sistema de Justicia Infanto Juvenil**

A principios de siglo no había en nuestro país un derecho especial para menores; esto es, no eran materia sobre la cual debían dictarse normas específicas. Por lo general, cuando un menor de edad infringía los códigos penales, sólo se

---

<sup>2</sup> Segundo dictamen de las comisiones. Diario Oficial, pp. 5,6,8.

<sup>3</sup> Diario de debates número 32, de 1964, pp. 21-25

consideraba la posibilidad de que recibiera una pena menor (atenuada, decía el derecho) a la que recibiría si tuviera la mayoría de edad.<sup>4</sup>

Los tribunales para menores tuvieron su origen en el condado de Cook, Illinois, en 1899, y debe reconocerse la existencia de instituciones que lo antecedan, como la institución del Padre de Huérfanos, establecida en Valencia, el 6 de marzo de 1337 por Pedro IV de Aragón, y el sistema correccional de los Toribios de Sevilla, creado por Toribio Velasco en 1725. El padre de huérfanos, que constituía una verdadera jurisdicción, con atribuciones sancionadoras penales, entre otras, autónoma desde la real provisión del rey Martín el Humano, subsistió hasta 1793, año en que Carlos IV dispuso su desaparición.<sup>5</sup>

Durante el Gobierno de Porfirio Díaz los establecimientos correccionales, quedaron a cargo de la Dirección de Beneficencia Pública, a la que se inscribió en el ámbito de la Secretaría de Gobernación. Por medio de una circular que emitió dicha Secretaría, en 1877 quedó establecido "que las casas de corrección actuales estarían a cargo del ayuntamiento de la capital y los que en adelante se fundaren, serían administrados por una junta de la Dirección de Beneficencia Pública."<sup>6</sup>

En 1880 la Secretaría de Gobernación expidió el primer reglamento de la Dirección de Beneficencia, y en lo relativo a la Escuela de Educación Correccional de Agricultura Práctica, institución que existía desde 1841 como una sección del Departamento de Hospicio de Pobres, se dice, que la Escuela: "será destinada a recibir a los jóvenes, a quienes se dará la enseñanza práctica de agricultura, la edad para su admisión no pasará de los 16 años y tendrá dos departamentos: uno correccional y otro de reforma"<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Historia de las Correccionales p. 45

<sup>5</sup> De Pina Rafael. Manual de Derecho Procesal Penal. De. Reus pp. 333,334, Villaalba- Villaalba. Hechos antisociales del Menor, p. 89. Solís Quiroga Héctor. Historia de los Tribunales para menores, en Criminalia, año XXVIII, número 10, 1962, pp. 619-622.

<sup>6</sup> AGN. Legislación Mexicana, Tomo XIII, enero de 1877

<sup>7</sup> AGN. Legislación Mexicana, tomo XIV, nov., de 1880

En 1908 el Secretario de Gobernación, Ramón Corral, encargó a los licenciados Miguel Macedo y Victoriano Pimentel un dictamen sobre las posibles reformas a la legislación penal que comprendiera a los menores de 14 años que hubieran infringido la ley "sin discernimiento".

En 1908, el abogado Antonio Ramos Pedrosa, propuso la creación de jueces paternos "cuyo objetivo era conocer las conductas antisociales de los menores, dejando a un lado lo relacionado con el discernimiento".<sup>8</sup> En 1912 se dictaminó sobre esta propuesta pero no se aprobó y siguió su reglamentación del Código Penal de 1871

En 1920 con motivo del proyecto de reforma a la Ley Orgánica de los Tribunales comunes, se previó un Tribunal Protector del Hogar y de la Infancia.

En 1923 se crea en San Luis Potosí, el primer tribunal para menores, y en 1924, en el Distrito Federal la Junta Federal de Protección a la Infancia, en virtud de una iniciativa de Roberto Solís Quiroga y Guadalupe Zúñiga de González.<sup>9</sup>

En 1926 se redactó el proyecto para la fundación del Tribunal Administrativo para menores, cuyo reglamento se expidió el 19 de agosto del mismo año, regulando la competencia de éste tribunal para actuar cuando los menores de 16 años cometieran faltas administrativas y de policía; (cuando se trataban propiamente de delitos los menores seguirían sujetos a las autoridades judiciales comunes,) y otros extremos de conocimiento, auxilio procesal, ejecución y protección de menores.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Solís Quiroga, 1983, p. 50

<sup>9</sup> Azoala Elena, Historia de las Correccionales, Porrúa 1988. P. 52

<sup>10</sup> Solís Quiroga, Op. Cit. P. 53

El Doctor Roberto Solís Quiroga opinaba que los tribunales para menores deberían conocer de las faltas cometidas por los menores, las condiciones en que fueron cometidas y la explicación científica de estas faltas, además de que la segregación urgía para beneficiar a los niños y jóvenes. Y que los encargados de conocer de todos éstos problemas no fueran los jueces de lo penal, sino individuos preparados especialmente en psicopedagogía, en sociología y en asuntos de menores con conducta irregular; fundaba la existencia de la instancia y procedimiento especial, en la tesis de "que el niño es una sustancia plástica, moldeable, lo que permitía transformarlo, modificarlo mediante tratamientos en beneficio suyo, constituyendo éste el objetivo central de la institución".<sup>11</sup>

En 1928 se promulgó la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal y Territorios, conocida como Ley Villa Michel, entre otras características dejaba por primera vez a los menores de quince años fuera del código penal; es decir, los menores no contraen responsabilidad penal por las infracciones de las leyes penales que cometan, por lo tanto no podrán ser perseguidos criminalmente ni sometidos a proceso ante autoridades judiciales, pero por el sólo hecho de infringir leyes penales, o los reglamentos, circulares y demás disposiciones gubernativas de observancia general, quedan bajo la protección directa del Estado; establece los lineamientos para el tratamiento rehabilitatorio cuya filosofía era tomar en cuenta más que el acto mismo, las condiciones físico mentales y sociales del infractor, aplicando medidas educativas, de vigilancia, de guarda, correccionales entre otras.

"En 1928 quedó establecido el Tribunal para Menores en el Distrito Federal, y en 1932 pasó a depender de la Secretaría de Gobernación".<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Ibidem.

<sup>12</sup> Secretaría de Gobernación, Tribunal para Menores y Centros de Observación, pp. 4-6.

El código adjetivo penal de 1929 se ocupó del Tribunal para menores (artículo 55 a 63 y 505 a 523) y conservó en el procedimiento de éstos, elementos propios del reservado a los adultos, establecía como mayoría de edad los 16 años, volvía a someter a los menores a sanciones de igual duración que los adultos y a la intervención del Ministerio Público además de la del Tribunal para menores. Este ordenamiento legal no hacía distinción en cuanto a responsabilidad o imputabilidad de los menores, considerando que todos son imputables. La única diferencia con los adultos es que los menores de 16 años tienen un catálogo de penas diferentes, compartiendo con los adultos, el extrañamiento, apercibimiento y caución de no ofender; tienen como sanciones propias, los arrestos escolares, la libertad vigilada y la reclusión en establecimientos de educación correccional en colonias agrícolas o en navíos escuela. Podían aplicarse sanciones complementarias dentro del catálogo, como amonestación, pérdida de instrumentos del delito, sujeción a vigilancia, publicación especial de sentencia, inhabilitaciones y suspensión de derechos. La aplicación de sanciones a menores de 16 años también contemplaba la posibilidad de condena condicional de los 12 a los 16 años.

Esta ley, que revocó al código de 1871 y abolió por primera vez la pena de muerte en nuestro país, se fundaba en el moderno principio de la "defensa social". Bajo éste principio, el Estado justificaba su intervención ante actos que estimara "peligrosos" para la sociedad, y aplica un "tratamiento" de prisión a los delincuentes hasta su "readaptación". "La línea central de este discurso versaba, en la moderna concepción penal, ya no se debería hablar ni de venganza ni de expiación, sino sólo de aplicación de medidas preventivas" y de "tratamientos".<sup>13</sup>

Tan sólo dos años después, en 1931, se expide un nuevo código penal que habría de permanecer vigente hasta principios de los ochenta. Este código sostenía el enfoque de la defensa social del anterior y establecía el trabajo obligatorio en las prisiones "como base de la regeneración de los reclusos".

---

<sup>13</sup> Castañeda, 1984, pp. 27-29

El código de 1929 trabajó bajo el principio de que “no había delitos, sino delincuentes”, y el de 1931, se funda en que “no hay delincuentes sino hombres”. El código penal de 1871, inspirado en la escuela clásica, se fundaba en la convicción de que el hombre es igual ante la ley y dispone de la capacidad para elegir entre el bien y el mal, por lo que el hecho delictivo debería tratarse con autonomía de todo lo demás (sexo, raza, condición social, etcétera), y de que a una falta igual, correspondía un mismo castigo. La legislación de 1931 (concedía razón en parte a los clásicos y en parte a los positivistas) postulaba que las condiciones específicas del individuo delincuente debían ser tomadas en cuenta, por lo que a una falta igual no siempre correspondería la misma pena. Incorporaban algunas ideas de la escuela positivista, pensaban que el hombre no es libre de determinar sus actos, que en mucho se hallaban predeterminados por sus condiciones biológicas y sociales, ni todos los hombres son iguales, por lo que no podían ser igualmente responsables de sus actos.

Esto trae consigo consecuencias que es importante resaltar, la llamada individualización de la pena y su administración por parte de un cuerpo de especialistas en el que se apoya la acción judicial, es decir, una serie de disciplinas científicas, capaces de reencauzarlos y readaptarlos, mediante el análisis de la personalidad del infractor... su personalidad biológica, psicológica y social, es decir, criminológica... lo que implica que el juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto... una descripción de la personalidad psicológica, social y moral del autor del delito, su silueta de delincuente ocasional o de hábito ... un estudio, además de jurídico, humano ... el punto neurálgico del delincuente, preconizado por el derecho penal contemporáneo.<sup>14</sup>

Respecto a los menores, el código de 1931 concede la inimputabilidad absoluta a los menores de 18 años, disponiendo determinadas medidas para su “corrección educativa”, es decir, volvía a otorgar, plena injerencia a los tribunales

---

<sup>14</sup> Ceniceros, José Ángel. El Código Penal de 1931, 1977, pp. 11-18

para menores sin la intervención del Ministerio Público y extendía el límite de su competencia (establecido por el código anterior en 16) hasta los 18 años.

Para el redactor del código, (los niños quedaban definitivamente fuera de la función "penal represiva"<sup>15</sup>. Sin embargo en la práctica, "el modelo que ha prevalecido en los establecimientos correccionales es el mismo que el código estableció para los adultos; el modelo "científico" basado en el estudio de la personalidad elaborado por un cuerpo de especialistas; y al margen del discurso de las denominaciones, "los jueces aplicarán las sanciones establecidas teniendo en cuenta ... la edad, educación, ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias del tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor "temibilidad"<sup>16</sup>.

En el aspecto normativo en 1941 se expidió la Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales para Menores en el Distrito Federal y Territorios Federales, legislación que en su momento fue cuestionada, porque facultaba a los jueces de menores a imponer sanciones que señalaba el código penal, funciones fuera de su competencia por ser un tribunal administrativo y no judicial, siendo ésta última la autoridad facultada por la Constitución para imponer penas. Esta ley también creó una policía especial para menores, denominada policía tutelar, misma que, aprehendía a los menores que asistieran a centros de vicios como cabaret, salones de baile, cantinas, menores dedicados a la mendicidad, y auxiliaban a los maestros de las escuelas dependientes de la Secretaría de Educación Pública con los menores que constituían problemas por sus desordenes de conducta.

"El gobierno de Manuel Ávila Camacho 1940- 1946 mostró un interés particular por la unidad nacional y convocó al Primer Congreso de prevención social,

---

<sup>15</sup> Ceniceros, 1977, p. 10

<sup>16</sup> Ibidem. P.11

que tuvo como propósito “unificar en la República los métodos seguidos en la prevención social” así como hacer, de nueva cuenta, un llamado a los estados que aún no hubieran establecido sus tribunales para menores.”<sup>17</sup>

En el gobierno de 1942 y 1943, del Presidente Ávila Camacho “se implantó en las Escuelas de Tratamiento de Menores Infractores, la obligación del servicio militar y se promovió el ingreso al Ejército Nacional de un buen número de alumnos”.<sup>18</sup> se estableció una “sección juvenil” en el penal de Islas Marías, hacia donde se envió una parte de la población de las Escuelas de Tratamiento, se fundaron tres hogares colectivos, dos para mujeres y uno para hombres, para “descongestionar” la Escuela, se trataban de internados para niños huérfanos o abandonados, creados y manejados por religiosos..

Durante el gobierno de Miguel Alemán (1946 a 1952) se fundaron los tribunales para menores de los estados de Aguascalientes, Jalisco, Baja California Norte, Veracruz, Hidalgo y el Estado de México.<sup>19</sup>

En el gobierno de Adolfo Ruiz Cortines en 1952- 1958, se establecieron tribunales para menores en los estados de Puebla y Guerrero. Durante su primer informe de gobierno manifestó “la carencia de instituciones penales en todo el país” y sugirió a los gobiernos locales adoptaran “el sistema de producción agrícola industrial” instrumentado en las Islas Marías, con el objeto de obtener, una máxima y auténtica reincorporación social de los delincuentes, como reducir al mínimo el costo del sostenimiento de las prisiones.”<sup>20</sup> Como consecuencia de estas políticas, diversos establecimientos penitenciarios del país informaron posteriormente la creación de talleres, “como medio de regeneración y ayuda económica”. “También en las correccionales se impulsó la producción; en 1954 el Estado de México

---

<sup>17</sup> Castañeda, 1984, pp. 61,62

<sup>18</sup> Ibidem

<sup>19</sup> Castañeda 1984, pp. 75,76

<sup>20</sup> Adolfo Ruiz Cortines, Informe de Gobierno 1953

cambió su Tribunal para Menores por una Granja Hogar Industrial Juvenil de Recuperación.

En 1959 la organización de las Naciones Unidas hace su "Declaración de los Derechos del Niño"

En 1959, las medidas adoptadas por diferentes órganos de gobierno para "frenar" la delincuencia, lo constituían las "razzias" que efectuaba la policía, las cuales, la clase media, de los llamados "rebeldes sin causa" argumentaban, "violaban las garantías individuales." <sup>21</sup>.

El 30 de diciembre de 1963 se promulga la Ley que creó el Tribunal para Menores del Estado de México.

En el último año de gobierno 1964, el Presidente López Mateos propuso una iniciativa para reformar el artículo 18 constitucional. Una de las modificaciones a la iniciativa presidencial ratificaba la existencia de "un régimen especial" para los menores y la necesidad de contar con establecimientos separados para mujeres. Así quedó asentado en el texto constitucional aprobado durante el siguiente período constitucional.

El 30 de diciembre de 1967 se promulga la Ley de Rehabilitación de menores del Estado de México.

El día dos de agosto de 1974 fue publicada la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal y Territorios Federales. Inaugurándose sus nuevas instalaciones (en Obrero mundial) el 7 de mayo de 1975.

---

<sup>21</sup> AGN, G 5, 542.1/434 y 545 3/76. 1959

En 1983 se celebró el primer Congreso Nacional de Criminología y en 1986 se realizó el segundo, en ambos se dedicó una sesión para tratar el problema de la criminalidad de menores; el primero discutió sobre "Criminalidad infanto- juvenil y nuevos sistemas de justicia de menores" y en el segundo, sobre "La prevención de la criminalidad infanto- juvenil".

De 1984 a 1988 se creó el programa Nacional Tutelar para Menores Infractores, donde se han hecho revisiones a fondo de la legislación vigente en el Distrito Federal como en los Estados, con objeto de proponer muy necesarias reformas.

El 14 de septiembre de 1987 se promulga la Ley de Rehabilitación para Menores del Estado de México.

El 26 de enero de 1990 el Poder Ejecutivo mexicano suscribió "ad referendum", la Convención sobre Derechos del Niño adoptada en New York el 20 de noviembre de 1989. Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de Julio de 1990 y 25 de enero de 1991 respectivamente se aprobó por el Senado y se promulgó por el Ejecutivo la "convención sobre los Derechos del Niño"

De acuerdo al artículo 44 fracción I y ordinal "a" de esa "Convención" los Estados partes se comprometen a informar, al Comité de los Derechos del Niño, sobre las medidas adoptadas para tutelar esos derechos en un plazo no mayor de dos años, a partir de la fecha en que entrara en vigor la convención en cada uno de ellos.

En cumplimiento a la obligación internacional anterior, en el diario Oficial de la Federación del 24 de Diciembre de 1991 se promulgó la "Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.

En 1995 se crea la Ley de Prevención social y Tratamiento de Menores vigente en el Estado de México.

### **2.1.3 Estado actual del Sistema Nacional de atención a Menores Infractores**

Como ya habíamos mencionado al inicio de este capítulo existen en México dos sistemas de administración de justicia, por un lado el sistema tutelar, y por el otro el sistema de justicia penal administrativo, así mismo debemos reconocer que en México no se ha cumplido con la disposición prevista en el artículo 44 fracción I ordinal de la Convención de los derechos del niño, en el que el Estado Mexicano se comprometía en un plazo no mayor de dos años en informar al comité sobre las medidas para tutelar los derechos de los niños, siendo que en la actualidad se sigue aplicando en el país disposiciones que atentan en contra de los derechos humanos de los menores, así como en contra de las garantías individuales; a continuación reseñaremos los aspectos relevantes en el sistema de atención a menores infractores.

Entre los aspectos que son notorios encontramos que existen legislaciones que no han modificado sus contenidos a fin de garantizar el respeto a los derechos de los niños como quedó establecido en el compromiso antes mencionado por el Gobierno Mexicano y que sus leyes son tan antiguas que datan de mediados del siglo pasado.

Estado	Ley aplicable	Fecha de publicación
Aguascalientes	Ley del Comportamiento Tutelar y de Readaptación Social para Menores	17 enero de 1982
Baja California	Ley para Menores Infractores en el Estado	24 de diciembre de 1993
Baja California Sur	Ley del Comportamiento Tutelar para Menores Infractores	31 de diciembre de 1977
Campeche	Ley para el Tratamiento de Menores Infractores	12 de julio de 1993
Chiapas	Ley para la Protección y el Tratamiento de Menores Infractores	1 de septiembre de 1993
Chihuahua	Código para la Protección y Defensa del Menor	2 de febrero de 1994
Coahuila	Ley para la Atención, Tratamiento y Adaptación de Menores	14 de junio de 1994
Colima	Ley Tutelar para Menores	15 de marzo de 1980
Distrito Federal	Ley para el Tratamiento de Menores para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal.	24 de diciembre de 1991
Durango	Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores	13 de mayo de 1979
Estado de México	Ley de Prevención Social y Tratamiento de Menores	20 de enero de 1995
Guanajuato	Ley de Justicia de Menores	16 de septiembre 1994
Guerrero	Ley de Tutela y Asistencia Social para Menores Infractores	1 enero de 1981
Hidalgo	Ley de los Consejos Tutelares para Menores Infractores	08 de febrero de 1979
Jalisco	Ley de Readaptación Juvenil	09 de agosto de 1958
Michoacán	Ley Tutelar para Menores	27 de agosto de 1979
Morelos	Ley del Consejo Tutelar para Menores Infractores	17 de septiembre 1997
Nayarit	Ley del Consejo de Menores	21 de abril de 1993
Nuevo León	Ley del Consejo Estatal de Menores	28 de diciembre de 1992
Oaxaca	Ley de Tutela Pública para Menores Infractores	05 de marzo de 1994
Puebla	Ley del Consejo Tutelar para Menores Infractores	12 de junio de 1981
Querétaro	Ley para el Tratamiento de Menores Infractores	16 de diciembre de 1993

Quintana Roo	Ley del Consejo Tutelar para Menores Infractores	14 de febrero de 1976
San Luis Potosí	Ley de Comportamiento Tutelar y de Readaptación Social	28 de diciembre 1978
Sinaloa	Ley Orgánica del Consejo Tutelar para Menores	25 de mayo de 1980
Sonora	Ley que Crea el Consejo Tutelar para Menores	03 de junio de 1985
Tabasco	Ley Orgánica y de Procedimiento del Consejo Tutelar para Menores Infractores	13 de julio de 1983
Tamaulipas	Ley para la Prevención de Conductas Antisociales, Auxilio a Víctimas, Medidas Tutelares y Readaptación Social	15 de julio de 1981
Tlaxcala	Ley para la Orientación e Integración Social de Menores Infractores	25 de octubre de 1995
Veracruz	Ley para la Adaptación de los Consejos Tutelares para Menores infractores	01 enero de 1980
Yucatán	Ley para el Tratamiento y Protección de los Menores Infractores	12 de agosto de 1999
Zacatecas	Código Tutelar para Menores	26 de abril de 1986

Datos correspondientes hasta julio del 2001

Fuente: Infojus: <http://info4juridicas.unam.mx>

Es importante señalar que el Código de Justicia Militar, tratándose de menores aplica el criterio de la imputabilidad disminuida ya que en sus disposiciones (artículo 153 y 154 –A) se establece la posibilidad de que los menores que se encuentren realizando su servicio en el ejército puedan ser sancionados cuando cometan delitos previstos en el mismo ordenamiento legal y cuya pena podrá ser hasta la mitad de las penas corporales señaladas en la ley respecto al delito cometido, lo mismo sucederá en los casos de los alumnos de los establecimientos de educación militar.

