

82



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"ACATLAN"

"LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y SEGURIDAD JURIDICA ANTE EL ARTICULO 36 DEL CODIGO ADJETIVO PENAL DISTRITAL".

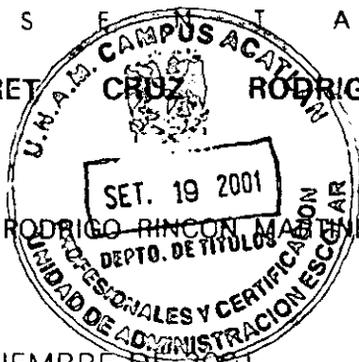
296741

T E S I S

PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ALMA ZAIRET CRUZ RODRIGUEZ



ASESOR: LIC. RODRIGO RINCON MARTINEZ



SEPTIEMBRE 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.

## AGRADECIMIENTOS

En este momento, tan especial en mi vida, pasan por mi mente varios episodios de ella, en donde veo a varias personas que han sido piezas clave para llegar a la realización de esta meta, pero más que eso lo considero un sueño que anhele por mucho tiempo. Es por lo que deseo expresar mi gratitud a Dios por haberme dado fortaleza y perseverancia cuando sentía confusión y desaliento. A mis padres, con esa gran amor que nos profesan y con el ejemplo que nos dan, me han impulsado para seguir adelante, gracias por estar a mi lado en cada momento, son la más clara muestra de superación y entrega incondicional. A mis hermanas Yaz, Cindy, Gaby y Lupita, sin ellas tal vez hubiera truncado o postergado más este sueño, quienes me ayudaron a cuidar otro de mis anhelos, a mi hija. A ti Erandy y a Hugo, a quienes amo profundamente quiero darles un agradecimiento especial, por haberme apoyado incondicionalmente, por comprender mis necesidades, anhelos y preocupaciones, por hacerlas tuyas, ustedes son uno de los pilares en mi vida y la motivación para seguir superándome día a día. De igual manera quiero agradecer la ayuda que me brindó al Licenciado Jorge Ponce Martínez, quien sin conocerme creyó en mí, dedicándole tiempo a este proyecto, tiempo que se era muy valioso para Usted en esos momentos, gracias por brindarme su amistad y transmitirme un poco

de su sabiduría en el trabajo. A mi asesor Licenciado Rodrigo Rincón Martínez, por brindarme ante todo su amistad, por haberme apoyado incondicionalmente en la revisión de este trabajo. Al Licenciado Alfredo D. Rosales Castrillo, con quien he formado una bonita amistad, gracias por sus consejos y palabras de aliento. A todos mis maestros y en especial a mis sínodos dedicándole tiempo a este proyecto. A mi gran amiga Leticia Rocha, quien ha sido una muestra de fortaleza y dedicación, y quien de alguna manera contribuyo para la realización de esta meta. Licenciada Martha Ayala Chávez, gracias por sus consejos y apoyo.

## **INDICE**

### **INTRODUCCIÓN**

#### ***CAPITULO I***

#### **LA INSTITUCION DEL MINISTERIO PUBLICO FRENTE A LOS PRINCIPIOS PROCESALES**

1. Antecedentes de la institución ministerial	1
2. Competencia constitucional base de su carácter de órgano técnico	5
3. Principios procesales y actuación del Ministerio Público	7
a. Principios procesales en general	8
b. Principio de legalidad	10
b1. Implicaciones con el debido proceso y del derecho de defensa	14
c. Principio de igualdad entre las partes	17
d. Principio de seguridad jurídica	18

#### ***CAPITULO II***

#### **VINCULACION DEL IMPUTADO A LA POTESTAD JURISDICCIONAL**

1. Vínculo formal o material del indiciado a la potestad del juez	22
2. Necesidad y fines de la sujeción del indiciado	26
3. Medios vinculatorios	27
a. Orden de aprehensión	27
a1. Requisitos constitucionales y procesales de la orden de captura	29

a2. Orden de comparecencia, exigencias para librarla	43
4. Causas de negativa al libramiento de orden de captura o de comparecencia	46
a. Hipótesis de carencia de requisitos de fondo	46
b. Supuestos de causales extintivas de la acción	51
b1 Muerte del sujeto al que se atribuye el delito	51
b2 Perdón del ofendido	52
b3 El doble juzgamiento de un mismo hecho delictuoso	54
b4 Prescripción	56
C. Causales de deficiencias técnicas o Formales	58