#### **2.1.4 Interpretación del párrafo cuarto (actualmente quinto) del artículo 18 Constitucional**

El artículo 18 constitucional en su párrafo cuarto, actualmente quinto, fue interpretado desde su nacimiento, por la doctrina, como la base que legitimó la existencia de tribunales administrativos reforzando, implícitamente, a los

cuestionados tribunales para menores. La consolidación de éstos, se produjo mediante la reforma introducida en 1964-1965 en la Constitución Federal. En ese entonces, el Presidente de la República, Licenciado Adolfo López Mateos, envió al Congreso de la Unión una iniciativa de reforma. Un voto particular planeó la necesidad de establecer sistemas especiales para los menores y para otros grupos de atípicos, entre ellos, los alienados, los drogadictos, los ciegos y los sordomudos. Prevalció en el congreso la preocupación por el sistema específico de menores, recogido en el segundo dictamen de la comisión encargada de hacerlo en la Cámara de Diputados. De ahí proviene el párrafo cuarto del artículo 18 constitucional que impone la obligación a la Federación y a los gobiernos de los estados el establecimiento de instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

A continuación se expresan algunas de las interpretaciones vertidas en relación al contenido y alcances atribuidos a éste párrafo:

Sergio García Ramírez considera, "en vista de las características de este tratamiento, que apareja un diagnóstico y que sólo concluye cuando el menor puede vivir con regularidad, que al amparo constitucional se hallan tanto los establecimientos de conocimiento, de observación, de diagnóstico y pronóstico, como los tribunales para menores o consejos tutelares, y sus organismos auxiliares internos, como aquéllos otros que tienen por finalidad la aplicación y vigilancia de medidas, de distinta naturaleza, ordenadas por la instancia de conocimiento. Por lo de más, cuando la Constitución habla de "instituciones especiales", maneja esta voz en un sentido amplio: instituciones jurídicas, verdaderos sistemas complejos normativos con un propósito unificador; así, instituciones no es, para este fin, sólo el modesto sinónimo de organismos y mucho menos de instalaciones, pabellones o reclusorios. Por otra parte la simple y cuestionada idea de Tratamiento", y ya no la de "punición", quedó así en el centro de la escena correccional, como en la pena y específicamente en la penitenciaria, se alojó desde esa misma reforma la idea de "readaptación social". Por lo que este nuevo texto permite cancelar el debate sobre

la constitucionalidad de los tribunales para menores y de las instituciones que han sucedido a éstos, como es el caso de los Consejos Tutelares. Una interpretación progresiva, con intención política criminal, reforzará la presencia de estos órganos, tan cuestionados a lo largo de su vida".<sup>22</sup>

Otra interpretación al párrafo cuarto del artículo 18 constitucional la realizan los Licenciados Salomón Augusto Sánchez y Alicia González Vidaurri y que se refiere "Que este párrafo únicamente ordena, que haya centros para el tratamiento de menores, en ejecución de una medida de seguridad, impuesta por un juez y de ninguna manera esta creando un tribunal especial de carácter administrativo que persiga, procese, juzgue y decida sobre la libertad de los menores infractores"<sup>23</sup>

Por su parte la Licenciada Olga Islas de González Mariscal opina en cuanto a la interpretación de la Constitución al párrafo cuarto del artículo 18, que estamos estudiando, "de la lectura de este texto constitucional, ligado a la totalidad de las disposiciones contenidas en el artículo 18, se advierte que únicamente alude a la organización del régimen de ejecución relativo a los menores. Habla de "tratamiento, dentro de un contexto referencial a la ejecución de sanciones. No da pauta ni para entender quiénes son "menores infractores, ni para precisar su edad mínima y su edad máxima; muchísimo menos para desprender de ahí soluciones a problemas tan específicos como los de la imputabilidad e inimputabilidad"<sup>24</sup>

Considero que el párrafo quinto (actualmente) del artículo 18 constitucional, en cuanto a su contenido y alcance, respecto de la garantía de seguridad jurídica que establece a favor de los menores infractores puede analizarse desde diversos puntos de vista, por lo que debemos interpretarlo desentrañando el significado de sus palabras.

Primeramente tenemos que identificar los sujetos posibles de las obligaciones y los titulares de los derechos subjetivos públicos.

---

<sup>22</sup> legislación penitenciaria y correccional. Y manual de prisiones pp. 11,692

<sup>23</sup> Salomón Augusto, Sánchez Sandoval y Alicia González Vidaurri. Cuadernos del Ieje No. 11 p. 16

<sup>24</sup> Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, Derechos de la niñez, UNAM, México 1990, p.138- 139

Esto es identificamos como sujetos titulares de las obligaciones en este caso a la Federación y a los Gobiernos de los Estados.

Segundo los titulares de los derechos públicos subjetivos, serán los menores infractores.

En tercer lugar identificaremos la obligación que consiste en establecer instituciones especiales para tratamiento.

Ahora bien debemos descubrir el significado gramatical de las palabras a fin de conocer el sentido que encierra el precepto en estudio, esto, no es otra cosa más que saber la voluntad del legislador.

La Federación esta conceptuada como "el sistema de organización política en el que diversas entidades dotados de personalidad jurídica propia se asocian sin perder su autonomía para formar un sólo Estado con el propósito de realizar fines en común, es decir, es el Gobierno que se integra mediante la alianza de varios Estados libres y soberanos".<sup>25</sup>

La Constitución establece que el Gobierno de los Estados es "la organización política correspondiente a un territorio autónomo en su régimen interno que forma parte de la nación".

Por instituciones desde el punto de vista gramatical se entenderán "los establecimientos o la función de una cosa, colección metódica de los principios o elementos de una ciencia, órganos esenciales de un estado".<sup>26</sup>

Especial es "algo que no sea común, que sea fuera de lo corriente o muy propio o adecuado para algo."<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Diccionario de Derecho, Rafael de Pina, Editorial Porrúa, P.271

<sup>26</sup> Enciclopedia Salvat, Diccionario, tomo4, Salvat Mexicana de Ediciones, México P.1202

<sup>27</sup> Ibidem. Tomo 3. P. 950

El significado del término tratamiento puede concebirse desde un triple punto de vista: criminológico, penológico y de las ciencias penitenciarias. Desde el punto de vista criminológico, el tratamiento, "designa la forma de proceder acerca del delincuente después de la sentencia."<sup>28</sup>

Desde el ángulo penológico, el objetivo del tratamiento consiste, en el estudio e implantación de los diversos medios de prevención y represión directa del delito, de sus métodos de aplicación y de la actuación post penitenciaria. Queda comprendido, pues, dentro de su noción, no sólo el tratado de las penas y de las medidas de seguridad privativas de libertad y su aplicación, sino todas las clases restantes de penas y medidas, la pena capital, las penas corporales, las penas y medidas restrictivas de libertad, penas pecuniarias, etc."<sup>29</sup>

Por último desde el punto de vista de la ciencia penitenciaria o de prisiones, la noción de tratamiento tiene una acepción más restringida, pues se refiere a la penas y medidas de seguridad, privativas de libertad, a sus métodos de ejecución y a la asistencia post carcelaria.<sup>30</sup>

Todas estas definiciones en cuanto al tratamiento, nos conducen al concepto utilizado en la medicina, pues inmediatamente nos sitúa en la concepción de expresión curar, diagnosticar para tratar un mal, dar terapia, con la finalidad de que ante circunstancias irregulares se pueda establecer un método capaz de regularizar y reacondicionar el estado de normalidad. El tratamiento procura eliminar factores negativos.

Menores serán aquellos seres humanos que se encuentren dentro de ciertos límites de edad, que marque determinada legislación de cierto lugar.

Por infractor, se entiende " aquél que comete una conducta descrita como delito, según las leyes del país se le haya atribuido o imputado dicha violación, se le

---

<sup>28</sup> Ibidem. Tomo 2 P. 540

<sup>29</sup> La moderna penología. E. Cuello Calón. Barcelona 1980. p. 140

<sup>30</sup> Ibidem

haya realizado un debido proceso y con el respecto estricto de las garantías procesales y de fondo, se le haya finalmente declarado responsable.<sup>31</sup>

Por lo anterior mis consideraciones son la siguientes; efectivamente este párrafo del artículo 18 constitucional establece la existencia de un derecho y un deber, el deber impuesto a dos instancias de gobierno para legislar respecto a un asunto de interés político, relativo a un grupo humano, a quienes se quieren proteger; en dichas legislaciones que deben constituir ambas entidades de gobierno, en sus respectivos ámbitos de competencia, se tiene que cumplir con determinados requisitos a efecto de lograr las finalidades que se están persiguiendo; esa finalidad, es la de legislar a efecto de readaptar, ello implica otra dualidad, por un lado, la readaptación como derecho constitucional, derecho público subjetivo de individuo y deber del Estado; para ello debe crear todo un sistema que cumpla con los requisitos esenciales para el objeto a quien esta encaminada dicha finalidad, es decir, para crear dicha estructura legal, deberá tomar en consideración las características inherentes para lo cual se está creando, debe ser propio y adecuado para el sujeto que recibirá el beneficio y para la finalidad que se persigue, por lo que concluyo que su obligación en la creación de una estructura legal y material, se constriñe a la aplicación del tratamiento de readaptación y no al acto de juzgar la conducta del menor por la cual recibiría el calificativo de infractor.

Coincido con la Licenciada Olga Islas de González Mariscal cuando refiere que el artículo 18 en su párrafo quinto actualmente "advierte únicamente a la organización del régimen de ejecución relativo a los menores, dejando en la ambigüedad la interpretación a cuestiones tales como ¿los menores son, o no, sujetos de derecho penal?, ¿los menores son, o no inimputables? ¿las sanciones que se ejecutan en los menores son o no penas?, ¿quiénes van a ser considerados como menores?, ¿los menores deben o no gozar de garantías constitucionales en materia penal?, ¿cuál es la situación de los menores en el ámbito local y cuál en el ámbito federal?.

---

<sup>31</sup> Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing)

Por otra parte debemos recordar que el párrafo cuarto, actualmente quinto del artículo 18 constitucional, fue Interpretado durante veintiséis años tanto por doctrinarios, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia y por los propios diputados y senadores que lo crearon, según se desprende de la discusión que se realizó para su aprobación, como la salida de los menores del campo del derecho penal, y que abarca implícitamente, la facultad de crear desde organismos de conocimiento de la conducta materialmente delictuosa, infractora o peligrosa; como de los procedimientos que en aquéllas se sigue y las instituciones de ejecución de medidas aplicables y aplicadas a los menores.

Establecían que con la nueva norma constitucional, se consolidaba una forma específica de jurisdicción, en el que cuando coexistían dos conductas sancionables una bajo el fuero común y otra bajo el fuero federal, como en el caso de la justicia penal, y dada la existencia de un órgano local ( consejo de menores), éste desplazaba al federal, en virtud de que en dicho párrafo no contiene la reserva sobre las "respectivas jurisdicciones".<sup>32</sup> También se interpretó que los menores salían del ámbito de aplicación penal toda vez que la atribución otorgada por el artículo 18 al Estado en cuanto a menores infractores, se distinguía conceptualmente del calificativo que a los adultos se les atribuye en el derecho penal como es el de "acusados" o "delincuentes" y en esta materia se les denomina menores infractores, excluyendo así, las instituciones especiales, a las generales para adultos, tanto en lo relativo a órganos de conocimiento, procedimiento y órganos de ejecución.

Otro aspecto relevante a señalar es el hecho de que en virtud de la garantía constitucional prevista en el artículo 18 párrafo quinto actualmente, a favor de los menores se encuentre en el marco legal del sistema de ejecución de sanciones, el cual es competencia del poder ejecutivo, de ahí que las autoridades encargadas tanto de la aplicación de la medida, como del conocimiento y

---

<sup>32</sup> Consideraciones Generales sobre el Régimen Jurídico. Sergio García Ramírez, UNAM. 1990 P. 112

procedimiento dependa del poder ejecutivo, en específico de la Secretaría de Gobernación y que en la actualidad queda en manos de la Secretaría de Seguridad Pública, organismo de nueva creación en la administración pública Federal y del Distrito Federal, situación que no ocurre en el Estado de México por seguir dependiendo de la Secretaría de Gobierno.

Como se señaló en párrafos anteriores el contenido del artículo 18 constitucional no establece los parámetros de edades sobre los cuales se entenderá que estamos en presencia de un menor y otorga la facultad a las legislaturas de los estados, el determinar de acuerdo a la política criminal, los parámetros mínimos y máximos de la edad para ser sujeto de derecho penal.

De igual manera no especifica si un menor de edad es inimputable o si no lo es, y debido a la política criminal no será sujeto de derecho penal.

Por lo que cada estado a determinado dichas situaciones de acuerdo a su realidad social

Sin embargo el debate sobre éste asunto se encuentra todavía permanente ya que en el país se encuentran vigentes dos sistemas de administración de justicia a menores infractores, como lo es el tutelar y el modelo penal especial, y que a continuación evidenciaremos, en los que no hay uniformidad en cuanto a los límites de edad mínimo y máximo, al tiempo de aplicación de la medida, o bien la existencia de las partes que participaran en el procedimiento y los medios de impugnación.

Estado	Edad Mínima	Edad Máxima	Termino de la Medida	Representante Social	Figura de defensor	Medios de impugnación
Aguascalientes	7	16	Sin limite	No Hay	No	Si
Baja California	11	18	7 años	Consejero	Si	Si
Baja California Sur	12	18	Sin limite	No Hay	Si	Si
Campeche	11	18	5 años	Comisionado	Si	Si

Chiapas	11	18	5 años	Comisionado	Si	Si
Chihuahua	11	18	5 años	No hay	Si	Si
Coahuila	10	16	5 años	Comisionado	Si	Si
Colima	No	18	Sin limite	No hay	Si	Si
Distrito Federal	11	18	5 años	Comisionado	Si	Si
Durango	7	16	Sin limite	No hay	Si	No
Estado de México	11	18	3 años	Comisionado	Si	Si
Guanajuato	11	16	5 años	Comisionado	Si	Si
Guerrero	14	18	Sin limite	No hay	Si	Si
Hidalgo	No	18	Sin limite	No hay	Si	Si
Jalisco	12	18	Sin limite	No hay	No	No
Michoacán	11	18	Sin limite	No hay	Si	No
Morelos	11	18	½ penalidad minima	Ministerio Público	Si	Si
Nayarit	11	16	5 años	Ministerio Público	Si	Si
Nuevo León	12	18	5 años	Comisionado	Si	Si
Oaxaca	11	16	Sin limite	No hay	Si	Si
Puebla	No	16	Sin limite	No Hay	Si	Si
Querétaro	11	18	5 años	Comisionado	Si	Si
Quintana Roo	No	18	Sin limite	No Hay	Si	Si
San Luis Potosí	8	16	5 años	No hay	Si	Si
Sinaloa	No	18	Sin limite	No hay	Si	Si
Sonora	11	18	Sin limite	No hay	Si	Si
Tabasco	8	17	Sin limite	No hay	Si	No
Tamaulipas	6	16	Sin limite	No hay	Si	Si
Tlaxcala	11	16	2 años	No hay	Si	Si
Veracruz	No	16	Sin limite	No hay	Si	Si
Yucatán	12	16	Sin limite	No hay	Si	No
Zacatecas	12	18	Sin limite	No hay	Si	No

Datos correspondientes hasta el año 2001.

Fuente: Legislaciones estatales sobre menores infractores.

## **2.2 De los Tratados Internacionales. “Convención de los Derechos del niño”**

El artículo 133 de la Constitución General de la República establece “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados.

En la materia de menores, encontramos que únicamente el Presidente de la República ha suscrito en enero de 1990 “La Convención sobre derechos del Niño adoptada en New York el 20 de Noviembre de 1989, misma que por decreto publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de Julio de 1990 y 25 de enero de 1995 respectivamente se aprobó por el Senado y se promulgó por el Ejecutivo la “Convención sobre los Derechos del Niño”

La convención de los derechos del niño se pronuncia de la siguiente manera: “ entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

En lo relativo al trato que se brinda a los menores en cuestiones penales, la convención en su artículo 40 establece los lineamientos que los Estados partes reconocer respecto de todo niño de quien se alegue que haya infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes y entre las que se destacan: la prohibición de la tortura; la prohibición de que sea privado de su libertad ilegalmente y la exigencia de que el encarcelamiento sea utilizado como medida de último recurso, y que en caso de que el niño sea privado de su libertad tenga acceso a una pronta asistencia jurídica y circunscribe la actuación estatal a los menores que hayan infringido las leyes penales.

De esta manera en el artículo 40 fracción 2 inciso b) establece la obligación a los Estados partes se garantice a todo niño que se le alegue haber infringido las leyes penales:

- Que se lo presuma inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
- Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;
- Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;
- Que no serán obligados a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
- Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, será sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
- Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
- Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

Del artículo que antecede se desprende el criterio jurídico reconocido por la comunidad internacional a favor de los menores infractores, destaca la necesidad de adecuar la justicia de menores a los fundamentos del estado de derecho.

El reconocimiento inevitable de la intervención del Estado en relación con los menores infractores es de naturaleza punitiva, hace necesario que la actuación estatal se apegue al sistema de garantías que ha de regir para toda persona involucrada en la comisión de delitos.

Aún cuando la legislación mexicana sobre menores infractores ha tratado de seguir los vaivenes de las directrices impuestas por la comunidad internacional, al publicar la Ley de Prevención Social y Tratamiento de menores vigente en el Estado de México en 1995, que significó un cambio radical en la política estatal hacia los menores infractores; este recogió en forma incompleta las propuestas de la doctrina y de los instrumentos internacionales en relación con la naturaleza, objetivos y procedimiento de una adecuada administración de justicia infanto juvenil, no deja de ser evidente la decisión de los legisladores de dejar dentro de la esfera administrativa a los Consejos de menores, ubicando a su conveniencia a los menores fuera del derecho penal e incorporando ciertos lineamientos procesales propios del juicio penal, pero sometiéndolos a una jurisdicción administrativa, contraviniendo con ello a la disposición prevista en la "Convención de los derechos del niño, que conforme al artículo 133 constitucional, constituye Ley suprema de la Nación, y que establece que las causas contra menores serán dirimidas por la autoridad judicial competente.

### **2.3 Ordenamiento Federal "Ley para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes"**

El 29 de mayo del 2000 se publicó en el diario oficial de la Federación la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Y que fundamentan el párrafo sexto del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos... tiene por objeto garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Para efecto de dicha ley son niños y niñas las personas de hasta 12 años incompletos y adolescente los que tiene entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos.

En el Título Cuarto, capítulo único De los Derechos al debido proceso en caso de infracción a la Ley Penal.

“Las normas protegerán a niñas, niños y adolescentes de cualquier inferencia arbitraria o contraria a sus garantías constitucionales o a los derechos reconocidos en esta ley y en los tratados, suscritos por nuestro país, en los términos del artículo 133 Constitucional”

En el inciso “B ” establece “que no sean privados de su libertad de manera ilegal o arbitraria. La detención o privación de la libertad de la adolescente se llevará a cabo de conformidad con la ley y respetando las garantías de audiencia, defensa y procesales que reconoce la Constitución.

En el inciso “C ” Que la privación de la libertad sea aplicada siempre y cuando se haya comprobado que se infringió gravemente la ley penal y como último recurso, durante el periodo más breve posible, atendiendo al principio del interés superior de la infancia,

En el artículo 45 inciso E se establece que se promoverán códigos o leyes en los que se establecerán procedimientos y crearán instituciones y autoridades especializadas para el tratamiento de quienes se alegue han infringido leyes penales. Entre esas acciones se establecerán Ministerio Públicos y Jueces especializados.

En el inciso G segundo párrafo se determina “ En las leyes penales se diferenciarán las medidas de tratamiento e internamiento para aquellos casos que se infrinja la ley penal, cuando se trate de delitos graves o de delincuencia organizada por los mismos adolescentes, ante lo cual se podrán prolongar o aumentar las medidas de tratamiento y en último caso, optar por la internación.

En el inciso L se dice "Que no procederá la privación de la libertad en ningún caso cuando se trate de niñas o niños. Cuando se trate de adolescentes que se encuentren en situaciones extraordinarias, de abandono o de calle, no podrán ser privados de la libertad por esa situación especialmente difícil.

De lo anterior concluyo que efectivamente se pretende adecuar la legislación nacional en materia de menores en México al marco legal internacional, pero de manera tibia, es decir, se reconoce la relación existente entre el derecho de menores y el derecho constitucional penal, pero sin sacar a los menores del régimen administrativo que no tiene las facultades originales para imponer medidas preventivas como la de la restricción de la libertad a un ciudadano por ser propias del poder judicial según el artículo 21 constitucional.

#### **2.4 La Constitución Libre y Soberana de México.**

La encontramos en el artículo 77 fracción I "Son obligaciones del Gobernador".