### ***CAPITULO III***

#### **DESVINCULACION AL PROCEDIMIENTO JUDICIAL POR LIBERTAD CON RESERVAS**

1. Resoluciones de libertad con reservas frente a determinaciones judiciales de libertad definitiva	60
2. Determinación de libertad por falta de elementos para procesar	64
a. Requisitos formales y substanciales	65
b. Carencia probatoria respecto de la corporeidad del ilícito	67
c. Prueba insuficiente en cuanto a la culpabilidad probable	68
3. Resolución de libertad con reservas	

por desvanecimiento de datos	71
------------------------------	----

#### ***CAPITULO IV***

### **ANALISIS DEL ARTICULO 36 DEL CODIGO ADJETIVO PENAL DISTRITAL EN FUNCION DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES**

1. Texto del artículo 36 anterior	
a su última reforma	76
2. Razones legislativas de la reforma	76
a. Argumentos a favor	76
b. Argumentos en contra	79
3. Texto actual del artículo 36	82
4. Vulneración del mandato del artículo 21 Constitucional y del principio de igualdad	83
5. Inseguridad jurídica por la carencia de límite temporal a la posibilidad de pretensión ministerial	87
6. Aspectos relevantes de prescripción en el contexto actual del artículo 36	88
7. Propuesta de límites no temporales y de prohibición de asesoría judicial al Ministerio Público	91
CONSLUSIONES	97
BIBLIOGRAFÍA	101

## **INTRODUCCION**

Todo parece indicar que el texto actual del numeral 36 del Código Adjetivo Penal Distrital es contrario al mandato del artículo 21 Constitucional, en tanto que prácticamente da al juzgador el carácter de auxiliar del Ministerio Público, al imponérsele la obligación de indicarle a éste cuales son los requisitos que debe satisfacer para la procedencia de sus solicitudes. En tal disposición de la ley procesal secundaria olvidó el legislador que el Representante Social es un órgano técnico, como titular de la acción penal y único facultado constitucionalmente para la persecución e investigación de los delitos. No pasamos por alto que en razón del principio de legalidad la autoridad jurisdiccional ha de fundar y motivar correctamente sus resoluciones, pero esto no significa que en la argumentación de sus determinaciones deba ilustrar al órgano de acusación al grado de indicarle qué elementos debe reunir para que procedan sus peticiones, pues de admitir esta última situación se conculca en perjuicio del indiciado la garantía del citado precepto 21 de nuestro máximo ordenamiento legal. Cabe entonces la afirmación de que la redacción del artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, a efecto de el juez no aparezca como un mero auxiliar del órgano ministerial y se respete la delimitación competencial fijada constitucionalmente.

El presupuesto que fundamenta el inicio de todo proceso penal es la presunta comisión de un delito. A partir del instante en que se produce la formal apertura de la causa, comienza la realización de diligencias tendientes a confirmar que el hecho que motiva la puesta en funcionamiento del sistema de administración de justicia, efectivamente constituye una conducta delictiva.

Es por ello que en el primer capítulo de nuestro trabajo tratamos primeramente los antecedentes de la institución del Ministerio Público, con el propósito de ilustrar al lector cuales fueron las atribuciones que poco a poco fue adquiriendo el órgano acusador, para después tratar lo referente a su competencia constitucional y los principios procesales vinculados con la actuación de dicha autoridad.

Partiendo de la competencia que le confiere el artículo 16 Constitucional a la autoridad judicial, de que toda orden de aprehensión o de comparecencia solo dicha autoridad puede emitirla, en el capítulo segundo nos avocamos a los medios por los que el inculcado se vincula a la potestad jurisdiccional, los requisitos que presupone el libramiento de las citadas ordenes, las causales de negativa al libramiento, así como los supuestos de causales extintivas de la acción penal.

Ahora bien, en el tercer capítulo del presente trabajo, estudiamos las resoluciones de libertad con reservas frente a determinaciones judiciales de libertad definitiva; la determinación de libertad por falta de elementos para procesar, sus requisitos formales y substanciales; la carencia probatoria respecto del cuerpo del delito y la probable responsabilidad; así como las resoluciones de libertad con reservas por desvanecimiento de datos. Ello en virtud de que al pronunciar el órgano jurisdiccional estas resoluciones producen una desvinculación al procedimiento judicial a los imputados de un posible hecho delictuoso, con la salvedad que en la libertad con reservas se deja abierta la posibilidad de que con nuevos datos de prueba aportados con posterioridad, se abra nuevamente la tramitación de la causa.