Fracción I - Cuidar el puntual cumplimiento de la Constitución General de la República y de las Leyes y Acuerdos de la Federación

Este precepto legal establece una obligación para el titular del poder ejecutivo estatal, que consiste, precisamente en el particular, crear las instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores. De igual forma la obligación de promover el establecimiento de leyes que diriman controversias en las que se encuentren relacionados menores de edad a quienes se les acuse de haber infringido leyes penales, es decir, crear un sistema en el que se incluyan procedimientos, autoridades e instituciones específicas a fin de resolver el problema de la delincuencia juvenil.

**ESTA TESIS NO SALE  
DE LA BIBLIOTECA**

## **2.5 La Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de México**

En este ordenamiento legal encontramos también un fundamento para el sistema de justicia de menores, en el artículo 26 fracción XXVI se previene “ A la Secretaria General de Gobierno corresponde”:

**Fracción XXVI.- Vigilar el establecimiento de instituciones y la aplicación de normas preventivas tutelares de menores infractores”**

Como bien sabemos el poder Ejecutivo ésta representado por el Gobernador y éste, será auxiliado para el despacho de los asuntos de la administración pública por las Secretarías de Estado ante la imposibilidad material de que lo haga todo personalmente; la administración pública tiene como función la ejecución de las leyes a fin de satisfacer los intereses de la colectividad y la organización de los servicios públicos, dicha tarea se realizará mediante una forma de organización administrativa y le corresponde en este caso de acuerdo a la distribución de las funciones a la Secretaria de Gobierno, la facultad de organizar el sistema de justicia para menores infractores.

Debemos de asentar que el artículo en estudio, no ha sido actualizado, al sistema de justicia aplicado actualmente, es decir , la política criminal vigente en el estado ya no es el perteneciente al régimen tutelar, sino al sistema procesal penal especial aplicable a los menores infractores

### **2.5.1 Reglamento Interno de la Secretaría General de Gobierno.**

En este reglamento el fundamento legal lo encontramos en el artículo 12 que dispone lo siguiente:

**Artículo 12- “Corresponde a la Dirección General de prevención y readaptación social”**

**“ Operar y administrar los centros de prevención, readaptación social y rehabilitación de menores....”**

## **2.6 Código Penal para el Estado de México.**

Recordando que la constitución ofrece el marco jurídico, político general del sistema penal, y actúa como elemento interpretativo de los códigos dictados sobre la realidad y que además es la base para postular una adecuada política criminal, sin que ésta se convierta en un cerco para la democratización de la intervención punitiva, ha permitido que los gobiernos de los Estados determinen el introducir o excluir conductas que correspondan o no a la protección de bienes jurídicos en el Estado democrático, así como el replanearse el sentido y el alcance de un precepto penal, y definir el ámbito de lo punible, a efecto de definir el ejercicio de la función represiva, tendiente a conseguir que la norma sea respetada, todo ello para restablecer el equilibrio social. El fundamento de lo manifestado lo encontramos en el artículo 73 fracción XXI en relación al 124 de la Constitución, cuya interpretación permite precisar que todas aquéllas funciones o actividades por ella misma no conferidas en forma expresa a los poderes federales, se entienden reservados a los Estados miembros, de tal suerte que corresponde a los gobiernos de los estados según el reparto de competencias entre los dos ordenes legislativos: común y federal, el dictar para su territorio las leyes pertinentes en materia penal como en otros ordenes, debiendo respetar siempre los postulados generales preceptuados por la constitución federal.

En el ejercicio de este proceso de democratización el Estado de México determina los lineamientos elementales del derecho penal, adoptando la teoría del delito desde el punto de vista de la escuela Clásica. Prueba de ello lo encontramos en el artículo 14 constitucional, piedra angular de nuestro sistema penal mexicano, cuyo principio regulador determina "que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.

La escuela clásica mira preferentemente a la acción criminal, al delito mismo, con independencia de la personalidad del autor, esto llega a ser para Francisco Carrara una especie de garantía individual al afirmar: "el juez competente para conocer de la maldad del hecho, no puede tener en cuenta la maldad del hombre sin rebasar el límite de sus atribuciones".<sup>33</sup>

Recordando la democratización del derecho penal, cada Estado legislara sobre los delitos que vayan a ser sancionados en su territorio, para ello recurren a las diferentes teorías del delito, en México actualmente se aplica una mezcla entre el causalismo valorativo y el finalismo.

El concepto jurídico del delito, se ha elaborado desde los puntos de vista formal y substancial. Para los autores jurídico formales, el concepto de delito lo debe suministrar la ley positiva.

La concepción jurídico substancial del delito se encuentra diseñada por dos corrientes doctrinarias; la primera la unitaria o totalizadora, que establece que el delito no puede dividirse ni para su estudio, por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble. Por otro lado los analíticos o atomizadores que estudian el ilícito penal por sus elementos constitutivos, es decir para conocer el todo, es necesario conocer sus partes, sin que esto implique, la negación de que el delito integra una unidad.

En cuanto a los elementos integradores del delito, la doctrina no ha unificado el criterio, mientras que para algunos especialistas señalan un número, otros lo configuran con más elementos.

---

<sup>33</sup> Fernando Castellanos Lineamientos de derecho penal, Porrúa México 2000, pp. 58

Así tenemos que Mezger elabora una definición jurídico sustancial, al expresar que "el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable."<sup>34</sup>

El delito en el derecho positivo mexicano, respecto los Códigos Penales (el Federal y del Distrito Federal), definen al delito, como el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En el Código Penal para el Estado de México, delito es la conducta típica, antijurídica, culpable y punible.

La punibilidad para algunos estudiosos del derecho no es un elemento esencial del delito, ya que la actividad humana es sancionada cuando se le califica como delito, pero no es delictuosa porque se le sanciones penalmente, además en algunos casos existen supuestos que exige la ley, denominados condiciones objetivas de punición, lo cual sirve para confirmar que la punibilidad no es elemento, sino consecuencia del ilícito penal. Por otra parte existen delitos no punibles, tratándose de las llamadas excusas absolutorias, en las cuales la calificación delictuosa es una consecuencias más o menos ordinaria del delito pero no es un elemento esencial del mismo.<sup>35</sup>

Existen elementos esenciales del delito como lo son:

- A) Conducta,
- B) Tipicidad
- C) Antijuricidad
- D) Culpabilidad

De igual manera encontramos el aspecto negativo del delito y que son

- a) Ausencia de conducta
- b) Atipicidad

---

<sup>34</sup> Citado en Lineamientos Elementales de Derecho Penal p. 129

- c) Causas de justificación
- d) Causas de inculpabilidad

## **A) Conducta**

El concepto de conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito.

La conducta también ha sido denominada como hecho, sin embargo, este término se utiliza o se acuñó en el derecho civil y en materia penal únicamente se utiliza cuando la ley requiere además de la acción o de la omisión, la producción de un resultado material, unido por un nexo causal. (elemento objetivo)

El elemento objetivo puede presentar las formas de acción, omisión y comisión por omisión, mientras la acción se integra por una actividad (ejecución) voluntaria (concepción y decisión), la omisión y la comisión por omisión se conforman por una inactividad, diferenciándose en que en la omisión hay violación de un deber jurídico de obrar, en tanto en la comisión por omisión se violan los deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.

El sujeto de la conducta siempre será el hombre, ya que es el único ser capaz de voluntariedad.

La omisión en cambio, radica en un abstenerse de obrar, lo que se debe ejecutar.

La acción en el sistema finalista, está concebida como todo comportamiento dependiente de la voluntad humana, implicando la voluntad una finalidad, de ahí que siempre la voluntad humana vaya dirigida hacia un fin.

---

<sup>35</sup> Apuntes de derecho penal citada por (Moisés Moreno Rivas)

Por lo que la dirección final de la acción se realiza en dos fases, la interna y la externa.

- a) La fase interna sucede en el pensamiento del autor, inicia cuando se propone la realización de un fin; la selección de los medios para alcanzar el fin propuesto, la consideración de los efectos secundarios, los medios seleccionados y la consecuencia del fin.
- b) En la fase externa el autor procede a la realización en el mundo externo de lo planteado en la fase interna, poniendo en marcha el proceso causal impregnado de finalidad, procurando alcanzar la meta propuesta.

Edmundo Mezger define que en la acción se encuentran los siguientes elementos: un querer del agente, un hacer del agente, y una relación de causalidad entre el querer y el hacer.

En cuanto a los elementos de la omisión, también encontramos una manifestación de la voluntad que se traduce en un no actuar, por lo que sus elementos son. a) voluntad, b) inactividad. La voluntad se encamina a no efectuar la acción ordenada por el derecho, la inactividad está íntimamente ligada al elemento psicológico, habida cuenta de que el sujeto se abstiene de efectuar el acto a cuya realización estaba obligado.

Por lo que hace a la comisión por omisión aparte de los elementos de voluntad e inactividad emergen otros dos factores, a saber, un resultado material (típico) y una relación de causalidad entre dicho resultado y la abstención.

En la doctrina existe la discusión acerca de que si el resultado y el nexo causal forman parte de la conducta. Wensel consideró que el resultado y el nexo causal deben ser considerados con la conducta a nivel pre-típico, en tanto de que Maurach consideró que resultado y nexo causal deber ser considerados en la teoría del tipo, es decir en el tipo penal.

Por nuestra parte, consideramos al igual que Maurach que resultado y nexos causal se hayan fuera de la conducta, pertenecen al tipo penal, pero acompañan a aquella inseparablemente en los delitos de resultado material

#### **a) Ausencia de Conducta**

Habrá ausencia de conducta cuando no hay voluntad. El código penal en su artículo 15, enuncia todas las formas de exclusión de responsabilidad por ausencia de conducta. Una de las causas impositivas de la integración del delito por ausencia de conducta es la llamada vis absoluta o fuerza física exterior irresistible, en la que la conducta se desarrolla como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo por carecer de voluntad y que se reduce al principio de "Nullum crimen sine actione"<sup>36</sup>

La vis mayor o fuerza física exterior irresistible deriva de la naturaleza, opera porque su presencia demuestra la falta del elemento volitivo, así también los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios.

Para otros penalistas son verdaderos aspectos negativos de la conducta: el sueño y el sonambulismo, el hipnotismo, pues en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias.

#### **B) Tipicidad**

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta de que nuestra Constitución Federal, en su artículo 14, establece en forma expresa: En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna

---

<sup>36</sup> Importancia de la Dogmática Jurídica Penal. P.35

que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", lo cual significa que no existe delito si no hay tipo.

Es importante no confundir al tipo con la tipicidad.

El tipo es la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos legales.

La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

En cuanto al sistema causalista valorativo o sistema neoclásico en ella el tipo deja de concebirse como una descripción del aspecto objetivo del hecho y se enriquece con elementos normativos y subjetivos, es decir, se reconoce que, en ciertos casos la tipicidad de la conducta depende de determinadas valoraciones normativas o de ciertos elementos subjetivos, por ejemplo en el robo se requiere que el apoderamiento recaiga en cosa, ajena, mueble, donde la cosa mueble es un concepto normativo de valoración jurídica y el apoderamiento implica el ánimo de adueñarse, por lo que éste ánimo es un elemento subjetivo.

Para la teoría finalista el tipo penal se configura por la unión de acción y resultado y toda vez que el dolo y la culpa forman parte de la acción, resulta entonces que dolo y culpa son elementos del tipo, por lo que esto ya no contiene solamente, elementos objetivos, sino también subjetivos (dolo y culpa) y normativos.

La tipicidad dice Max Ernesto Mayer es indiciaria de la antijuridicidad, Mezger opina que la tipicidad es la razón de ser de la antijuridicidad, ya que define al delito como la conducta típicamente antijurídica y culpable, por lo que todo aquel que actúa típicamente, actúa también antijurídicamente, en tanto no haya ninguna causa de exclusión del injusto, esta es la teoría del tipo de injusto.

## **b) Ausencia de Tipo de Tipicidad ( Atipicidad).**

Habrá ausencia de tipo y de tipicidad cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo penal.

La atipicidad, es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo.

La ausencia de tipo es cuando el legislador omite describir una conducta, que según la sociedad debería quedar establecida en el catálogo de los delitos.

La ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo pero no se amolda a él la conducta dada.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes: a) ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activos y pasivos; b) si falta el objeto material o el objeto jurídico; c) cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; d) al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley; e) si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; f), por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial.

Para el finalismo no sólo se requiere que la conducta se adecue al tipo, sino que además la conducta sea antinormativa, es decir que se viole la norma que subyace al tipo y que se dañe o lesione el bien jurídico tutelado por el derecho penal. Debemos recordar que el sistema normativo, se conforma con normas prohibitiva, perceptivas, y permisiva. La antijuridicidad surge de la antinormatividad (tipicidad penal) y de la falta de adecuación a una norma permisiva, es decir, de las circunstancias de que la conducta antinormativa no esté amparada por una causa de justificación

### **C) La Antijuridicidad.**

En el sistema Causalista valorativo o sistema neoclásico concibe que la antijuridicidad no se agota en la pura relación de contrariedad entre el hecho y la norma (antijuridicidad formal), sino que ahora, se configura substancialmente como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, intereses o valores. (antijuridicidad material)

Para la doctrina finalista la antijuridicidad se concibe formal y material, y al ser juicio de valor que recae sobre la acción ( y por contener ésta al dolo y la culpa) el dolo pasa a ser por tanto el objeto de juicio de la antijuridicidad, originándose así una concepción subjetiva de la antijuridicidad, que Hans Welzel califica como "injusto personal".

#### **c) Ausencia de antijuridicidad**

Una conducta típica puede que no sea antijurídica, por mediar alguna causa de justificación, como por ejemplo la defensa legítima, el estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, consentimiento del titular del bien jurídico tutelado.

Las causas de justificación son aquellas que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. A las justificantes se les agrupa del lado de otras causas que anulan el delito o mejor dicho impeditivas de su configuración.

También se les ha denominado causas excluyentes de responsabilidad causas de inincriminación, circunstancias excluyentes de responsabilidad o como actualmente se les denomina causas de exclusión del delito.

Las causas que excluyen el delito son: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, causas de inimputabilidad y causas de inculpabilidad.

Las justificantes se deben distinguir en cuanto al elemento esencial que anulan, las objetivas referidas al hecho o impersonales; las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva, personal e intransitiva, anulan la incriminación en que fue capaz y se diferencian de las de inimputabilidad porque éstas afectan al presupuesto de la capacidad para obrar penalmente en diversa forma y grado, borrando la presunción de responsabilidad de quien no pudo tenerla.

Como ya se mencionó, las causas de justificación son objetivas, por ello aprovechan a todos los copartícipes, quienes en última instancia resultan cooperadores en una actuación perfectamente jurídica, acorde con el Derecho y por lo tanto no van a acarrear ninguna consecuencia ni civil ni penal.

El código penal para el Estado de México enuncia las causas excluyentes de responsabilidad, es decir, aquellas causas que impidan la aparición de alguno de los elementos del delito evitarán su configuración.

El artículo 15 del Código Penal establece que el delito se excluye por, obrar con el consentimiento del titular del bien jurídico tutelado, es decir, en aquellos casos en que el interés social consiste en la protección de un interés privado del cual libremente puede hacer uso su titular, entonces cobra vigor el consentimiento del interesado, porque significa el ejercicio de tales derechos y por ende resulta idóneo para excluir la antijuricidad. Debiendo recordar que solamente cuando el tipo no contienen textualmente referencias tales como "falta de consentimiento", "contra la voluntad", "sin permiso", podrá entonces la ley darlos por supuestos y será la ausencia de interés fundamento de la causa de justificación.

La legítima defensa se expresa en el Código Penal como "el que repeta una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos

propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de las personas a quienes se defiende”

El estado de necesidad se define en el texto de la ley “cuando se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo”

El cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho el código penal lo describe como “la acción o la omisión que se realizan en cumplimiento de un deber jurídico, o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar al otro.

#### **D) La Culpabilidad.**

En el sistema causalista valorativa o sistema neoclásico, la culpabilidad ya no es concebida únicamente como nexo psicológico entre el hecho y su autor, sino que se concibe ahora como juicio de valor; así, culpabilidad es reprochabilidad (juicio de reproche personal). Las relaciones Psicológicas (dolo y culpa ) que antes agotaban la culpabilidad, pasan a ser ahora presupuestos del juicio de reproche, es decir, la culpabilidad es la reprochabilidad de una conducta típica y antijurídica cometida dolosa o culposamente ( concepción normativa de la culpabilidad)

Las formas de culpabilidad son el dolo y la culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia.

El dolo es la voluntad de querer o aceptar el resultado, conociendo los elementos del tipo.

Los elementos del dolo son: el ético y el volitivo o emocional, el primero se constituye por la conciencia de que se quebrante el deber y el segundo en la voluntad de realizar el acto.

Las especies del dolo son: El directo, indirecto, eventual, indeterminado.

El dolo directo, es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntad en la conducta y querer en el resultado.

El dolo indirecto es aquel que se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que se causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aún previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho.

El dolo eventual es cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias.

En el dolo indeterminado, se tiene la intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo especial.

La culpa como segunda forma de la culpabilidad, es cuando se produce un resultado típico, sin querer o aceptar el resultado que se produce como consecuencia de la falta de previsión o de cuidado, siendo previsible el resultado.

La culpa se divide en: consciente, con previsión o con representación, e inconsciente, sin previsión o sin representación.

La culpa consciente con previsión o con representación, es cuando el agente prevé el posible resultado típico, pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá.

La culpa es inconsciente, sin previsión o sin representación cuando no se prevé un resultado previsible.

La culpa sin representación suele dividirse en lata, leve y levisima, esto según la mayor o menor facilidad en la previsión. En nuestra legislación es importante la

diferencia por cuanto a la gravedad o levedad de la culpa, hace operar una mayor o menor penalidad.

La culpa es lata cuando el resultado hubiera podido ser previsto por cualquier persona; leve cuando sólo puede ser prevista, tan sólo, por alguien cuidadoso, y levísima únicamente por los muy diligentes.

En el sistema finalista la culpabilidad ya no se integran con el dolo y la culpa (estos elementos forman parte del tipo), por lo que la culpabilidad es la reprochabilidad de una conducta típica y antijurídica que contiene como elementos:

- A) La imputabilidad;
- B) El conocimiento potencial de la antijuricidad
- C) La exigibilidad de una conducta diversa a la realizada.

Para algunos doctrinarios la imputabilidad se ha conceptualizado como presupuesto de la culpabilidad, otros consideran que la imputabilidad es un presupuesto del delito, por lo que según la corriente que se siga será la que determine la ubicación que tenga la imputabilidad dentro de los elementos del delito. Sin embargo es necesario precisar que para que un sujeto sea culpable, precisa que antes sea imputable.

La imputabilidad la podemos definir como el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental, en el autor, en el momento del acto típico, que lo capacita para responder del mismo.

En cuanto al conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido. La norma penal motiva al individuo, en la medida en que éste conoce el contenido de sus prohibiciones, el sujeto ignora que su actuar está prohibido por la norma, ya por desconocimiento de la existencia de la ley, del alcance de la misma, o por creer fundadamente que su acción esta justificada, por lo que es inculpable.

La inoperancia de la no exigibilidad de otra conducta, se refiere a que a nadie se le puede exigir un comportamiento distinto al realizado, si no, pudo actuar conforme a Derecho.

#### **d ) La inculpabilidad**

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche, cuando se hayan en ausencia los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad, o bien cuando falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto.

Las causas de inculpabilidad en estricto serían el error esencial de hecho que ataca el elemento intelectual y la coacción en la voluntad que afecta el elemento volitivo.

El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto, se conoce pero equivocadamente.

El error se divide en error de hecho y error de derecho.

El error de hecho se clasifica en esencial y accidental.

El accidental abarca aberratio ictus, aberratio in persona, aberratio delicti.

El error de derecho no produce efecto de eximente de responsabilidad, porque el equivocado concepto sobre el significado de la ley no significa ni autoriza su violación.

El error esencia para tener efectos eximentes debe ser invencible, de lo contrario deja subsistente la culpa.

El código del Estado de México se adhiere a la teoría finalista y las causas de inimputabilidad se encuentran dentro de las causas de inculpabilidad, ya que el elemento imputabilidad es presupuesto o contenido de la culpabilidad

Las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

Son causas de inimputabilidad : a) estados de inconsciencia (permanentes, b) el miedo grave, y c) la sordomudez.

Otras causas de inculpabilidad son: la defensa putativa, cumplimiento de un deber legal putativo, estado de necesidad putativo, la no exigibilidad de otra conducta como el temor fundado, encubrimiento de parientes y allegados.

Se entiende por eximentes putativas las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho típico del Derecho penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica, permitida, lícita, sin serlo.

Para la teoría finalista el caso fortuito es causa de inculpabilidad ya que se produce un resultado sin dolo y sin culpa de un hecho imprevisible.

Es importante señalar que en el Código Penal para el Estado de México no se prevé la minoría de edad como causa de inimputabilidad, lo que impediría el surgimiento del delito, sin embargo, por política criminal y considerando que proveyendo de asistencia y protección a los menores se llegaría a prevenir la delincuencia juvenil, se excluyó a los menores del ámbito penal bajo el argumento de que eran inimputables, o sea, que no tenían la capacidad de comprender la ilicitud de sus conductas. Sin embargo esta teoría no ha sido sostenida en la actualidad, y se ha opinado por parte de doctrinarios como Zaffaroni que "la inimputabilidad del menor es en realidad no una presunción, sino una ficción, ya que la presunción se establece con lo que generalmente acontece y no sucede que

un menor, después de su cumpleaños, en nuestro caso de dieciocho años, amanece con capacidad de culpabilidad".<sup>37</sup>

Por su parte Sergio García Ramírez afirma que los menores no son inimputables penalmente; esto es, incapaces para el derecho penal, porque carezcan de capacidad de entender o de querer, sino porque se niega que la tengan, una suerte *jure et de jure* implícita, que no tiene que ver con cada individuo en concreto, sino con una categoría cronológica de población. La razón para ello es de carácter de política criminal<sup>38</sup>

Con todo ello concluimos que los menores si pueden indudablemente realizar conductas antisociales, es decir, comportamientos voluntarios encaminados a un fin, y estos pueden ser de acción u omisión y comisión por omisión. Tampoco hay duda de que la conducta de un menor pueda concordar con la descripción que de ellas hace la ley. El menor puede cometer conductas dolosas ya que tiene la capacidad de conocer los elementos del tipo, querer y entender el resultado material de su conducta, su conducta por ende es voluntaria; así mismo puede violar un deber de cuidado por causa de negligencia, imprevisión, impericia, falta de aptitud o de reflexión. No sólo es posible encontrar que los tipos dolosos son aplicables a los menores, sino también calificativos como la premeditación, la alevosía, la ventaja y la traición. La conducta del menor además de típica puede ser antijurídica cuando lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado por la ley, violentando así la norma de carácter prohibitiva, preceptiva o permisiva. En cuanto a la culpabilidad, el menor puede ser imputable o inimputable en atención a que posea un adecuado desarrollo mental y que no sufra enfermedad mental alguna que afecte sus facultades, coexistiendo de esta forma la salud y el desarrollo mental, siendo sin duda éste menor plenamente capaz, el menor puede tener el conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido, toda vez que puede conocer los contenidos de

---

<sup>37</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal parte general, tomo I, Buenos Aires 1980 p. 231.

<sup>38</sup> Sergio García Ramírez, Consideraciones generales sobre el régimen jurídico de menores infractores "en derechos de la niñez" Instituto de ciencias jurídicas de la UNAM, México 1990, p. 119

sus prohibiciones y se le puede pedir una conducta diversa a la realizada, conforme a las disposiciones legales.

Sin embargo en el código penal del Estado de México, en su primer capítulo atendiendo al ámbito de aplicación de la ley por razón de las personas se desprende que:

“Este código se aplicará a nacionales y extranjeros que hayan cumplido 18 años de edad. Respecto los segundos, se considerará lo pactado en los tratados celebrados por la federación con otras naciones y lo dispuesto en el derecho de reciprocidad. Los menores de esta edad quedan sujetos a la legislación de la materia.”

La ley penal al determinar sus ámbitos de competencia; o de aplicación de la misma se basará en los supuestos de temporalidad, espacial, personal y material, y determinar cada uno de ellos, de acuerdo al ámbito de aplicación en específico el personal, se va a excluir al menor de edad, remitiéndolos a la legislación de la materia.” Es decir a la Ley de Prevención Social y Tratamiento de Menores vigente en el Estado de México.

## **2.7 Código Procesal Penal vigente en el Estado de México.**

Recordaremos que la ley sustantiva penal aplicable en el territorio del Estado de México, no se aplicará a los menores, por lo que en el Código de Procedimientos Penales se establecen obligaciones específicas para la autoridad denominada Ministerio Público o autoridad judicial encaminadas únicamente al desarrollo de determinadas actuaciones a fin de remitir al menor y la averiguación o causa penal a la autoridad competente.

El fundamento lo encontramos en los artículos:

Artículo 415.- Los menores de once años a quienes se les impute la ejecución de un hecho delictuoso, no serán objetos a procedimiento alguno y la intervención del Ministerio Público se limitará a recibirles declaración si pudieren expresarse, con

el objeto de investigar si en la ejecución del hecho fueron instigados, auxiliados o encubiertos por mayores”

Artículo 416.- Tratándose de menores cuya edad sea entre once y menos de dieciocho años, el Ministerio Público practicará las diligencias de averiguación previa necesarias y una vez concluidas, las remitirá dejando al menor, si hubiera sido presentado, a disposición de la autoridad competente para conocer el caso, de acuerdo con la ley de la materia”.

Artículo 417 – Si en la ejecución del delito participaren mayores y menores de edad, conocerán de él, por lo que respecta a los primeros, el Ministerio Público y el órgano jurisdiccional, y por lo que respecta a los segundos, la institución competente, remitiéndole a ésta un tanto de las actuaciones practicadas.”

Artículo 418 – Si en la averiguación practicada por la autoridad de menores aparece que el menor fue instigado, auxiliado o encubierto para la ejecución del delito, por uno o varios mayores, aquella hará compulsas de las actuaciones y las remitirá al Ministerio Público.

## **2.8 Ley de Prevención Social y Tratamiento de Menores vigente en el Estado de México.**

En el artículo 4 y 5 se prevé:

“Se consideran menores de edad, para los efectos de esta ley, las personas que tengan de once y menos de dieciocho años. Los menores de once años serán remitidos a las instituciones de asistencia social”.

En esta ley se facultan a autoridades para desempeñar las funciones correspondientes a la administración de justicia aplicable a menores infractores, cuya naturaleza jurídica es de carácter administrativa, ya que dependerá jurídicamente del poder Ejecutivo del Estado, por lo que se tratan de autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales, es decir, aplicarán un procedimiento en el que se declarará el derecho, por otra parte, tendrán funciones de prevención y ejecución de medidas.

Cabe mencionar que estudiando el contenido de los artículos relativos a la aplicación de medidas e intervención, es decir, al tiempo de duración de las medidas de rehabilitación, así como a la disposición que prevé la forma en que se determinará la medida correspondiente, esta ley se ubica dentro de los principios rectores de la escuela positivista, cuyos contenidos establecían que las penas o medidas de seguridad se establecerían en función de la peligrosidad del sujeto; es decir, es un derecho especial penal, de autor, no de acto, toda vez que inclusive en la ley no se crea un enlistado de conductas que por su naturaleza o gravedad deban aplicárseles el mismo tiempo de aplicación de medidas, pudiendo entonces inclusive, en casos de la misma conducta alargarse más tiempo la medida en unos que en relación a otros menores que hayan cometido la misma conducta.

En mi opinión es importante que se le reconozcan las garantías individuales a los menores de edad, y que sean autoridades judiciales especiales, quienes desarrollen la función jurisdiccional, a efecto de no violentar las garantías individuales y lograr la finalidad de la función preventiva del delito, por lo que sería necesario modificar el contenido del artículo 18 párrafo quinto de la Constitución a efecto de especificar que las instituciones especiales para menores se refiere únicamente a las de aplicación de la medida de rehabilitación.

## **CAPITULO III.- DE LAS FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE LAS AUTORIDADES QUE INTERVIENEN EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ESPECIAL APLICABLE EN EL ESTADO DE MEXICO A LOS MENORES INFRACTORES.**

### **3.1 Funciones del Ministerio Público en el proceso penal**

En México vivimos en el régimen de "estado de derecho", en donde la Constitución General de la República establece las reglas del funcionamiento de la sociedad; es el instrumento jurídico que preverá entre otras cosas, la forma en que el Estado debe reaccionar ante el delito, para ello crea instituciones encargadas de mantener el orden social, y cuyas funciones se complementarán a fin de lograr los objetivos del derecho penal, que es el de restablecer el orden social cuando este se ha visto violentado, para ello crea un sistema jurídico que define los delitos y las penas; otro de persecución administrativa, procesal y de ejecución de la pena.

En éste capítulo nos basaremos propiamente en el sistema jurídico tendiente a la persecución administrativa y procesal, correspondiente a las prevenciones del código procesal penal y el cual es indispensable para el ejercicio del derecho de castigar o de readaptar socialmente al infractor.

Este derecho persecutorio general, denominado jus puniendi, se ejecuta a través del enjuiciamiento penal, requisito natural y necesario para la ejecución de la pena; y del cual resultan los derechos públicos subjetivos o garantías individuales del inculpaado y del ejecutado.

Recordemos que en todos los casos en el cual se ha violentado el orden social a través de la comisión de conductas delictivas se procederá por parte del Estado a la investigación de los hechos a fin de restablecer el orden social.

En este orden de ideas, el derecho procesal penal se encarga de instrumentar las normas que regularán el ejercicio de las actuaciones de los órganos del Estado encargados de hacer cumplir las disposiciones de derecho penal.

Como ya lo habíamos mencionado con anterioridad, la autoridad encargada de dar inicio a todo procedimiento penal, será la de procuración de justicia, que se encuentra en manos del Ministerio Público; que puede ser del fuero común o del fuero federal según sea el caso.

El sustento jurídico de las funciones de la Institución denominada Ministerio Público se encuentran previstas en la Constitución en los artículos 21 y 102 de la Constitución.

El artículo 21 constitucional atribuye en exclusiva al Ministerio Público la facultad de perseguir delitos; es decir, de investigar la comisión de los delitos y la investigación la plasmará en la Averiguación previa.

Este dispositivo legal constituye un derecho subjetivo público; es decir, al atribuirle la función de investigar los delitos al Ministerio Público, se tendrá la seguridad de que ningún otro órgano del Estado desempeñe funciones persecutorias en contra de ningún individuo.

Para el desempeño de ésta función tan importante encomendada al Ministerio Público, se le asignó una serie de atribuciones, mismas que se encuentran previstas en la Constitución y en otros ordenamientos legales secundarios.

### **3.1.1 Atribuciones del Ministerio Público Federal y Local.**

Como ya se expresó, existe la institución del Ministerio Público del orden federal y del orden común y su atribuciones derivan de los mandamientos contenidos en los artículos 21 y 102 de la constitución.

En el Artículo 102 Constitucional se enumeran las atribuciones del Ministerio Público de la Federación, que son entre otras:

Incumbe al Ministerio Público de la Federación:

- ❖ La persecución ante los tribunales de todos los delitos del fuero federal;
- ❖ Solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpados;
- ❖ Buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos;
- ❖ Hacer que los juicios se sigan con regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita;
- ❖ Pedir la aplicación de las penas en todos los negocios que la ley determine.

Por su parte el Ministerio Público del Estado de México según la Constitución del Estado Libre y Soberano de México establece en el artículo 81 lo siguiente:

“ Corresponde al Ministerio Público la investigación y persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal.

La policía ministerial estará bajo la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público.

El artículo 82 señala “El Ministerio Público hará efectivo los derechos del Estado e intervendrá en los juicios que afecten a quienes la ley otorga especial protección.”

En las leyes secundaria como la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México en el artículo 17 señala:

**"Artículo 17 – Son atribuciones de los agentes del Ministerio Público:**

- I - Investigar los delitos del fuero común, a fin de acreditar los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado;**
- II – Ejercitar la acción penal;**
- III.- Poner a las personas aseguradas a disposición de la autoridad competente;**
- IV.- Solicitar las órdenes de cateo conforme a lo dispuesto por los preceptos legales aplicables**
- V – Establecer sistemas de control, vigilancia y protección de los bienes y valores asegurados por el ministerio público.**
- VI – Hacer valer de oficio las causas excluyentes del delito, de la responsabilidad y causas de inimputabilidad;**
- VII – Resolver el no ejercicio de la acción penal,**
- VIII.- Someter a consideración del procurador, por conducto del Subprocurador respectivo, el desistimiento de la acción penal;**
- IX.- Ordenar la detención de los indiciados, en los casos y con los requisitos que determine la ley;**
- X – Conceder la libertad provisional al indiciado, en los casos y con los requisitos determinados en la ley;**
- XI.- Ser parte en los procesos penales y realizar los actos de su competencia señalados en el Código de procedimientos penales para el Estado de México;**
- XII .- Ejercer el mando directo e inmediato de la policía ministerial;**
- XIII .- Auxiliar a las autoridades del ministerio público Federal o de otras entidades federativas cuando lo determine la ley o ellos lo soliciten;**
- XIV.- Auxiliar a las autoridades federales o de otras entidades federativas en la investigación de los delitos cuando sea competencia de aquéllas;**
- XV – Proporcionar orientación y asesoría jurídica a las víctimas del delito. "**

Se considera a la acción penal como el derecho que incumbe al Ministerio Público en sus funciones como representante de la sociedad, el cual ejercita ante

los órganos jurisdiccionales en la primera fase del procedimiento penal, solicitando la radicación de la causa en contra de un presunto responsable.

### **3.1.2 La investigación de los delitos por medio de la averiguación previa**

Como ya sabemos, el procedimiento penal inicia cuando el Ministerio Público realiza su función investigadora y la plasma en la averiguación previa, aclarando que ésta etapa procesal, se desarrollará tanto en los procedimientos del orden federal como del orden común.

El concepto de Averiguación previa puede definirse como la atribución del Ministerio Público para investigar delitos o bien la etapa procedimental en la cual, el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para conocer la verdad histórica de un hecho posiblemente delictivo y en su caso comprobar, o no, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal. También puede ser considerada como el documento que contiene todas las diligencias realizadas por el órgano investigador para conocer la verdad histórica de un hecho posiblemente delictivo, y en su caso comprobar, o no, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal.<sup>1</sup>

La investigación de todo acto delictivo que realiza el Ministerio Público inicia a partir de que se tiene conocimiento de un hecho posiblemente delictivo, a través de una denuncia o querrela, y tiene por finalidad optar en sólida base jurídica, por el ejercicio o abstención de la acción penal.

La Averiguación previa es la primera etapa del procedimiento penal en la que el Ministerio Público actúa en interés de la comunidad y ejerciendo la función de la pretensión penal.

---

<sup>1</sup> Osorio y Nieto Cesar Augusto. La Averiguación Previa Editorial Porrúa, México 2000 p.2, 3

La averiguación previa se divide en fases:

1. La primera fase es la de incitación, en la que el ministerio público recibe la denuncia o querrela, que no son más que los requisitos de procedibilidad o condiciones legales que deben cumplirse por el Ministerio Público al integrar debidamente esta etapa procesal, así como sus auxiliares, cumpliendo estrictamente con los ordenamientos legales inherentes al caso, cuyos elementos fundamentales ya se mencionaron: denuncia y querrela.

Debemos entender por denuncia: el acto en el cual se pone en conocimiento del Ministerio Público un hecho que puede ser constitutivo de un delito. (Acto in genere).

Saenz considera a la denuncia como la información que proporciona cualquier persona al Ministerio Público o "policía ministerial", 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. De no actuar de esta manera, cuando se tiene conocimiento de hechos considerados delictuosos, el ciudadano se convierte en cómplice o copartícipe e incurre en responsabilidad penal, salvo las excusas que al efecto contempla la ley.

Guillermo Sánchez Colín opina que la denuncia, no es, de ninguna manera, un requisito de procedibilidad para que el Ministerio Público se aboque a la investigación del delito, ya que bastará que el funcionario esté informado por cualquier medio, para que de inmediato, esté obligado a practicar las investigaciones necesarias para concluir en su oportunidad, si aquello de lo que tiene conocimiento es una infracción penal y quién es el probable autor.

Los elementos que constituyen el acto procesal denominado Denuncia son:

- a) Comparecencia personal o por escrito ante el Ministerio Público o sus auxiliares;
- b) Comparecencia formulada por persona física o moral y;
- c) Una relación amplia de los hechos que se denuncian, de cuya síntesis el Ministerio Público puede deducir elementos de convicción para la continuación de la investigación correspondiente.

Por Querella entendemos la puesta en conocimiento del Ministerio Público de un hecho presuntamente delictuoso por delitos que se persigan a instancia de parte ofendida. Se caracteriza porque el ofendido por el delito es el único facultado para resolver sobre la iniciación del procedimiento y para ponerle término, concluyendo con la acción penal mediante el perdón.

Osorio y Nieto consideran que la querella, es la manifestación de voluntad del 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 a la acción penal respectiva.

La querella es una institución discutida por los estudiosos del Derecho Penal, existen doctrinarios que se oponen a la querella, ya que manifiestan que el derecho de castigar corresponde a todos los ciudadanos, y que uno sólo no puede anular el derecho de los demás; otros opinan, que el Estado no debe delegar en manos de los particulares su función de la pretensión punitiva, porque no se alcanzarían sus objetivos y la justicia sufriría una lesión.

Sin embargo la institución ha demostrado ser benéfica para el desenvolvimiento de las relaciones humanas y cimienta la estructura de la organización social.

Los elementos de la querrela son los siguientes:

- a) Comparecencia ante el Ministerio Público del: ofendido; su representante legítimo; el apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas, con cláusula especial.
- b) Que esa comparecencia sea personal o por escrito, en este caso debe ser ratificada por quien la presente ante la autoridad correspondiente.
- c) Que el compareciente o quien lo represente, manifieste expresamente el deseo de que se castigue al autor o autores del delito, por ser el directamente agraviado o sujeto pasivo del hecho ilícito narrado.

Esta primera parte de la integración de la averiguación previa, reviste como ya dijimos los requisitos de procedibilidad previstos en la primera parte del segundo párrafo del artículo 16 constitucional que refiere que debe existir denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito.

Es importante mencionar que los requisitos de procedibilidad "son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal contra el responsable de la conducta típica."<sup>2</sup>

2.- La segunda fase es la de integración; en la que el Ministerio Público se allega de todos los elementos para integrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Investigará y realizará todas las diligencias necesarias para proporcionar la verdad histórica al juez y una vez que haya agotado la averiguación previa iniciará la tercera fase.

---

<sup>2</sup> Ibidem. P.9

Las actas de averiguación previa deben contener todas y cada una de las actividades desarrolladas por el Ministerio Público y sus auxiliares, siguiendo una estructura sistemática y coherente, atendiendo una secuencia cronológica, precisa y ordenada, observándose en cada caso concreto las disposiciones correspondientes.

La averiguación previa tendrá como objetivo integrar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad a fin de estar en aptitud de ejercitar la acción penal ante los tribunales judiciales competentes.

El cuerpo del Delito dice el código procesal penal del Estado de México "se tendrá por comprobado cuando se justifiquen en su existencia los elementos objetivos del tipo; así como los normativos y los subjetivos, cuando aparezcan descritos en éste."

La probable responsabilidad penal del indiciado, "se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se pruebe directa o indirectamente su participación dolosa o culposa y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito".

### 3.- La tercera fase será de determinación de la Averiguación previa.

Inicia agotada la fase de integración en la que el Ministerio Público una vez que haya realizado todas las diligencias conducentes para la integración de la averiguación previa ya sea a nivel de Agencia Investigadora o de Mesa Investigadora, deberá dictar una resolución que precise el trámite que corresponda a la averiguación previa o que decida obviamente a nivel de averiguación previa, la situación jurídica planteada en la misma.

Posibles resoluciones:

- a) Determinar el ejercicio de la acción penal.

El Ministerio Público investigador, propondrá el ejercicio de la acción penal a las unidades de consignación cuando una vez realizadas todas las diligencias pertinentes se compruebe el cuerpo del delito y se determine la probable responsabilidad

b) No ejercicio de la acción penal

El no ejercicio de la acción penal se consulta en el caso de que agotadas las diligencias de la averiguación, determina que no existen elementos del cuerpo del delito de ninguna figura típica y por supuesto, no hay probable responsable, o bien que ha operado alguna de las causas extintivas de la acción penal.

c) La incompetencia

Procede, por ejemplo, en el caso de que el inculcado sea menor de edad, o cuando en la indagatoria aparezca la posible comisión de delitos del orden federal, o tratándose de delitos del fuero militar, o sea, de los previstos en el Código de Justicia Militar y los del orden común y federal cometidos por militares en servicio o, con motivos de actos de servicio, en recintos castrenses, frente a la Bandera nacional o ante tropa formada. También en aquellas averiguaciones previas en las que se presenten hechos acontecidos en algún Estado de la Federación, se enviarán a la unidad administrativa competente para que ésta a su vez las remita a la entidad correspondiente.

4.- La cuarta fase es la de consignación.

Si se determina el ejercicio de la acción penal, procede la consignación, que no es otra cosa que la simple remisión de las diligencias o del expediente con o sin detenido al juez, iniciando con ello la fase de la pre-instrucción.

El acto de consignación puede darse en dos formas: con o sin detenido.

Estudiamos que en la fase del procedimiento denominado averiguación previa, el ministerio público en ejercicio de su atribución exclusiva ejercita la acción penal que ejercerá el Ministerio Público; sin embargo, no la hemos definido, por lo que será necesario entrar al estudio de su concepto.

### **3.1.3 La acción penal y sus características**

Hay autores que afirman en sus criterios, que debe comprenderse la acción penal, como el poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador conozca las pretensiones del Ministerio Público sobre hechos que éste estime como delictuosos y pronuncie sentencia condenatoria en contra del autor.

La acción penal entonces forma parte de la función persecutoria desarrollada por el Ministerio Público; es decir, forma parte del poder jurídico que será exclusivo del órgano investigador y que consiste en excitar y promover el ejercicio de la jurisdicción penal, solicitando la aplicación del derecho penal mediante una sentencia.