En el último capítulo, también consideramos que es necesario fijar un límite al Ministerio Público para plantear sus solicitudes al juzgador, porque actualmente no existe, lo cual ha originado inseguridad jurídica a quienes se ven involucrados como indiciados en las consignaciones turnadas a los tribunales. En el texto anterior a la última reforma del cuestionado artículo 36, se fijaba un plazo de 60 días al Ministerio Público, para la reunión de los requisitos que hicieran precedente su petición, de manera que transcurrido ese tiempo se sobreesía la causa ante la insatisfacción de lo requerido, circunstancia que aun

cuando daba seguridad a los gobernados fue criticada por estimar que era muy breve el citado lapso para perfeccionar la averiguación previa deficiente, afirmándose que a fin de cuentas originaba impunidad. Por nuestra parte, nosotros sostenemos que quizá pueda establecerse otro sistema que evite la inseguridad de los gobernados envueltos como imputados en una averiguación previa, sustentado en un límite tal vez no de naturaleza temporal, pero sí que restrinja a un número determinado las solicitudes que haga el Ministerio Público respecto de un mismo caso concreto; por ejemplo, proponemos que después de la segunda solicitud de orden de aprehensión o de comparecencia negadas, se sobresea la causa y archive definitivamente el expediente.

Consideramos que la disposición contenida en el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito federal, es deficiente, en primer lugar porque no es correcto que el juzgador esté obligado a señalar cuáles sean los requisitos que el Ministerio Público debe reunir, para que sea procedente su pretensión, pues con ello se invadiría la esfera competencial del órgano investigador; y en segundo término, si la norma no contiene ningún límite temporal para el planteamiento de la pretensión del titular de la acción penal, su solicitud puede hacerla indefinidamente al juez y, por lo mismo, se da lugar a una situación de incertidumbre e inseguridad jurídica. De ahí

que nuestro objetivo sea proponer la modificación del artículo 36 del Código Adjetivo Penal Distrital, para enmendar las deficiencias anotadas.

**“LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y  
SEGURIDAD JURÍDICA ANTE EL  
ARTICULO 36 DEL CODIGO ADJETIVO  
PENAL DISTRITAL”**

## CAPITULO I

### *LA INSTITUCION DEL MINISTERIO PUBLICO FRENTE A LOS PRINCIPIOS PROCESALES*

#### 1. Antecedentes de la institución ministerial

La concepción actual del Ministerio Público es consecuencia de un largo proceso de evolución, cuyos antecedentes más remotos parecen encontrarse en la figura del Arconte griego, magistrado que en representación del ofendido intervenía en los juicios<sup>1</sup>. Referida al derecho romano hay quien encuentra como antecedente de la fiscalía, la costumbre de guardar el dinero en cestas de mimbre llamadas *fiscus*, donde se recolectaba el tesoro del príncipe distinto al tesoro del Estado, al que se designaba como *erario*; ambas expresiones (*fiscus* y *erario*) habrían de usarse posteriormente como sinónimos<sup>2</sup>.

Sin embargo, es hasta el siglo XII en que aparece delineada la figura propiamente dicha del procurador, como representante de los intereses del monarca en los países europeos, de donde se proyectó a todo el mundo. Foucault

---

<sup>1</sup> COLIN, Sanchez Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 9a. edición, editorial Porrúa, México, 1985, Pág. 88.

<sup>2</sup> GONZALEZ, Bustamante Juan José, *Principios de derecho procesal penal mexicano*, 3a. edición, editorial Porrúa, México, 1959, Pág. 65.

advierte que el origen de la figura del procurador ocurre cuando los litigios entre particulares resueltos por medio de venganza privada, comienzan a solucionarse a través de una transacción económica entre los contendientes; aquí, el Estado reemplazó a la víctima en su papel de ofendido y exigió al ofensor un pago o multa como pena adicional por la falta cometida, surgiendo así las penas económicas y confiscatorias; pero como el monarca no podía atender o intervenir directamente en todos los litigios, instituyó la figura de un representante llamado procurador.<sup>3</sup> Al margen del punto de vista de dicho autor, conforme al cual parece ser discutible que el origen del fiscal haya sido verdaderamente la tutela de los intereses de la víctima y no la obtención de bienes patrimoniales por parte del Estado a través de sanciones pecuniarias y confiscatorias, históricamente las legislaciones de los diferentes países fueron estableciendo como único titular de la actividad persecutora de delitos al procurador o fiscal.