El ejercicio de la acción penal no es otra cosa que el derecho de pretensión punitiva otorgada a un órgano del Estado, quien previa investigación y documentación acredita el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de un inculpado; solicita al órgano jurisdiccional inicie el proceso penal y aplique el derecho mediante una resolución.

Manzini se refiere a la relación punitiva como un derecho subjetivo del Estado de castigar, esto es, "la potestad de exigir la sumisión a la pena de un sujeto, del cual se haya comprobado el carácter de reo, en los modos y en los límites establecidos por la ley".

Las corrientes críticas decían que se quería sustituir a la acción por la acusación o por el derecho al proceso, *ius tu procedatur*.

La acción penal en conclusión debe entenderse como un derecho subjetivo, que por un lado encierra el derecho de las personas a que se les imparta justicia gratuita, pronta y expedita; derecho que esta tutelado por un órgano del Estado denominado Ministerio Público, quien tiene a su vez la obligación constitucional de investigar la comisión de los hechos que se reputen como delictuosos y perseguir a los presuntos responsables, actos que integran una fase procesal llamada Averiguación previa, durante la cual recibirá la denuncia, querrela en contra de presuntos responsables de ilícitos, aportando todas las pruebas necesarias tendientes a comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del autor y ejercitar ese derecho de acción punitiva ante el órgano jurisdiccional competente, solicitando la incoación del procedimiento respectivo y que se imponga al culpable la pena correspondiente.

Las características de la acción penal son:

- 1- Es pública, porque constituye el medio para la realización de una función estatal,
- 2- Es única, porque se circunscribe a la comisión de los delitos que únicamente haya cometido el delincuente;
- 3- Es intrascendente puesto que se contrae exclusivamente a la persona como autora de un hecho considerado como criminal;
- 4- Es discrecional, en virtud de que el Ministerio Público tiene la facultad de decidir si ejercita o no la acción penal, no obstante estar reunidos los elementos necesarios previstos en el artículo 16 constitucional

Cuando se dice que el monopolio de la acción penal corresponde al Ministerio Público, significa que el Ministerio Público es el único que puede concurrir ante el órgano jurisdiccional en ejercicio de la acción penal, pidiendo se castigue al

infractor y solicitando la reparación del daño a favor del afectado, facultad que no esta delegada en ningún particular.

De acuerdo a esta disposición, el gobernado no puede ser acusado sino por una entidad autontaria especial, que es el Ministerio Público, y mediante esta garantía queda eliminado el proceder oficioso e inquisitivo del juez, quien no puede actuar, en el esclarecimiento de los delitos y en la determinación de la responsabilidad penal de sus autores sin previa acusación del Ministerio Público. En contra posición el ofendido de un delito, debe acudir siempre a la Institución del Ministerio Público, bien sea federal o local en sus respectivos casos para que se le haga justicia, esto es, para que se le imponga al autor del hecho delictivo la pena correspondiente y se le condene a la reparación del daño causado al denunciante o querellante.

Todas las consideraciones vertidas en este capítulo nos llevan a afirmar que la base legal y fundamental del procedimiento penal es la averiguación previa, la cual es practicada por el Ministerio Público, sus auxiliares, jefes de Hacienda Federal y síndicos municipales, en suplencia, o sea, en los lugares en donde no exista dicha institución

El Ministerio Público es una institución sui generis, porque en esta primera etapa procesal, la de la averiguación previa, actúa como una autoridad, culminando su actuación con la determinación de consignación o de no ejercicio de la acción penal, para convertirse en parte dentro del procedimiento ante la autoridad judicial.

El ejercicio de la acción penal se desarrolla por parte del Ministerio Público desde el momento en que toma conocimiento del hecho delictivo a través de la denuncia o la querrela, se ejercita en el momento de la consignación ante el órgano jurisdiccional en el que solicita su intervención a fin de que se aplique el derecho al caso concreto, y por último cuando actúa como parte en la etapa de conclusiones en donde acusa y solicita la aplicación de la pena.

### **3.2 El menor infractor en la etapa de averiguación previa ante el Ministerio Público del orden común.**

El artículo 21 Constitucional establece la titularidad y el monopolio de la función investigadora de los delitos y persecutora de los delincuentes a favor del Ministerio Público, éste tiene la obligación de realizar todas las diligencias necesarias para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, para así poder determinar el ejercicio o no ejercicio de la acción penal, en este artículo no encontramos ninguna excepción para que el Ministerio Público deje inconclusa una averiguación previa, por lo que deberá recibir la denuncia o querrela que le presenten y lo inciten a tomar conocimiento de los hechos presuntamente delictuosos, recabará las declaraciones de los testigos, inspeccionará personas, objetos, lugares que tengan relación con el hecho, procederán a la detención, o en su caso, retención de los indiciados cuando exista flagrancia o caso urgente, tomará la declaración de los indiciados y una vez agotada la averiguación previa deberá rendir su determinación; en éste momento determinará la calidad de los sujetos activos, y tratándose de menores de edad, su determinación una vez que se encuentre acreditada la minoría de edad del indiciado, será la de incompetencia de conformidad con lo previsto en los artículos 415, 416, 417, 418 del código de procedimientos penales vigente en el Estado de México.

En el artículo 415 del ordenamiento legal arriba mencionado, se establece la total falta de responsabilidad de los menores de once años que se encuentren relacionados con la ejecución de un hecho delictuoso, de igual forma reviste una protección a los derechos del niño a efecto de investigar a través de su declaración la posible comisión de una conducta delictiva en su persona; es decir, coloca al menor como sujeto pasivo de la posible comisión de un hecho delictuoso.

En el artículo 416 se establecen los límites de edad para aplicar el procedimiento especial a los menores que se encuentren relacionados con la ejecución de un hecho delictuoso y constituye el fundamento legal para la existencia de la autoridad competente que conozca de éstos casos, así como del régimen legal aplicable. También podemos afirmar que obliga al Ministerio Público a concluir la averiguación previa; esto es, el Ministerio Público tendrá que agotar las diligencias necesarias de esta etapa procesal.

En el artículo 417 se plantea la hipótesis de la coparticipación de menores y adultos en la ejecución del delito, estableciendo la forma en que deberá determinar la averiguación previa tratándose de menores, reconociendo la existencia de la institución competente a quienes se remitirá tanto los menores como las actuaciones practicadas.

También contempla para los casos de la coparticipación, instigación o encubrimiento por parte de adultos, la posibilidad de compulsar las actuaciones realizadas en las dos instancias de conocimiento.

Cabe hacer mención que la incompetencia del Ministerio Público obedece a lo establecido en el artículo 3° del código penal vigente en el Estado de México que establece en los substancial " Este código se aplicará a nacionales o extranjeros que hayan cumplido 18 años de edad. Respecto de los segundos, se considerará lo pactado en los tratados celebrados por la federación con otras naciones y lo dispuesto en el derecho de reciprocidad. Los menores de esta edad quedan sujetos a la legislación de la materia.

De lo anterior se puede concluir, que en las funciones de la autoridad ministerial, no estarán, la del ejercicio de la acción penal, ni la consignación de los hechos al órgano jurisdiccional ya que de hacerlo estaría violentando las disposición

legales, previstas tanto en la norma primaria como en las normas secundarias como lo son los códigos: penal y procesal penal.

### **3.3 El menor infractor ante el Ministerio Público Federal.**

En el código Federal de procedimientos penales, encontramos un capítulo relativo a los menores, en él se establece el procedimiento a seguir por parte del ministerio Público Federal, respecto de la autoridad a quien remitirá a los menores que se encuentren relacionados en la comisión de un hecho delictivo.

El artículo 500 determina la competencia de las autoridades encargadas de conocer de las infracciones a las leyes penales federales cometidas por menores de dieciocho años; y establece en los 18 años el límite de la minoría de edad penal.

En el Estado de México, se establece un límite de edad inferior y otro superior, es decir, deja a los menores de once años fuera de todo proceso de investigación, reconociendo de algún modo su falta de responsabilidad. También es importante señalar que en el código penal federal no se hace referencia a los menores de edad como inimputables; es decir, entre las causas de exclusión del delito no se encuentran que el sujeto activo del delito sea un menor de edad, y en la fracción VII del artículo 15 se prevé únicamente la inimputabilidad como la falta de capacidad de comprender el carácter ilícito del agente o de conducirse con esa comprensión, al momento de realizar el hecho típico, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, siempre que no se hubiera provocado el trastorno mental dolosa o culposamente....”

Siguiendo con el estudio de éste artículo, el contenido del mismo es cuestionable en cuanto a sus alcances; el facultar a los tribunales locales (de menores) para conocer de las infracciones a las leyes penales, cometidas por menores y determinar la aplicación de las disposiciones de las leyes federales respectivas vulnera la soberanía de los Estados.

Es controvertido éste artículo porque cuando los Tribunales locales o Consejos locales existentes en materia común tengan que ajustarse a las disposiciones federales; esto es, a la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, tendrán que modificar su estructura administrativa y burocrática porque todo el procedimiento que instaura la ley antes mencionada, obliga a contar en cada Entidad local con la organización interna que haga factible la aplicación del procedimiento en materia federal; de igual forma se aplicarán las leyes penales Federales.

Aquí es importante recordar que existen entidades federativas que no han modificado la ley aplicable a menores, continuando con el sistema tutelar, en el que no se otorgan derechos procesales a los menores, tales como, el derecho a ser asistido por un defensor particular o de oficio, no existe la posibilidad de inconformarse con la determinación de la autoridad, no se contemplan la figura del comisionado representante del ofendido prevista en la antes citada ley, los términos no son similares en el desarrollo del procedimiento, e inclusive hay casos en los que no existe ningún tipo de formalidad procesal, o bien, la edad límite para ser sujeto de derecho penal, es mucho menor que la que establece el código procesal penal Federal y la Ley para el tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.

Con ésta disposición además se está legitimando la aplicación de los códigos penal y procesal penal federal vulnerando la soberanía de los Estados; y otorga el carácter penal al procedimiento que se seguirá ante una autoridad administrativa.

A mi juicio éste artículo es inconstitucional, y debe ser materia de juicio de amparo, que le correspondería resolver a la Suprema Corte de Justicia, debido al conflicto de competencias; por una parte el artículo 124 de la Constitución General de la República determina el campo de competencia, al establecer que "Las facultades que no están expresamente concedidas por ésta Constitución a los

funcionarios federales, se entienden reservados a los Estados"; éste, en relación con el artículo 18 constitucional en donde se otorga plena facultad a los Estados y a la Federación para crear sus propias Instituciones de Tratamiento; es decir, no se reserva a la Federación la facultad para ordenar el modelo de instituciones de tratamiento de menores; sin embargo, el artículo 500 del código procesal penal Federal en relación con los artículos 1 y 4º, de la Ley para el Tratamiento de Menores infractores para el Distrito Federal y para toda la República en materia Federal, otorgan la facultad a los Tribunales o Consejos locales para conocer respecto de los actos u omisiones de menores de 18 años que se encuentren tipificadas en las leyes penales federales, y determinan la aplicación en todo lo relativo al procedimiento, medidas de orientación, de protección y de tratamiento, lo previsto en las leyes federales. Este artículo crea un conflicto de competencia en razón a los ámbitos de validez de la ley penal en cuanto a su materia y espacio.

La validez de la ley penal en cuanto a la materia se refiere, al reparto de competencias entre dos órdenes legislativos: común y federal. Existe una dualidad de competencias, y las facultades Federales se encuentran limitadas y enumeradas, cualquier ejercicio de facultades no conferidas de modo expreso, entrañan un exceso en el mandato y por ende el acto nulo. De tal suerte el artículo 500 se excede de las facultades conferidas al Poder Federal. En cuanto al conflicto de competencia por razón del límite espacial; la ley, es la expresión de la soberanía del Estado, y ella misma debe determinar su propia esfera imperativa, por lo que no se le puede otorgar una facultad al Estado para establecer su sistema de administración de justicia y luego imponerle otro, porque estaría vulnerando o restringiendo su soberanía. En este caso le compete a la Suprema corte de Justicia resolver esta controversia de conformidad con el artículo 103 fracción II de la Constitución que establece:

"Que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

II . Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal;

En el artículo 501 se prevé la creación de Tribunales Federales para menores con residencia en entidades federativas, quienes conocerán en sus respectivas jurisdicciones de las infracciones a las leyes penales federales que cometan los menores de dieciocho años. En realidad este artículo es letra muerta porque no existe ningún Tribunal Federal para menores con residencia en algún Estado.

En el artículo 502 se establece una regla de competencia, misma que se refiere a los casos en los que en un Estado de la federación donde hubiere dos o más tribunales para menores, será el que hubiere prevenido quien conocerá del caso.

En mi opinión las disposiciones relativas a menores previstas en el código procesal penal federal son imprecisas, a tal grado, que dejan muchas lagunas sin resolver; por ejemplo, no establece en qué momento se declarará incompetente el Ministerio Público en favor de los Tribunales locales para menores; no determina la necesidad de integrar la averiguación previa, es decir, la obligación de agotar la investigación con las diligencias necesarias para acreditar la infracción a las leyes penales federales o lo que conocemos como cuerpo del delito, y la probable responsabilidad del menor inculpado.

En la práctica el Ministerio Público Federal una vez que acredita la minoría de edad del probable inculpado se declara incompetente a favor del Consejo de Menores señalando en su determinación que la incompetencia de debe a que el inculpado es menor de edad y por lo tanto es inimputable, remitiendo el expediente en el estado en que se encuentre; esto es, si faltan diligencias que practicar o peritajes que realizar no las recaba a pesar de estar ordenadas y que pueden en algún momento servir para desvirtuar la probable responsabilidad del menor inculpado. En entidades federativas como el Distrito Federal, remiten las diligencias y al menor a la unidad administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores a disposición del Comisionado en turno, para que éste, practique las diligencias tendientes a comprobar la participación del menor en la comisión de la infracción, esto con apego en el artículo 46 de la Ley para el tratamiento de

menores infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal.

Lo anterior lo corroboró con la circular número C/005/99, del Procurador General de la República, por lo que se establecen diversos criterios institucionales para el desempeño de las funciones de los servidores públicos que se indican.

JORGE MADRAZO CUELLAR, Procurador General de la República, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 21 y 102, Apartado "A", de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,; 1º, 2º, 3º, 8º, 14, 15, 17, 18 y 42 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y 1, 2, 3, 4, 5, 8, 9 fracciones VIII, VIII, 45 y 46 de su Reglamento y

#### CONSIDERANDO

Que con motivo de las recientes reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como al Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales, es necesaria la determinación de criterios institucionales que normen la actuación de los servidores públicos de la Procuraduría.

Que es necesario definir lineamientos de coordinación y operación entre las diversas unidades administrativas de la Institución, a fin de evitar trámites innecesarios que prolongan injustificadamente la acción ministerial.

Que el personal sustantivo de la Procuraduría General de la República, requiere de la definición de criterios institucionales que despejen dudas y aclaren los lineamientos conforme a los cuales habrán de conducirse en el desempeño de sus funciones, en las materias a que se refiere la presente circular, por lo que he tenido a bien expedir la siguiente:

#### CIRCULAR CAPITULO I

## Disposiciones Generales

**PRIMERO.** La presente Circular tiene por objeto establecer criterios institucionales para el desempeño de las funciones de los agentes del Ministerio Público de la Federación, de la Policía Judicial Federal y Peritos, así como de otros servidores públicos, en las materias siguientes:

II. Tratamiento de menores infractores;

### CAPITULO II

#### Tratamiento de Menores Infractores

**OCTAVO.** En las averiguaciones previas en las que se atribuya a menores de edad la comisión de hechos tipificados como delitos por las leyes penales federales, el Ministerio Público de la Federación deberá practicar inmediatamente las diligencias indispensables para:

- I. Recabar la declaración del menor infractor, y
- II. Acreditar fehacientemente la edad del infractor y el estado de su integridad física.

Para efectos de lo dispuesto en la fracción II de este artículo, la edad se comprobará con el acta respectiva expedida por las oficinas del Registro Civil, y de no ser posible, por medio de la fe ministerial de edad clínica y del dictamen médico.

**NOVENO.** Una vez Practicadas las diligencias a que se refiere el artículo anterior, el Ministerio público de la Federación pondrá inmediatamente al menor infractor a disposición de la autoridad competente.

El Ministerio Público de la Federación dará por concluida la averiguación previa por incompetencia, únicamente por cuanto hace al menor infractor.

DÉCIMO. Además de lo dispuesto en el artículo anterior, cuando se trate de conductas culposas, o bien dolosos, que no merezcan pena privativa de libertad o permitan sanción alternativa, el Ministerio Público de la Federación entregará de inmediato al menor infractor a quienes ejerzan la patria potestad o tengan su custodia, fijando en el mismo acto, en su caso, la caución correspondiente para garantizar la reparación del daño.

Así mismo, hará del conocimiento a los representantes legales o encargados de la custodia, que quedarán obligados a presentar al menor ante la autoridad competente cuando sean requeridos para ello.

Esto nos obliga a recordar que la figura del Comisionado no se encuentra presente en todas las disposiciones aplicables a menores en los Estados del interior de la República, ni en todos los caso en que se encuentra, cuentan con las atribuciones que se le otorgan en la ley de la materia para el Distrito Federal; como por ejemplo, en la Ley de Prevención Social y Tratamiento de Menores vigente en el Estado de México se crea la figura del Comisionado como representante de quien resultare afectado por las conductas de los menores; sin embargo, en sus funciones previstas en el artículo 38 no se encuentran las de procuración o investigación de los delitos, función que es propia y exclusiva del Ministerio Público de conformidad con el artículo 21 Constitucional, y que a diferencia de las funciones del Comisionado previstas en la ley aplicable para el Distrito Federal se enlistan en el artículo 35 fracción II incisos del a) al e) y m) de la que se desprende desempeñaran las funciones:

II.- La de procuración, que se ejercerá por medio de los comisionados y que tiene por objeto proteger los derechos y los intereses legítimos de las personas afectadas por las infracciones que se atribuyan a los menores, así como los intereses de la sociedad en general, conforme a lo siguiente:

- a) Investigar las infracciones cometidas por los menores, que le sean turnadas por el Ministerio Público, conforme a lo previsto en las reglas de integración de la investigación de infracciones de ésta ley;
- b) Requerir al Ministerio Público y a sus auxiliares, a fin de que los menores sujetos a investigación le sean remitidos de inmediato;
- c) Practicar las diligencias de carácter complementario que sean conducentes a la comprobación de los elementos constitutivos de las infracciones, así como las tendientes a comprobar la participación del menor en los hechos;
- d) Tomar la declaración del menor, ante la presencia de su defensor;
- e) Recibir testimonios, dar fe de los hechos y de las circunstancias del caso, así como de los instrumentos objetos y productos de la infracción, pudiendo allegarse cualquier medio de convicción que permita el conocimiento de la verdad histórica.
- m) Poner a los menores a disposición de los consejeros, cuando de las investigaciones realizadas se desprenda su participación en la comisión de una infracción tipificada como delito en las leyes penales...”

La figura del comisionado como ya se mencionó con anterioridad no se contempla en la mayoría de las legislaciones para menores de los Estados de la República, por lo que en dichos casos no se podrá integrar las Averiguaciones previas no concluidas por el Ministerio Público Federal, y en las que existe ésta figura se contrapone con una garantía de seguridad jurídica prevista en el artículo 21 constitucional, por lo que sería violatorio de garantías o inconstitucional toda actuación realizada por el Comisionado adscrito al Consejo de Menores, en este caso es necesario modificar la ley a efecto de que desaparezca la figura del Comisionado y sea el Ministerio Público Federal quien integre debidamente la Averiguación previa y se declare incompetente una vez que se haya acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del menor de edad.

### **3.4 La situación jurídica del menor infractor ante el Poder Judicial.**

El artículo 94 de la Constitución, deposita el ejercicio del Poder Judicial Federal en la Corte Suprema de Justicia, en los Tribunales de Circuito Colegiados en materia de amparo y unitarios en materia de apelación y en los Juzgados de Distrito.

En el Estado de México según el artículo 88 de la Constitución General del Estado libre y soberano del Estado de México:

" El poder judicial, se deposita en un órgano colegiado denominado Tribunal Superior de Justicia, Juzgados de primera instancia y Juzgados de cuantía menor, quienes conocerán y resolverán las controversias que se susciten en el territorio de la entidad, aplicando las leyes federales que establezcan jurisdicción concurrente y de las locales en materia penal, civil, familiar, así como de los tratados internacionales previstos en la constitución federal, las leyes determinarán los procedimientos que habrán de seguirse para substanciar los juicios y todos los actos en que intervenga el poder judicial.

El poder judicial a través de los jueces de primera instancia o cuantía menor, son los encargados de llevar a cabo la siguiente fase del procedimiento penal, este se compone según la doctrina en seis fases, siendo estas:

- 1.- Averiguación previa,
- 2.- Preinstrucción,
- 3.- Instrucción,
- 4.- Conclusiones,
- 5.- Sentencia,
- 6.- Ejecución de sentencia.

La Preinstrucción es la primera etapa procesal penal, se desarrolla ante el órgano jurisdiccional, y su contenido será:

1) Inicia con el auto de radicación, primera determinación judicial una vez que el Ministerio Público ha ejercitado la acción penal.