A mediados en el siglo XIV, en Francia el Ministerio Público intervenía ya en forma abierta en los juicios penales, dependía del poder ejecutivo y tenía precisadas sus funciones, considerándosele representante directo del interés social en la persecución de delitos.<sup>4</sup> Estos

---

<sup>3</sup> FOU CAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Traducción de Enrique Lynch Gedisa, Barcelona, 1980, pág. 45.

<sup>4</sup> Confr. COLIN, Sánchez Guillermo, *op. cit.*, pág. 89.

lineamientos fueron adoptados también por España desde la Epoca del Fuero Juzgo. Había en esta otra legislación una magistratura especial que era un funcionario representante del rey, con facultades para actuar ante tribunales cuando no hubiera un interesado acusador del delincuente. Concretamente en el reinado de Felipe II, se estableció una dualidad de fiscales, uno que actuaba en juicios civiles y otro en los de carácter criminal.<sup>5</sup>

El primer antecedente del Ministerio Público en México quizá se remonte al pueblo azteca, pues el tlatoani representaba la divinidad y podía libremente disponer de la vida humana, entre sus funciones estaba la de acusar y perseguir a los delincuentes, pero tal atribución la delegaba a los jueces y alguaciles, quienes se encargaban de aprehender a aquéllos.<sup>6</sup> Vemos aquí nuevamente que en el soberano se depositaba el poder de persecución penal, pero éste a su vez encomendaba esa facultad en un representante que la ejerciera directamente sobre los delincuentes. Aunque debemos indicar que durante la Epoca Colonial la persecución del delito no se encomendó a una institución o funcionario en particular, porque las autoridades tenían una competencia múltiple.

---

<sup>5</sup> Confr. COLIN, Sánchez Guillermo, *op. cit.*, pág. 89.

<sup>6</sup> Confr. COLIN, Sánchez Guillermo, *op. cit.*, pág. 95.

Antes de la proclamación de la independencia existía ya la figura del fiscal propiamente dicha, como una figura importada del derecho español. Se encargaba de promover la justicia y perseguir a los delincuentes, en representación de la sociedad ofendida por los delitos, aun cuando no existía como institución con los fines y caracteres conocidos actualmente. Solo hasta la Constitución de Apatzingán, en 1814, se reconoció a los fiscales auxiliares de la administración, uno para el ramo civil y otro para lo criminal, cuya designación por un período de cuatro años corría a cargo del Legislativo a proposición del Ejecutivo.

En 1880 y 1894 surgieron los Códigos de Procedimientos Penales, donde se concibe al Ministerio Público como una magistratura instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de justicia en nombre y defensa de los intereses de la sociedad. También se menciona al poder judicial para la investigación del delito y la reunión de pruebas. Para 1900 sobrevendría una reforma importante, pues el Congreso de la Unión emitió el decreto de modificación a los artículos 91 y 96 de la Constitución Política de la República de 1857, suprimiendo los fiscales de los Tribunales Federales, que después funcionarían solo hasta después de la Constitución de 1917.

Realmente fue en la Constitución de 1917 donde se instituye la figura del Ministerio Público en la forma que hoy en día conocemos. Se trató de una reforma de indudable trascendencia para el procedimiento penal, al atribuirse al Estado a través del Ministerio Público el monopolio de la acción penal, privando a los jueces de esa facultad que hasta entonces habían tenido, erigiéndolo como organismo de control y vigilancia en las funciones investigatorias de la policía judicial, que hasta entonces habían sido desempeñadas por los jefes políticos, los presidentes municipales, los comandantes de la policía y hasta por los militares.

## 2. Competencia constitucional base de su carácter de órgano técnico

Al referirnos a la competencia del Ministerio Público derivada del ordenamiento constitucional, es necesario analizar el contenido de los artículos 21 párrafo primero segunda parte y 102 apartado A, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disposiciones que establecen el marco jurídico fundamental del órgano de acusación en el proceso penal mexicano. Así, vemos que el primero de tales preceptos a la letra dice: *"...La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una*

*policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato"; en tanto que el segundo de los numerales citados indica: "...Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución ante los Tribunales, de todos los delitos del orden Federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpadados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine".*

A partir del contenido del artículo 21, al ser facultad exclusiva del Ministerio Público la investigación de los delitos, se presupone en éste la existencia de un conocimiento técnico adecuado acerca de cómo debe realizar esa actividad jurídicamente; dicho en otras palabras, el órgano ministerial debe saber el derecho y aplicarlo en sus actos investigatorios, pues de otra manera el legislador no habría dejado sus manos la titularidad de la acción penal.

Otra consecuencia derivada de la exclusividad del Ministerio Público en la investigación de los delitos, consiste en la delimitación de su esfera competencial frente a la del órgano jurisdiccional, sin que ninguno de ellos pueda válidamente invadir la del otro. De ahí que los actos

del titular de la acción penal son siempre de estricto derecho, sin que el juzgador pueda subsanar o pasar por alto sus deficiencias.

Luego entonces, si constitucionalmente el Ministerio Público debe ser un órgano técnico, en las leyes secundarias también debe partirse de esa premisa y regular las actividades de los órganos de acusación y decisorio, porque esto constituye una verdadera garantía de seguridad jurídica de los ciudadanos. La más mínima ingerencia del Ministerio Público en la esfera de competencia del Juzgador o viceversa, implica la conculcación de esa garantía constitucional. Por esto se comprende, por ejemplo, que los tribunales federales reiteradamente han establecido como regla general el criterio de que la autoridad judicial no debe ir más allá de lo planteado en la pretensión punitiva, como apunta la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: *"ACUSACION. EL JUEZ NO DEBE REBASARLA.- El órgano jurisdiccional no puede sancionar atendiendo a situaciones más graves que las consideradas por el Ministerio Público"*.<sup>7</sup>

### 3. Principios procesales y actuación del Ministerio Público

#### a. Principios procesales en general

A partir del análisis del ordenamiento procesal positivo podemos derivar determinados principios, bajo los cuales se rigen los actos de quienes intervienen en el proceso. Se trata entonces de máximas o cuestiones de fundamental importancia, al grado de que su inobservancia puede acarrear incluso la nulidad o invalidez de los actos que se aparten de esos principios.

Es obvio que, por su importancia, tales principios pueden estar plasmados expresamente en el texto de la propia Constitución, pero no siempre ocurre así, porque existen algunos, como por ejemplo, el principio de presunción de inocencia, que no está señalado específicamente en nuestro máximo ordenamiento legal, a pesar de lo cual se infiere de las disposiciones de leyes sustantivas y adjetivas secundarias.

Bajo una concepción garantista los principios procesales pueden considerarse como límites a las facultades de los órganos del Estado encargados de la tramitación de la secuela procedimental penal. Así, por ejemplo, cuando se habla del principio de legalidad, se entiende que en razón del mismo, la autoridad solamente puede hacer aquello que la ley le señale expresamente; y referido a la actuación

---

<sup>7</sup> Primera Sala, Sexta época, Apéndice 1917-1995, tomo II, primera parte, pág. 9, tesis 13.

del Ministerio Público, es obvio que éste solo puede realizar actividades que sean inherentes a sus atribuciones como titular de la acción penal. Es tal la importancia de dicho principio de legalidad que algunos autores, como es el caso de Oderigo,<sup>8</sup> Colín Sánchez <sup>9</sup> y Bauman,<sup>10</sup> consideran que en el mismo se encuentran implícitos de antemano todos los demás principios procesales.

Como quiera que sea, la doctrina contempla otros principios procesales como lo es el denominado como dispositivo, que consiste en la prerrogativa de la víctima de un delito para hacer del conocimiento del órgano investigador un probable hecho delictuoso perseguible exclusivamente a petición de parte. En contraposición, se habla del principio de oficialidad, al hablar de la obligación del órgano del Estado investigador de los delitos, de iniciar una averiguación previa en los delitos que conforme a la ley sustantiva se persigan de oficio.

Entre otros principios procesales importantes, a efectos de nuestra investigación, podemos aludir también al principio acusatorio, según el cual no ha de ser el mismo

---

<sup>8</sup> ODERIGO, Mario A., Derecho Procesal Penal, 2a. edición, editorial Depalma, Buenos Aires, tomo I, pág.100.

<sup>9</