La radicación o auto inicial, también llamado comúnmente cabeza de proceso, es la primera resolución que dicta el órgano de la jurisdicción, con ésta se manifiesta en forma efectiva la relación procesal, pues es indudable que tanto el Ministerio Público como el procesado, quedan sujetos a partir de ese momento, a la jurisdicción de un tribunal determinado, esta resolución debe contener la fecha y hora en que se recibió la consignación; la orden para que se registre en el libro de gobierno y se den los avisos correspondientes, tanto al Superior como al Ministerio Público adscrito, para que éste último intervenga de acuerdo a sus atribuciones, y la orden de practicar las diligencias señaladas en la Constitución y en el Código de procedimientos penales, si hay detenido;

Lo efectos de la radicación, dependerán de la forma en que se consigne, bien puede ser con o sin detenido.

En la consignación sin detenido, el juez, deberá ordenar se haga constar los datos citados para que, previo estudio de las diligencias esté en aptitud de dictar o negar la orden de aprehensión, reaprehensión o comparecencia, de conformidad con el artículo 16 constitucional; es decir, analizará la existencia de los elementos de procedibilidad, que el hecho éste determinado por la ley como delito, que merezca pena corporal y que se acrediten los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

De presentarse con detenido la consignación, procederá a dictar un auto de ratificación de la detención, o de libertad con las reservas de ley, tomando en consideración si existió flagrancia o caso urgente y si los hechos ameritan una sanción corporal, se ordenará la práctica de un conjunto de diligencias señaladas en el artículo 20 constitucional.

- 2) Se tomará la declaración preparatoria, (20 fracción III)
- 3) Emitirá la correspondiente resolución de la situación jurídica del consignado, misma que puede dictarse en los siguientes sentidos:
  - a) Auto de formal prisión, cuando el delito prevea pena privativa de la libertad.

- b) Auto de sujeción a proceso sin restricción de la libertad. (artículo 19 constitucional), cuando el delito establezca pena alternativa.
- c) Auto de Libertad por falta de elementos para procesar se dicta cuando no se reúnan los requisitos para emitir el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, sea porque no se comprobó la existencia de los elementos que acrediten su probable responsabilidad o porque no se encuentre acreditado el cuerpo del delito, este acto procesal deberá emitirse dentro de las 72 horas siguientes, a partir de que el inculcado sea puesto a su disposición. (Art. 177 Código Penal vigente en el Estado de México).

La instrucción es la etapa procedimental en donde se llevarán a cabo actos procesales, encaminados a la comprobación de los elementos del delito y al conocimiento de la responsabilidad o inocencia del supuesto sujeto activo.

La instrucción desde el punto de vista gramatical, "significa impartir conocimientos"<sup>3</sup>

"Entre los efectos del auto de formal prisión figura el inicio de la instrucción, período cuya substanciación se concreta en el fenómeno de la prueba"<sup>4</sup>

La instrucción en el procedimiento federal abarca dos períodos, el primero, el que va del auto de formal prisión o sujeción a proceso, al que declara agotada la averiguación y el segundo, que principia con este último autor y termina con el que declara cerrada la instrucción. (artículo 150 Código Procesal Federal).

En el caso del procedimiento ordinario, en el auto de formal prisión se ordena poner el proceso a la vista de las partes para proposición de pruebas, sobrevienen dos plazos; el primero para proposición de probanzas, y otro más, para el desahogo de las probanzas y para la práctica de las demás que el juez estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad. La instrucción se remata en el auto que la declare

---

<sup>3</sup> Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Guillermo Colin Sánchez, Porrúa México 1998, P. 242

cerrada la instrucción y ordena poner la causa a la vista para conclusiones. (artículos 314 y 315 del Código de Procedimientos Penales para el D.F)

Bajo el procedimiento sumario en el propio auto de formal prisión se ordena poner el proceso a la vista de las partes para proposición de pruebas; la recepción de las pruebas en el régimen sumario tiene lugar durante la audiencia de juicio; la segunda parte de la instrucción concluye con el auto que resuelve sobre la admisión de pruebas y fija fecha para la audiencia, en las que una vez desahogadas las partes deberán formular verbalmente conclusiones. (artículos 306, 307 y 308 del código procesal penal para el Distrito Federal)

En éste período se ofrecerán las pruebas por el Ministerio Público y el procesado o su defensor, y se procederá al desahogo de las ofrecidas y admitidas.

Podrán ofrecerse como medio de pruebas las siguientes:

- ❖ Confesional ante el Ministerio Público o ante el Juez;
- ❖ Testimonial;
- ❖ Careos: Constitucionales o procesales;
- ❖ Ampliación de declaración;
- ❖ Pericial;
- ❖ Documental privada;
- ❖ Documental pública;
- ❖ Inspección ministerial y judicial (puede ser con carácter de reconstrucción);
- ❖ Cateos y visitas domiciliarias;
- ❖ Presuncional;

---

<sup>4</sup> Curso Procesal Penal, García Ramírez Sergio, Porrúa 1990. P.578

La etapa de conclusiones: en esta fase el ministerio público al formular conclusiones precisa los conceptos de acusación y la defensa fija sus puntos de vista para desestimar la acusación, con lo que se determinan las diversas cuestiones que van a ser objeto de debate y la valoración de las pruebas por parte del juez con el fin de que pueda decidir en la sentencia si el hecho incriminado es o no delito, quienes son las personas que intervinieron en su comisión, estableciendo su responsabilidad e imponiendo las sanciones correspondientes.

La etapa de la sentencia, es la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión principal controvertida. “Sentencia viene del latín *sententia*, significa dictamen o parecer, por eso generalmente se dice: La sentencia es una decisión judicial sobre alguna controversia o disputa.”<sup>5</sup>

La sentencia dictada en materia penal, es el acto jurídico procesal, que sustentado en los fines específicos del proceso penal, mediante el cual declara en la forma y término que la leyes establecen, si el hecho atribuido a determinada persona, reviste el carácter de delito y en su caso decreta la imposición de sanciones o de las medidas de seguridad que procedan.

El artículo 21 constitucional otorga de manera exclusiva la facultad de imponer penas a la autoridad judicial, éste órgano del Estado también denominado jurisdiccional, aplicará el derecho penal al caso concreto previa substanciación del procedimiento que sirva de sustento para determinar la infracción a la ley penal y la responsabilidad de su autor; en el desarrollo de ésta relación procesal entre los sujetos se generan derechos y obligaciones para ambas partes, con objeto de que el Estado no limite los derechos subjetivos públicos de los individuos, mismos que se encuentran establecidos tanto en la Constitución como en los Códigos Penales y Procésales; es decir, la ley determinará la aplicación del derecho penal.

---

<sup>5</sup> El procedimiento Penal en el Fuero Común, Hernández López Aarón. Porrúa 2000. P. 96

En este sentido la ley penal determina sus ámbitos de validez, en razón de la materia, espacio, temporalidad y persona, lo que limita las atribuciones jurisdiccionales de las autoridades judiciales

La competencia es el límite de la jurisdicción, porque todo juez posee jurisdicción, más no todo juez es competente para ejercerla, en forma indiscriminada en la solución de cualquier controversia. Es la competencia la que deslinda los campos jurisdiccionales y define y delimita la potestad de conocimientos de cada juzgador particularmente. También se define como límite de la jurisdicción.

Son diversos los criterios que existen para atribuir competencia a los órganos jurisdiccionales. Nos ocuparemos de los que lo hacen en orden a la materia, el espacio, territorio y persona

#### a) Materia

Al hablar de competencia en razón de la materia, se trae a cuenta, en lo penal, así, la entidad delictiva como la cuantía o naturaleza de la pena aplicable, hay dos maneras de situarse frente a esta competencia material, la cualitativa que toma en cuenta el delito y la cuantitativa que repara en la pena.

Desde el punto de vista material cualitativo, existe un deslinde de competencias entre la ordinaria o común, la excepcional o federal, la militar y la propia del jurado, sea éste el jurado común, sea el parlamentario.

- En cuanto a la pena, los Jueces de Distrito pueden conocer de cualquier delito, independientemente de la penalidad que les sea aplicable, no hay aquí pues discriminación alguna. No ocurre lo propio en el fuero común donde a los jueces penales, órganos ordinarios de la jurisdicción se contraponen a los jueces de paz del partido judicial del Distrito Federal. Estos últimos pueden conocer en orden a la pena, sólo de los delitos a los que corresponda una o más sanciones no privativas de la libertad, que sean las únicas aplicables o bien privativas de la libertad hasta

dos años, en caso de concurso se está a la penalidad máxima del delito que apareje la mayor.

#### b) Territorio

La norma en materia de territorio es atribuir competencia al juez del forum delicti, es decir, del lugar en que se cometió el delito, cuando son varios o hay duda sobre donde se cometió el delito, es competente quien previno, o sea, quien primeramente conoció del asunto.

#### c) Personas

En orden de la persona, únicamente cabe hablar de los menores, porque sólo aquí es la calidad misma de la persona lo que se toma en consideración para fijar la competencia, efectivamente, en el caso de los militares se atiende tanto a la profesión, la de las armas, como al delito, que debe ser contra la disciplina militar, en el supuesto de los funcionarios, se considera el cargo. En ninguno de estos dos casos pues, se trae a colación la exclusiva calidad de la persona, sino ciertos datos extrínsecos a ésta.

En consecuencia las disposiciones contenidas en el código penal no se aplicarán a los menores de dieciocho años cuando infrinjan las leyes penales, de ahí que las autoridades judiciales no cuenten con atribuciones o facultades para imponer las penas marcadas en la ley, ni tampoco podrá realizar actos jurídicos que afecten los derechos subjetivos públicos de los menores infractores, siendo la autoridad competente las Instituciones de tratamiento previstas en artículo 18 constitucional párrafo quinto, quienes se encarguen de administrar justicia, aplicar las medidas de prevención y rehabilitación.

### **3.4 El Menor infractor en el procedimiento penal especial ante la preceptoría juvenil o el consejo de menores.**

La ley de prevención social y tratamiento de menores vigente en el Estado de México es la aplicable a los menores infractores; y tiene como finalidad establecer las bases para la prevención de conductas antisociales de los menores de edad, regular las acciones encaminadas a resolver su situación técnico jurídica y rehabilitar a quienes incurran en la comisión de infracciones o faltas, garantizando el respeto a los derechos humanos y a los tratados internacionales.

Establece que son consideradas como infracciones las conductas antisociales tipificadas como delitos graves y faltas, las conductas antisociales calificadas como delitos no graves, por el código penal del Estado de México.

Corresponde la aplicación de la ley a la Dirección General de Prevención y Readaptación social, quien tendrá a su cargo la prevención social, el procedimiento para menores y el tratamiento rehabilitatorio integral.

El procedimiento para menores estará a cargo del Colegio Dictaminador, los Consejos de Menores y las Preceptorías juveniles.

El tratamiento rehabilitatorio estará a cargo de las Escuelas de Rehabilitación para menores.

Los Consejos de Menores y las Preceptorías Juveniles son las autoridades que con autonomía plena conocerán y resolverán la situación jurídica de los menores que cometan infracciones o faltas, respectivamente, y tendrán las atribuciones siguientes:

1.- Instaurar el procedimiento y dictar las resoluciones técnicas jurídicas y definitivas, que resuelvan la situación de los menores.

II.- Supervisar el cumplimiento de la legalidad del procedimiento;

III.- Conciliar al menor con la víctima, y las partes sobre el pago de la reparación del daño...”

En cuanto al procedimiento aplicable este consta de tres fases:

La previa al período de instrucción, que inicia con la radicación de la averiguación previa o causa penal.

Prevé, el supuesto de la recepción de los actos procesales con detenido; incorpora términos jurídicos utilizados en el procedimiento penal, tales como la flagrancia y caso urgente que determinarán la libertad bajo responsabilidad familiar o la detención del menor para el caso que se acrediten; sin embargo, no establece expresamente que sucedería cuando la conducta fuera de las consideradas como infracción, es decir, constituya un delito grave, y no exista flagrancia ni caso urgente, en virtud de la omisión podríamos interpretar que gozarán de su libertad; sin embargo en la práctica esto no es así, el Consejo de Menores aplicando las disposiciones contenidas en el código procesal penal establece que por tratarse de una conducta denominada infracción (delito grave) no puede gozar de su libertad bajo responsabilidad familiar y determina su permanencia en la Escuela de Rehabilitación hasta en tanto se acredite o desvirtúe la imputación que obre en su contra.

Este artículo 32 fracción I de la ley de la materia, se redactó según analizó, de tal forma que pretende aparentar el estricto respeto de las garantías procesales de todo proceso penal; omitió señalar expresamente qué sucedería si existiera flagrancia o caso urgente en las conductas denominadas faltas (delitos no graves), interpretamos a contrario sensu del contenido del artículo, que si se acredita la flagrancia o el caso urgente, el menor quedará detenido, ello me lleva a afirmar que se sigue ocultando el carácter penal que reviste el procedimiento administrativo que

tantas bondades había prometido y que trataban a toda cosa de no asemejarse al procedimiento penal que fue severamente criticado por su aplicación a los menores.

Con modificar los nombres de las figuras jurídicas aplicables en el proceso penal, se pretende disfrazar la naturaleza penal del régimen de menores, ejemplo de ello, lo encontramos en los términos que utiliza la ley para definir a los delitos, que lo equiparan a faltas e infracciones; detención que equivale a internamiento y que en la mayoría de los casos ni se menciona; resolución inicial es el auto constitucional que puede dictarse de sujeción a proceso o de aprehensión, según el tipo de conductas; como estos casos existe un gran glosario de palabras que no se quieren señalar textualmente pero que describen situaciones semejantes.

En la fracción II del artículo 32 enmarca otra garantía procesal penal prevista en los artículos 19 y 20 de la constitución; la declaración inicial del menor que deberá tomarse dentro de las 24 horas siguientes a que haya sido puesto a disposición de la autoridad, debiendo encontrarse presente un defensor que asista al menor, y un psicólogo. En la práctica ésta disposición es ineficaz, el término que señala para las diligencias como: la de radicar, declarar, realizar los estudios biopsicosociales y la resolución que determine la situación del menor.

Se realizarán los estudios biopsicosociales al menor dentro de las veinticuatro horas siguientes a que haya sido radicado o puesto a disposición de la autoridad, estos estudios los realizarán los vocales de Trabajo Social, Psicología, Medicina y Pedagogía.

La resolución técnico jurídico tiene las funciones del auto constitucional , mismo que se deberá emitir dentro de las 24 horas siguientes a la radicación salvo que el menor o su defensor soliciten la ampliación de este término que no podrá exceder de cuarenta y ocho horas más, y en el cual se analizaran la existencia de los elementos que integran la falta o la infracción y la probable responsabilidad, disposición que en el caso de los adultos se encuentra prevista en el artículo 19 constitucional.

La resolución técnico jurídica puede dictarse en tres sentidos: la de sujeción a procedimiento, no ha lugar a la sujeción a procedimiento con las reservar de ley o el externamiento definitivo. Cabe hacer mención que la ley no establece algún tipo de diferencia respecto de los menores a quienes se les atribuya la comisión de una infracción, de los que se les imputa la comisión de una falta, es decir, la resolución que se emite acreditando los elementos del tipo y la probable responsabilidad se denomina de sujeción a proceso, y no como en el de los adultos que es el auto de sujeción a proceso cuando se trata de delitos que alcancen su libertad provisional o de auto de formal prisión cuando sean delitos que considerados como graves y no alcancen el beneficio de la libertad. Sin embargo, en la práctica es diferente porque tratándose de infracciones o delitos graves, el Consejo de menores dicta resoluciones de sujeción a procedimiento con internamiento, aún cuando no esté así establecido en la ley, pero como así está establecido en el proceso penal, y hay que asemejarlo se deberá tomar en consideración la gravedad de la conducta para determinar el externamiento o el internamiento del menor.

La segunda etapa procesal es la de la instrucción que deberá tener una duración no mayor de diez días hábiles, término en que se ofrecerán y desahogarán las pruebas que aporten las partes y se recabarán de oficio pruebas y acordarán la práctica de diligencias que se consideren pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, se recabará el dictamen terapéutico biopsicosocial del menor. En el procedimiento serán admisibles todos los medios de prueba establecidos en la legislación penal, por lo que para conocer la verdad de los hechos podrán allegarse cualquier elemento de prueba que tenga relación con éstos.

Como podemos observar es igual al procedimiento penal aplicable a los adultos salvo por el término de desahogo de pruebas.

La siguiente etapa procesal será la de conclusiones en la que se oirá al comisionado y a la defensa sobre los puntos que debe versar la acusación y la

valoración de las pruebas. Dicha diligencia se desahogara tres días después del cierre de la instrucción.

La cuarta etapa es la de resolución, denominada definitiva, en donde se individualizarán las medidas de intervención con base en las características personales del menor y las circunstancias de la conducta antisocial.

Por último la etapa de ejecución en que se aplicará el tratamiento rehabilitatorio, o de medidas de orientación, protección o asistencia.

Como puede deducirse no establece la ley que sucede con los menores a quienes se les acredita la comisión de la conducta antisocial denominada infracción, o delito grave, cuando se dicta la resolución definitiva en la práctica se les aplica el tratamiento rehabilitatorio, mismo que consiste en el internamiento en la Escuela de Rehabilitación y en base al estudio de la individualización de las medidas de intervención se establecerá el tiempo que dure la aplicación de la medida, la cual no podrá exceder de tres años.

En la ley se cuenta con un medio de impugnación en contra de las resoluciones que emitan ya sea el Consejo de Menores o las Preceptorías Juveniles, siendo los recursos de Apelación y de Revisión respectivamente, los que se podrán interponer en contra de las resoluciones técnico jurídico y definitiva.

Es arbitraria la manera en que se pretende substanciar este medio de impugnación en contra de las resolución que emitan las Preceptorías Juveniles, ya que será el Consejo de Menores quienes se encarguen de revisar las inconformidades, situación que no garantiza la imparcialidad de sus determinaciones, aunado a que ni siquiera es el superior jerárquico de las Preceptorías ya que ambas son autónomas.

Existe un artículo en la ley de la materia que contraviene la facultad de los Consejos de Menores o de las Preceptoría Juveniles para efecto de resolver la situación jurídica de los menores infractores, estamos hablando del artículo 69 que habla sobre las ordenes de presentación, la autoridad "Competente" tiene que recurrir la Ministerio Público y al juzgador ordinario, cuando la misma ley instituye al consejo de menores y a las Preceptoría juveniles como autoridades juzgadoras específicas de los menores infractores.

Este artículo nos hace reflexionar sobre los alcances de las facultades otorgadas a las autoridades administrativas para resolver la situación jurídica de los menores, es decir, si estas autoridades específicas no pueden por sí solas disponer de actos que impliquen menoscabo de los derechos del menor inculcado, nos preguntamos ¿cómo es que se les faculta para declarar, desahogar pruebas, liberar al inculcado, disponer su internamiento preventivo cuando exista flagrancia o caso urgente, dictar resolución inicial, emitir resolución definitiva, ejecutar las medidas de rehabilitación, orientación, protección y asistencia. ¿PORQUÉ NO PUEDEN DISPONER DE LA DETENCIÓN O CAPTURA DEL MENOR? Esta disposición crea un conflicto de competencias, a tal grado que pone en tela de juicio la calidad de autoridad, por el solo hecho de no contar con el poder coercitivo para hacer cumplir sus determinaciones.

## **CAPITULO IV LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ORDEN DE PRESENTACION.**

### **4.1 Estudio del artículo 69 de la Ley de Prevención Social y Tratamiento de Menores vigente en el Estado de México.**

El artículo 69 de la ley en estudio establece los requisitos para solicitar la orden de presentación como a continuación se señala.

“ Para la presentación del menor que haya cometido alguna infracción o falta, se le haya revocado el externamiento o se sustraiga a la acción de los consejos de menores o de las preceptorías juveniles, se le citará por conducto de sus padres o tutores, o de su defensor, a efecto de que se presente.

Si el menor no acude, se librará orden de presentación la que deberá solicitarse al Ministerio Público, para que éste a su vez, formule la petición correspondiente a la autoridad judicial, en los términos previstos por el artículo 16 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.”

El artículo establece en su primer párrafo, tres supuestos en los que se deberá encontrar el menor para que se pueda solicitar su presentación y que son:

- 1) Que el menor haya cometido alguna infracción o falta,
- 2) Que se le haya revocado el externamiento;
- 3) Que se sustraiga a la acción de los Consejos de menores o de las Preceptorías Juveniles.

Se puede interpretar de la siguiente manera:

- 1) Que el menor haya cometido alguna infracción o falta;

Primeramente, nos ubicaremos en el supuesto, de que el ministerio público o la autoridad judicial hayan remitido una averiguación previa o un causa penal sin

menor y se solicite su presentación a efecto de dar inicio al procedimiento ante las autoridades competentes según la gravedad de la conducta.

2) Que se le haya revocado el externamiento.

Externamiento es el término que se utiliza, cuando se permite gozar de la libertad al menor bajo la responsabilidad familiar, se presenta esta posibilidad cuando el delito no es grave; es decir, tratándose de conductas denominadas faltas y una vez que se haya dictado la medida de intervención. De la redacción de éste supuesto, se cree existe un procedimiento en el que la autoridad competente puede revocar el externamiento, estableciendo las condiciones para hacerlo; sin embargo, no existe dentro de la ley ninguna disposición complementaria que indique los casos y condiciones en que se revoque el externamiento de un menor. Podríamos suponer que el revocar un externamiento se asimila al caso de los adultos cuando están en el goce de la libertad bajo caución y sin el debido permiso del juez se ausentan del lugar del proceso.

3) Que se sustraiga a la acción de los consejos de menores o de las preceptorías juveniles.

El término sustraer en el diccionario jurídico significa "evadir, eludir, evitar una obligación". Por acción se entiende, "el ejercicio de las atribuciones legales que le confiere el Estado a una Institución". En este caso el menor puede encontrarse en cualquier etapa procesal, es decir, el menor puede eludir presentarse en la etapa de conclusiones, en la resolución definitiva, o cuando esté recibiendo su tratamiento correspondiente, por lo que se deberá suspender el procedimiento de conformidad con el artículo 67 fracción I de la ley de la materia.

También encontramos un requisito indispensable que se debe agotar antes de pedir la orden de presentación y que consiste en la citación del menor por conducto de sus padres o tutores; o de su defensor, a efecto de que se presente.

En la ley de Prevención social y Tratamiento de menores no se cuenta con ningún capítulo relativo a las citaciones, y se concluye que únicamente se deberá agotar un citatorio, ya que no hace referencia a que se le cite en más de una ocasión.

#### **4.1.1 Procedimiento para solicitar la orden de presentación**

En el caso de que el menor no acuda ante la autoridad una vez agotada la citación por conducto de sus padres, tutores, o defensor.

Se librará orden de presentación la que deberá solicitarse al Ministerio Público, para que éste a su vez, formule la petición correspondiente a la autoridad judicial, en los términos previsto por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Primeramente debemos definir que es una orden de presentación, para ello, es necesario buscar si la constitución contempla ésta figura jurídica.

El artículo 16 constitucional reglamenta la figura de la orden de aprehensión para aquellos casos en que exista una denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionada cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

La constitución prevé como media cautelar a la orden de aprehensión cuando el delito merezca pena corporal y la Corte ha señalado que cuando el delito sea sancionado con pena alternativa o que no sea privativa de la libertad se emitirá una orden de comparecencia.<sup>1</sup> Situación que se encuentra debidamente regulada en el código de procedimientos penales de la entidad correspondientes.

---

<sup>1</sup> véase Orden de Comparecencia. Capítulo I

Los doctrinarios señalan que los medios de coerción personal cambian de denominación de un país a otro y de una legislación a otra, de manera que en unos se habla de órdenes de comparecencia, o de presentación.

Debemos definir la orden de presentación, para ello, acudiremos al diccionario jurídico a efecto de conseguir el significado de la palabra presentación y comparecencia.

Orden es, " el mandato del superior, intimidando al inferior para que ejecute la comisión."<sup>2</sup>

Presentación se define como: " el mostrar, enseñar, llevar ante la autoridad al inculpado o a terceros".<sup>3</sup>

El concepto de comparecencia es, " presentarse al proceso para la práctica de una diligencia, notificarse de alguna resolución o pedir algo al juez".<sup>4</sup>

Otro concepto de comparecencia se refiere "a la presentación de una persona ante la autoridad judicial o administrativa previo llamamiento legítimo o por iniciativa propia."<sup>5</sup>

La jurisprudencia define a la orden de presentación y dice que se distingue de una orden de aprehensión o detención, porque en la persona obligada a comparecer ante la autoridad que lo requiere, existe una restricción a su libertad limitada, pues desahogada la cita que le resulta en la averiguación, adquiere su libertad; la restricción sólo tiene un límite precario: es indispensable para el desahogo de la diligencia. En cambio la orden de aprehensión o detención implica el apoderamiento de una persona para someterla a un estado de privación de la

---

<sup>2</sup> Diccionario de Derecho. Pina de Vara Rafael. Porrúa 1998. P.372

<sup>3</sup> Idem. P. 397

<sup>4</sup> Idem. P. 164

<sup>5</sup> Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Sánchez Colin Guillermo. Porrúa 1997. P. 248

libertad depositándola en una cárcel, prisión pública, etcétera. que preste la seguridad necesaria para que no se evada.

La orden de presentación, si bien es cierto, limita momentáneamente la libertad, supone, por una parte, el rechazo del citatorio previo de la autoridad para que comparezca la persona voluntariamente y, por la otra el cumplimiento de la obligación constitucional del Ministerio Público en la investigación de los delitos

En mi opinión la orden de presentación es el medio de coerción que utiliza el Ministerio Público investigador para lograr la presentación ya sea de testigos o de inculpados y así cumplir con su función investigadora.

•Comprendo entonces que la autoridad judicial podrá utilizar la orden de aprehensión y de comparecencia como medios de coerción personal, como ya se estableció en el capítulo primero de este trabajo; y que la orden de presentación es término acuñado en el sistema de justicia de menores, quienes con el fin de garantizar en favor de los menores el respeto de los derechos subjetivos del individuo frente al poder del Estado, reconocen que en los procedimientos especiales de carácter administrativo se respetan las garantías individuales correspondientes a todo juicio penal; no obstante sus buenas intenciones, los resultados no producen eficacia jurídica para el ejercicio de sus funciones primordiales, porque estas disposiciones lo único que consiguen es violentar las garantías individuales de los menores como se analizará posteriormente.

• Continuando con el procedimiento para solicitar la orden de presentación; dice la misma, que ésta deberá solicitarse al Ministerio Público; por lo que podríamos interpretar esto como la obligación impuesta a la autoridad administrativa de pedir al ministerio público (sin que se especifique si será al Ministerio Público Federal o local o si se basará de acuerdo a quien haya realizado la incompetencia) que éste a su vez, en ejercicio de su facultad del ejercicio de la acción penal formule la petición correspondiente a la autoridad judicial.

Este párrafo contiene tres obligaciones; la de la autoridad administrativa facultada para resolver la situación jurídica de los menores infractores; la del ministerio público titular del ejercicio de la acción penal; la de la autoridad judicial quien es la única facultada para restringir la libertad de los gobernados en determinadas circunstancias, de acuerdo con el artículo 16 constitucional.

Sin estudiar a fondo el contexto del artículo podría pensarse que con esta disposición se logra el estricto respeto a las garantías individuales del menor, ya que la autoridad judicial es la única facultada para restringir la libertad de las personas sujetas a un proceso penal, y el único facultado para pedir la restricción de la libertad de un inculpado es el ministerio Público; sin embargo, estudiando en estricto las funciones de la autoridad judicial y del ministerio público, en materia de menores infractores, como ya se realizó en el capítulo tercero de este trabajo, éstas autoridades carecen de atribuciones para realizar este acto jurídico en función del artículo 18 constitucional que excluye a los menores de la aplicación de toda disposición de carácter penal, ya sea del orden procesal o sustantiva penal.

En la práctica la autoridad judicial, sea juez de primera instancia, juzgado de cuantía menor o en su caso en el ámbito federal juez de distrito en materia de procesos considera a los menores inimputables, por lo que al declararse incompetentes refieren no estar facultados para ejercer ningún acto procesal que lesione las garantías del menor, lo mismo sucede con el Ministerio Público.

#### **4 2 Diferencias entre la orden de presentación y la orden de aprehensión**

La orden de aprehensión "es un mandamiento judicial por medio del cual se dispone la privación procesal de la libertad de una persona, con el propósito

de que ésta quede sujeta, cautelarmente a un proceso determinado como presunto responsable de la comisión de un delito.”<sup>6</sup>

En el procedimiento penal común se habla de orden de aprehensión u orden de comparecencia, según el tipo de delito que se le impute al indiciado, es decir, orden de aprehensión tratándose de delitos que tengan pena corporal y comparecencias cuando la pena aplicable al delito sea alternativa.

En el procedimiento penal especial, las órdenes de presentación no cuentan con otra denominación para diferenciar cuando se trate de conductas antisociales de las denominadas faltas o infracciones, es decir, se denominará orden de presentación indistintamente se trate de delitos graves, o de los delitos no graves.

En el procedimiento penal la orden de aprehensión es considerada como medio cautelar personal, que consiste en la captura del acusado penalmente y tiene por objeto el desarrollo del proceso así como hacer factible la imposición de la pena privativa de la libertad de los delitos que la prevea para el caso que se dictara sentencia condenatoria. Por lo mismo la aprehensión sólo se da en los procesos en donde se autoriza la prisión preventiva; es decir, en aquella instancia que trata de delitos que contemplen una sanción privativa de la libertad.

En el procedimiento penal especial la orden de presentación, en estricto no debería implicar la privación de la libertad del menor, ya que por presentación debemos entender, el llevar ante la autoridad al inculcado para el desahogo de una diligencia, sin que implique la restricción de la libertad del menor una vez realizada la misma. Sin embargo, en la práctica ante el Consejo de Menores una vez lograda y tratándose de delitos graves esta se verá limitada, por lo que hace al caso de las preceptorías Juveniles las mismas también restringen la libertad del menor, aduciendo que los mismos no cuentan con un núcleo adecuado de reinserción social o bien que han quebrantado las medidas impuestas por la preceptoría remitiéndolos al albergue temporal juvenil.

---

<sup>6</sup> Curso de Derecho Penal. García Ramírez Sergio, Porrúa 1999. P. 366

En mi opinión debe modificarse el nombre de la figura jurídica denominada orden de presentación, porque atendiendo al criterio de la corte sobre los efectos jurídicos de la orden de presentación, ella no implica la restricción de la libertad del menor siendo inicuo el agotar el largo procedimiento que violenta las garantías individuales de los menores

En cambio la orden de aprehensión o detención si implica el apoderamiento de una persona para someterla a un estado de privación de libertad depositándola en una cárcel, o prisión pública que presente la seguridad necesaria para que no se evada.

A diferencia del efecto jurídico de la orden de presentación que aún limitando momentáneamente la libertad, supone, por una parte, el rechazo del citatorio previo de la autoridad para que comparezca la persona voluntariamente y, por otra, el cumplimiento de la obligación constitucional del Ministerio Público en la investigación de los delitos.<sup>7</sup>

En el caso de las ordenes de aprehensión, el ministerio público solicitará en la consignación de la averiguación previa sin detenido, que el juez emita la orden de aprehensión o comparecencia y éste a su vez estudiará su procedencia o negativa al momento de radicar la averiguación; tratándose de menores, el ministerio público no solicitara la presentación del menor, aún cuando remita la averiguación previa sin detenido; y el Consejo o Preceptorías no la solicitarán al momento de radicar, sino una vez agotada la citación del menor por conducto de sus padres o tutores o defensor y ante la inasistencia del mismo o hasta que se sustraiga a la acción de las autoridades administrativas y una vez agotada la citación.

La orden de aprehensión se considera una medida cautelar a efecto de asegurar la iniciación del procedimiento.

La orden de presentación no necesariamente se emitirá para iniciar el procedimiento, igual se solicitará en los casos en que se le haya revocado el

externamiento al menor una vez dictada la resolución definitiva, o cuando se sustraiga a la acción de los consejos de menores o de las preceptorías juveniles durante el procedimiento.

En cuanto a la orden de aprehensión, no existe condición alguna anterior a la emisión de la orden sino únicamente que se acrediten los requisitos exigidos en el artículo 16 constitucional, es decir, no es necesaria la citación por conducto de la policía municipal antes de dictar la orden de aprehensión.

En el caso de la presentación es necesario el rechazo a la citación.

Así mismo encontramos que existe la orden de reaprehensión, para los supuestos de revocación de la libertad provisional, "se funda en que una persona que está en libertad bajo protesta se ausente de la población sin el debido permiso del juez, éste puede decretar orden de aprehensión en contra de esa persona sin necesidad de fundarla en los requisitos del artículo 16 constitucional, porque que la persona ya está sujeta a un auto de formal prisión, por los mismos hechos".<sup>8</sup>

"En el caso de que un reo se ha evadido de la cárcel en que se encuentra detenido, el juez debe mandarlo aprehender de nuevo, y en ese caso esa orden de aprehensión no significa el ejercicio de la acción penal, por la cual puede hacerlo sin la petición del Ministerio Público, ya que solamente se trata de procurar que el reo continúe en la situación jurídica ya existente antes de la evasión".<sup>9</sup>

"La orden de reaprehensión sí afecta los intereses jurídicos del reo evadido, en cuanto a que, con total independencia de su carácter de prófugo, por su condición de ser humano goza del derecho a la libertad, otorgada constitucionalmente, y tan es así, que el Estado puede restringir, limitar o suprimir

---

<sup>7</sup> Imprudente el Juicio de Amparo. Amparo en revisión 140/71. José Rojo Coronado. 28 de enero de 1972.

Unanimidad de votos. Ponente. Víctor Manuel Franco Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Penal

<sup>8</sup> Quinta época. Tomo XXIX, P. 81. Ruiz, Julia

<sup>9</sup> Quinta Época. Tomo XXVIII. P. 230. Ruiz Prisciliano.

este derecho, pero el hombre recluido en prisión en todo momento, puede intentar recobrar su libertad perdida que forma parte de su ser, y si se evade del reclusorio, sin ejercicio de violencia física o moral, su conducta no es constitutiva de delito. Lo anterior no revela que el gobernado, aun en la condición de prófugo no abdica de su condición de hombre, ni renuncia a su potestad libertaria y por ello, todo acto autoritario, cuyo fin sea ponerlo de nueva cuenta en la condición de reo, para la compurgación de su sanción, sí afecta los intereses jurídicos del reo prófugo”.<sup>10</sup>

La orden de reaprehensión “es un mandato judicial que ordena la privación de la libertad de una persona cuando se evade de la cárcel; gozando de la libertad bajo protesta se ausenta de la población sin el permiso del juzgador; deja de cumplir con las obligaciones inherentes al disfrute de la libertad bajo fianza; gozando de las garantías mencionadas no se presenta a cumplir la sanción”.<sup>11</sup>

#### **4.3 La función de la orden de presentación**

La tendencia a incorporar en el procedimiento para menores infractores, la forma del juicio penal; parte del estudio de los conceptos fundadores, de que el procedimiento especial aplicable a los menores, es en esencia, un proceso penal, en virtud de la materia que implica su estudio, y por lo tanto se debería estar sujeto a las reglas de éste.

De igual forma los críticos del sistema tutelar o correccional aducían que este régimen se hallaba exento de garantías, o que las garantías que contenían no eran suficientes, y que resultaba preciso volver de nuevo a la mirada de los derechos públicos subjetivos que estatuye el artículo 20 constitucional y también los artículos 14, 16, 19, entre otros, para equiparar la situación de los menores sujetos a procedimiento correccional con la de los adultos procesados.

---

<sup>10</sup> Amparo en revisión 55-975 Carlos Cal Castillo. 31 de marzo de 1975. unanimidad de votos. Tribunal Colegiado de Circuito

<sup>11</sup> Derecho Procesal Penal, Colin Sánchez Guillermo. Editorial Porrúa P. 268

Otro de los fundamentos que se esgrimieron establecía que el sistema tutelar no podía ocultar el hecho de que los menores eran delincuentes con el título de infractores de la ley penal, el procedimiento es un juicio punitivo en virtud que las medidas aplicables en el fondo, son auténticas penas.

La orden de presentación, se vislumbra como una garantía de seguridad pública prevista en la constitución para los casos del orden criminal.

Se pretende que dicha orden de presentación cumpla con los requisitos previstos en el artículo 16 constitucional, es decir que solo se restrinja la libertad del menor en los casos y condiciones que la ley lo permita..

• Se prevé como consecuencia, la aplicación de los derechos subjetivos públicos para todo proceso del orden criminal, y por ende la aplicación de las normas de derecho penal y procesal penal a los menores infractores.

#### **4.4 Estudio de la inconstitucionalidad de la orden de presentación**

El tema de estudio del presente trabajo es precisamente el de la inconstitucionalidad de la orden de presentación; me sirven para llegar a la mencionada conclusión las siguientes consideraciones:

- El artículo 18 fracción quinta de la constitución es el fundamento legal para excluir a los menores de la aplicación del derecho penal, y es la piedra angular sobre la que descansa el sistema de justicia de menores, es decir, las autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales como los Consejos de Menores y las Preceptorías Juveniles a quienes se le encomienda la facultad de resolver la situación jurídica de los menores que comenten violaciones a las leyes penales mediante un procedimiento especial de carácter penal.

Durante casi todo el siglo pasado, no se les reconocía a los Consejo Tutelares o Tribunales de menores la calidad de autoridad, a pesar de que entre sus funciones se encontraba la de restringir la libertad de los menores; argumentando que no eran autoridades por carecer sus actos de coercitividad y que su función era auxiliar en el derecho de tutela que ejercen los padres en relación a sus menores hijos; sin embargo, con el devenir del tiempo se reconoció que los Consejos Tutelares o Consejos de menores, eran autoridades administrativas con función jurisdiccional ya que se encargaban de dirimir una controversia, por lo que deberían de respetar las garantías de todo proceso legal; es decir, deberían ajustar sus actos a las garantías previstas en los artículo 14 y 16 constitucional.

Esto constituyó un avance, sin erradicar las violaciones a los derechos humanos por parte de las autoridades administrativas; se buscó entonces, que en los procedimientos administrativos especiales, se incorporaran las garantías de todo proceso penal para adultos imputables, en atención a que éstas autoridades pueden restringir la libertad de los menores como medida de tratamiento aunado a que aplican de una manera u otra las disposiciones penales aplicables a los adultos por no existir un código especial para menores.

Entre las garantías del proceso penal para adultos, encontramos la facultad exclusiva del ministerio público como órgano investigador y la facultad de la autoridad judicial para imponer penas.

Analizamos en el tercer capítulo del presente trabajo, las atribuciones específicas del Ministerio Público y de la autoridad judicial tratándose de menores a quienes se les impute la comisión de una conducta antisocial, las cuales se encuentran debidamente especificadas en los códigos de procedimientos penales correspondientes.

De igual forma estudiamos la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 constitucional en su primer párrafo que establece que nadie puede ser molestado

en su persona . . . sino en virtud de mandato escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento; esto es, la constitución otorga facultades específicas a las autoridades en cuanto a su relación jurídica con los gobernados, y esas facultades estarán establecidas expresamente en una ley, por lo que sólo tendrán las atribuciones que la ley les marque.

En específico el procedimiento a seguir para solicitar la orden de presentación establecida en el artículo 69 de la Ley de prevención social y tratamiento de menores vigente en el Estado de México, se contravienen disposiciones de carácter constitucional, penal y procesal penal, al imponerle la obligación tanto al Ministerio Público como a la autoridad judicial para realizar actos jurídicos en contra de menores de edad a quienes se les impute la comisión de una conducta antisocial, autoridades que carecen de competencia para solicitar y para emitir la orden de presentación; por que de acuerdo a la garantía de legalidad éstas autoridades no son las competentes para determinar actos en contra de los menores infractores de acuerdo a lo previsto en el artículo 16 y 18 párrafo V constitucional.

Es importante señalar que los procedimientos administrativos especiales, se encuentran estrechamente vinculados con el proceso penal en razón del tema o materia de la controversia y que la corte ha resuelto que en los procedimientos especiales de carácter administrativo que se instruyen a fin de resolver sobre la situación jurídica de los menores, deben equipararse al proceso penal que se sigue para adultos imputables y en ambos se debe respetar las garantías individuales correspondientes a todo juicio penal; sin embargo, al no hacer una transformación profunda del sistema de justicia de menores que implique el absoluto respeto a los derechos de los menores, en donde se legislen leyes congruentes y no disfraces en la denominación de las figuras jurídicas no se estará respetando los derechos de los menores.

Me refiero a que si bien es cierto, todos los instrumentos jurídicos tendientes a proteger los derechos de los menores infractores establecen que el procedimiento aplicable a determinar la situación jurídica de los menores no debe asimilarse al procedimiento penal, pero debe garantizar el respeto de los derechos del menor, constituye una confusión para los legisladores a tal grado que únicamente atinan a modificar los nombres de las figuras o instrumentos jurídicos; por ejemplo, denominan faltas a los delitos no graves; infracciones a los delitos graves; orden de presentación a las ordenes de comparecencia o de aprehensión según sea el caso; resolución inicial al auto constitucional o de término; internamiento a la restricción de la libertad; externamiento bajo la responsabilidad familiar a la libertad bajo protesta; como podemos comprender lo que se buscó fue disfrazar el procedimiento penal designando nombres diferentes.

Así también éste artículo me lleva a estudiar las facultades de las autoridades administrativas pertenecientes al sistema de justicia de menores; quienes de conformidad con el artículo 18 constitucional párrafo quinto, tienen facultades para resolver la situación jurídica de los menores a quienes se les imputa la comisión de alguna conducta antisocial así como la aplicación del tratamiento respectivo, el cual puede ser inclusive el del internamiento que implica la restricción de la libertad del menor; sin embargo, no tiene la facultad para emitir una orden de presentación que también redunde en el menoscabo de los derechos del menor en cuanto a su libertad personal.

De igual forma considero que este artículo es inconstitucional porque contraviene la supremacía de la ley prevista en el artículo 133 constitucional, al no cumplir con lo establecido en la Convención sobre Derechos del niño, tratado internacional reconocido por el senado, de observancia general, que establece "la decisión y toda medida impuesta por la infracción a las leyes penales serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley", (artículo 40, 2, b,) aspectos que en el caso de la Ley de Prevención social y Tratamiento de Menores vigente en el Estado de México, no

se cumplen, siendo la autoridad encargada de resolver la situación de los menores dependiente del poder ejecutivo como ya se esquematizó en el segundo capítulo de éste trabajo de investigación

La actual ley aclara que los menores son sujetos activos del derecho penal tanto del fuero común como del fuero federal, y que por lo tanto si cometen delitos, nada más que por política criminal no se les aplica el derecho penal, por lo que considero debe corresponder al Ministerio Público la investigación de los delitos cometidos por menores, y a la autoridad judicial la tramitación del proceso penal a efecto de lograr la equidad procesal.

En la actualidad, con las disposiciones vigentes no existe equidad procesal en el procedimiento penal especial, porque el poder ejecutivo a través del Ministerio Público persigue y detiene al menor; se allega la prueba para atribuirle responsabilidad; el Consejo o las Preceptorías Juveniles se encargan de juzgarlo y determinar el tratamiento que debe cumplir de acuerdo a la ley de menores al igual que ejecutar la medida de intervención; El Consejo de Menores o Colegio dictaminador, órganos administrativos de segunda instancia, por lo que no es imparcial el procedimiento penal especial; y sin embargo, no pueden ordenar y ejecutar la presentación del menor por si solos. Este hecho constituye una violación a los derechos del niño del artículo 37, d) que además exige celeridad en la decisión.

Es inconstitucional la orden de presentación porque el artículo 69 de la ley en estudio es una "norma secundaria, cuyo contenido esta en contradicción con varios artículos de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos".<sup>12</sup>

Por su parte Ignacio Burgoa define como inconstitucional desde el punto de vista gramatical " palabra compuesta del prefijo negativo o privativo in, y del

---

<sup>12</sup> Diccianano juridico. Pina de Vara. Porrúa 1997. P. 301

sustantivo constitucionalidad. Denota por ende, lo que no es conforme a la constitución".<sup>13</sup>

Marco Antonio Díaz de León define el término Inconstitucionalidad como el acto de autoridad que es contrario o que vioja la constitución.<sup>14</sup>

Es importante señalar que en el texto del artículo 69 de la ley de prevención social y tratamiento de menores no se especifica las consecuencias de la ejecución de la orden de presentación, que pudiesen implicar para el caso de las conductas denominadas infracciones equiparables en el caso de los adultos a los delitos graves, la privación de la libertad ya no ordenada por la autoridad judicial sino a través de la resolución inicial emitida por la autoridad administrativa, lo que resultaría absurdo debido a la falta de coercitividad que tendría la autoridad para presentar al menor y el ejercicio de la función punitiva después de la presentación del menor en sus instalaciones.

En el Distrito Federal, las ordenes de presentación en la práctica no pueden ser cumplida, coercitivamente por los elementos de la policía ministerial, ya que como está reglamentada actualmente, resulta contraria a las normas constitucionales y en el caso concreto que refiere que dichas órdenes deben solicitarse al Ministerio Público, para que éste a su vez lo solicite a la autoridad judicial, resulta improcedente al no encontrarse la autoridad judicial facultada para conocer de asuntos de menores, resultando incompetente en tales casos; por lo que ante tales circunstancias lo que se hace en la práctica y que resulta una violación a la constitución, es que se solicita al Ministerio Público y concretamente a la fiscalía de menores e incapaces, de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, independientemente que se trate de un asunto del fuero común o Federal, y la Dirección los turna directamente a la Policía judicial, quienes con conocimiento de que tal mandato no constituye un mandato judicial, no llevan a cabo la ejecución de la orden de presentación y únicamente su función se limita a exhortar a los

---

<sup>13</sup> Garantía y amparo. Ignacio Burgoa. Porrúa 1998. P 190

menores probables infractores de que se presenten ante la autoridad requirente, sin llevarlo a cabo por los medios coercitivos; es decir aprehendiendo al sujeto (que se sustrajo a la acción de la autoridad administrativa) y ser presentado ante la autoridad requirente.

En el Estado de México se solicitan directamente al Subprocurador, quien ordena a los elementos de la policía ministerial la presentación, situación que la cumple vía exhortación a los padres del menor, sin poder aplicar la coacción para el caso de la negativa, porque no se les puede privar de su libertad, de igual forma éste procedimiento no cumple con el principio de legalidad.

#### **4.5 Motivos prácticos para modificar la Ley de Prevención Social y Tratamiento de Menores vigente en el Estado de México**

Ley de prevención social y tratamiento de menores vigente en la entidad, pretende salvaguardar las garantías constitucionales y los derechos previstos en los tratados internacionales; la incorporación de las mismas al sistema de justicia de menores no ha sido integral y por ello, sólo ha ocasionado el incumplimiento de diversas normas vigentes, dejando en estado de indefensión a la víctima quien en muchos casos no puede resarcir su daño, dejando impunes algunos delitos debido a la falta de coercitividad por parte de la autoridad encargada para resolver la situación jurídica de los menores, incumpliendo con las funciones para la cual fue creada.

- Es necesario que se revise a conciencia la Ley de prevención social y tratamiento de menores infractores, a efecto de que se les otorgue las garantías que les concede la constitución y se creen eficientes ordenamientos tendientes a prevenir la delincuencia juvenil en el Estado de México y en todo el país.

---

<sup>14</sup> Diccionario de Derecho Procesal Penal. Marco Antonio Díaz de León Porrúa. 1990 P. 412

En la práctica la figura de la orden de presentación no se puede cumplimentar conforme al procedimiento establecido en la ley, porque como ya se explicó, el ministerio público una vez que recibe la solicitud, en su determinación que contestan la petición realizada manifiesta no contar con las atribuciones en su ley orgánica para cumplimentarla, además de que el contenido del artículo 69 de la ley en estudio, contraviene lo establecido en el artículo 3º. Del código penal, y los artículos 416, 417, 418 y 419 del código procesal penal, ambos vigentes en el Estado de México, que determinan la creación del procedimiento especial, de igual manera definen sus atribuciones en los casos de los menores de edad.

Lo mismo ocurre con la autoridad judicial quienes establecen en sus autos que por tratarse de menores de edad mismos que son inimputables no se les puede aplicar por parte de la autoridad judicial ningún artículo penal, ni procesal penal.

En este orden de ideas, las deficiencias de la ley traen como consecuencias que las autoridades encargadas de impartir justicia, no cumplan con sus funciones encomendadas, esto nos permite cuestionar la eficacia de autoridad y de sus leyes que no cuenta con facultades legales para proceder a la aprehensión de los menores sujetos a su procedimiento, con todas las consecuencias sociales que esto implica; que se encuentren en libertad menores infractores que impliquen peligro social al figurar como probables infractores de conductas graves como lo pueden ser homicidios, violaciones, etcétera.

#### **4.6 Reformas al Sistema de Justicia Infanto Juvenil.**

Es importante tomar en consideración que las autoridades administrativas como el Consejo de Menores o Preceptorías Juveniles no forman parte del poder judicial, porque el artículo 94 de la constitución, deposita el ejercicio del poder judicial en la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales de Circuito, Colegiados en materia de amparo y unitarios en materia de apelación y en los Juzgados de Distrito.

Por su parte el artículo 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos confirma que:

sólo los jueces deben conocer de asuntos criminales y sólo a los jueces compete conocer de apelación, y en su caso de amparo, y de ninguna manera a las autoridades administrativas.

Es de advertirse en consecuencia que se están violando las garantías individuales con la ley de prevención social y tratamiento de menores vigente en el Estado de México, al atribuirle indebidamente a funcionarios administrativos, la facultad de privar de la libertad a los menores, siendo que el artículo 19 constitucional establece que "ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas ..."lo que se colige con lo señalado en el artículo 21 constitucional que establece que "la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial", estipula que "compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, y en el problema de los menores infractores, la ley le otorga a una autoridad administrativa parte de la jurisdicción penal de los menores en contra de la Constitución Política.

En atención a los instrumentos jurídicos que protegen los derechos de los menores infractores, opinan que toda medida impuesta a menores a consecuencia de infringir las leyes penales será sometida a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial; y nuestro artículo 18 constitucional, en su quinto párrafo ha sido interpretado hasta éste momento como la exclusión de los menores de la aplicación del derecho penal sustantivo y procesal; justificando así a las instituciones administrativas que persiguen, procesan, juzgan y deciden sobre la libertad de los menores infractores. Por lo que es necesario en primer lugar modificar el contenido del párrafo quinto del artículo 18 constitucional a fin de que no de lugar a más ambigüedades y quede coherente con

la realidad constitucional que sea una autoridad judicial quien juzgue y decida la situación jurídica de los menores.

Por lo que mi propuesta es que el sistema de justicia juvenil se reorganice en la estructura jurídica del poder judicial; de tal suerte que se apliquen las disposiciones procesales para los adultos, aun que no se apliquen los términos de las penas establecidos en el código penal. Toda vez que han sido muchos los intentos por crear disposiciones especiales tanto procesales como sustantivas, sin que se logre consolidar ningún proyecto viable, que garantice el respeto irrestricto de las garantías constitucionales a favor de los menores infractores, en atención a que se quiera o no el destino de los menores infractores dada la naturaleza de la materia que se estudia, como es la prevención de la delincuencia, no puede desligarse del derecho penal, es absurdo crear instituciones paralelas a las de los adultos, creyendo que cambiándole de nombre a las mismas figuras jurídicas existentes se está creando un derecho nuevo y que por el hecho de que a los menores de edad no se les aplica las sanciones penales que señala el código penal no se les esta aplicando el código penal, o que, con la protección del Estado que a medias ha venido brindando se acabará con el problema de la delincuencia juvenil, es necesario, concienciar a la población del grado de participación que tienen en el camino delictuoso de un adolescente infractor y que es la misma sociedad quien tiene que ayudarlos a evitar la problemática, por otra parte, es menester crear leyes congruentes que ayuden a las autoridades a cumplir sus fines.

## CONCLUSIONES

- 1.- El artículo 18 párrafo quinto de la constitución no establece que los menores sean inimputables, tampoco nos dice quienes son los menores infractores; otorgando la facultad al gobierno de los Estados de crear su sistema normativa que regule las instituciones de tratamiento para los menores infractores de acuerdo a su situación particular.
- 2.- De la interpretación realizada al párrafo quinto del artículo 18 constitucional se percibe que los legisladores buscaban el excluir a los menores de la aplicación del derecho penal sustantivo y procesal, siendo éste el fundamento para la creación de autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales.
- 3.- En la actualidad existe incongruencia entre la garantía constitucional prevista en el artículo 18, párrafo quinto y los criterios de la suprema corte de justicia , respecto de la exclusión de los menores de la aplicación del derecho penal, ya que el segundo opinan que al procedimiento administrativo especial penal se deberán incorporar las garantías inherentes a todo proceso penal para adultos, de tal suerte que se tiene que asimilar el procedimiento administrativo al proceso penal..
- 4.- De acuerdo con la garantía de seguridad jurídica prevista en el artículo 16 constitucional, la única autoridad facultada para emitir ordenes de aprehensión o comparecencia en contra de los sujetos a un proceso penal, será la autoridad judicial por tener la exclusividad para la imposición de penas, constituyendo éste un derecho público subjetivo
- 5.- Del contenido de los artículos 3 del código penal, 415 a 419 del código procesal penal vigente ambos del Estado de México, el Ministerio Público y la autoridad judicial carecen de facultades para ordenar la presentación de un menor de edad, por lo que el artículo 69 de la ley de prevención social y tratamiento de menores

vigente en el Estado de México vulnera la garantía de la legalidad prevista en el artículo 16 constitucional, ya que sólo la autoridad competente puede causar un acto de molestia.

6.- La autoridad judicial deberá ser quien resuelva la situación jurídica de los menores infractores y no la autoridad administrativa, para no vulnerar el principio de la supremacía constitucional, previsto en el artículo 133 constitucional; al incumplir con lo establecido en el Tratado Internacional de la Convención de los derechos del niño, en el que como regla general, se pacta que las causas contra los menores, serán dirimidas por la autoridad judicial, debiéndose modificar el artículo 18 y 21 constitucional, quedando de la siguiente forma:

Artículo 18 párrafo cuarto " . . . La Federación y los gobiernos de los estados, tendrán la facultad de crear establecimientos especializados para la aplicación de medidas de seguridad a menores de edad que infrinjan las leyes penales, conforme a las resoluciones de la autoridad judicial competente.

Artículo 21 constitucional " . . .La autoridad judicial tendrá facultad exclusiva de la imposición de penas y medidas de seguridad..."

Se reformará también en cuanto al contenido el artículo 3° del código penal vigente en el Estado de México de la siguiente manera:

"Esta ley penal se aplicará a nacionales y extranjeros mayores de once años...tratándose de menores de dieciocho años y mayores de dieciséis años, siempre que se trate de delitos considerados como graves, o en caso de reincidentes, se sancionarán los delitos hasta con la mitad de las penas corporales señaladas al tipo penal correspondiente, tratándose de mayores de once años y menores de dieciocho años que no incurran en delitos graves, se aplicarán las medidas de seguridad previstas en la presente ley.

7.- Con disposiciones incongruentes como la prevista en el artículo 69 de la ley de prevención social y tratamiento de menores, se fomenta la impunidad y se deja indefensa a la víctima, además de que revela la ineficacia de un sistema preventivo, que vulnera las garantías constitucionales.

8.- El Procedimiento para librar una orden de presentación es inconstitucional porque rompe con el principio de celeridad jurídica para un procedimiento, al establecer trámites burocráticos innecesarios, dada la propia naturaleza del acto que no traería como consecuencia la privación de la libertad del menor.

9.- La orden de presentación permite cuestionar el carácter de autoridad del Consejo de menores o de las Preceptorías Juveniles quienes tienen la facultad para resolver la situación jurídica de un menor; esto es, pueden determinar su internamiento para los casos en que exista flagrancia o caso urgente, o se trate de una conducta denominada infracción o delito grave, pero carece de la facultad para ordenar la presentación de un menor que se evada de su acción, argumentando esta situación bajo el criterio de que sólo la autoridad judicial puede imponer penas privativas de la libertad.

10.- El tratamiento aplicable a los menores infractores, como el del internamiento ha sido considerado por la corte no como una pena de prisión, pero reconoce que se restringe la libertad del menor, aunque no por el tiempo que marca la ley para el caso de los adultos, por lo que se podría considerar que las autoridades administrativas violentan el artículo 21 constitucional que faculta a la autoridad judicial exclusivamente para la imposición de penas que restrinjan la libertad de los individuos.

## BIBLOGRAFIA.

- 1.- Zamora Pirce, Jesús, *Garantías y proceso penal*, Ed. Porrúa, México, 1997.
- 2.- Lara Espinosa, Saúl, *Las garantías constitucionales en materia penal*, Ed. Porrúa, México, 1998.
- 3.- *Las garantías del acusado sobre el decreto constitucional de Apatzingán*, UNAM, México, 1964.
- 4.- *Derechos del pueblo mexicano*, Tomo II Articulado, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, México, 1985.
- 5.- De la Cueva, Mario, *La constitución del 5 de febrero de 1857*, UNAM, 1971.
- 6.- *Crónica del Congreso Extraordinario Constituyente, 1856,1857*, Colegio de México, México, 1957.
- 7.- *Enciclopedia Salvat, Diccionario*, Tomo 4,6, Salvat ediciones, México 1984.
- 8.- Burgoa Orihuela, Ignacio, *Diccionario de Derecho Constitucional*, Ed. Porrúa, México 1989.
- 9.- Burgoa Orihuela, Ignacio, *Garantías Individuales*, Ed. Porrúa, México 1989.
- 10.- Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho Constitucional*, Ed. Porrúa, México, 1990.
- 12.- García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Ed. Porrúa, México, 1990.
- 13.- Lara Ponte, Rodolfo, *El Artículo 16 Constitucional*, Ed. Porrúa, México 1991.
- 14.- Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, Ed. Porrúa, México, 1987.
- 15.- *La Constitución y su interpretación, por el poder Judicial de la Federación*.
- 16.- Pérez Palma, Rafael, *Fundamentos Constitucionales del proceso penal*, Ed. Cárdenas y distribuidor, México, 1974.
- 17.- De Pina de Vara, Rafael, *Diccionario Jurídico*, Ed. Porrúa, México, 1995.
- 18.- García Ramírez, Sergio, y Victoria, *Prontuario del proceso penal Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1999.
- 19.- Alcalá y Zamora, *derecho Tomo II*, Ed. Porrúa, México, 1990.
- 20.- Acero, Julio, *Procedimiento Penal*, Ed. Puebla, México, 1976.
- 21.- *Primer dictamen de las comisiones*, Diario Oficial.
- 22.- *Segundo Dictamen de las comisiones*, Diario Oficial.
- 23.- *Diario de debates*, Número 32, 1964.

- 24.- Azoala, Elena, *Historia de las correccionales*, Ed. Porrúa, México, 1988.
- 25.- García Ramírez, Sergio, *Proceso Penal y Derechos Humanos*, Ed. Porrúa, México, 1993.
- 26.- De Pina De Vara, Rafael, *Manual de derecho procesal penal*, Ed. Reus, México, 1980.
- 27.- Solís Quiroga, Héctor, *Historia de los tribunales para menores*, Ed. Criminalia año XXVIII, Número 10, México, 1962.
- 28.- Archivo General de la Nación, Tomo XIII , Enero de 1877.
- 29.- Archivo General de la Nación, Tomo XIV, Noviembre de 1880.
- 30.- Cisneros, José Ángel, *El código penal de 1931*, Ed. México 1977.
- 31.- García Ramírez, Sergio, *Manual de prisiones y legislación penitenciaria y correccional*, Ed. Porrúa, México, 1995.
- 32.- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Derechos de la Niñez*, UNAM, México, 1990.
- 33.- Cuello Calón, Eugenia, *La moderna penología*, Ed. Barcelona, 1980.
- 34.- García Ramírez, Sergio, *Consideraciones generales sobre régimen jurídico de los menores*, Ed. UNAM, México, 1990.
- 35.- Castellanos, Fernando, *Lineamientos del derecho penal*, Ed. Porrúa, México, 2000.
- 36.- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal, parte general*, Buenos Aires, 1980. }
- 37.- Garduño Garmendia, Jorge, *El procedimiento penal en materia de justicia de menores*, México, 1999.
- 38.- Osorio y Nieto, Cesar Augusto, *La averiguación Previa*, Ed. Porrúa, México, 2000.
- 39.- Colin Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, Ed. Porrúa, México, 1998.
- 40.- García Ramírez, Sergio, *Curso procesal penal*, Ed. Porrúa, México, 1990.
- 41.- Hernández López, Aarón, *El procedimiento penal en el fuero común*, Ed. Porrúa, México 2000.
- 42.- García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho penal*, Ed. Porrúa, México, 1999.
- 43.- Burgoa Orihuela, Ignacio, *Garantías y amparo*, Ed. Porrúa, México, 1998.
- 44.- Jurisprudencia, 1917-1990, *Apéndice al semanario judicial de la Federación*, Suprema Corte de Justicia.
- 45.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Alco, México, 2001.

- 46.- Constitución Libre y Soberana de México. [www. Infojusjuridicas.unam.mx](http://www.Infojusjuridicas.unam.mx)
- 47.- Reglas mínimas de la naciones unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing).
- 48.- La convención de los derechos del niño.
- 49.- Ley para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.
- 50.- Código Federal de Procedimientos Penales.
- 51.- Código Penal Federal.
- 52.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
- 53.- Código Penal para el Distrito Federal.
- 54.- Código de procedimientos penales para el Estado de México.
- 55.- Código penal para el Estado de México.
- 56.- Ley Orgánica de la administración pública para el Estado de México.
- 57.- Ley de prevención social y tratamiento de menores del el Estado de México.
- 58.- Ley para el tratamiento de menores infractores, para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.
- 59.- Ley orgánica de la procuraduría de justicia del Estado de México.
- 60.- Código de Justicia Militar.
- 61.- Reglamento de la secretaria general de gobierno.
- 62.- Salomón Augusto Sánchez Sandoval, Alicia Gonzáles Vidaurri, “La ley para el tratamiento de menores infractores, para el Distrito Federal en materia común y para toda la República Mexicana en materia federal, viola la Constitución Política y los derechos humanas”, Cuadernos del IEJES. Número 11
- 63.- Pérez Ureña Misael, “Análisis comparativo de la ley con el proceso penal para adultos”, Revista Jurídica locus regis actum, nueva época, Número 12, diciembre de 1977.
- 64.- García Ramírez, Sergio, “Errores y absurdos en el régimen de menores infractores”, Indicador jurídico, vol I Número 2, Febrero 1996, México, D.F.
- 65.- Islas de González Mariscal, Olga, “Algunos aspectos en relación a los menores”, Criminalia, Año LXII, Número 1, enero-abril de 1999.
- 66.- García Ramírez, Sergio, “Algunas cuestiones a propósito de la jurisdicción y el enjuiciamiento de los menores infractores”, Criminalia, Año LXII, número 1, enero-abril de 1996, México, D:F: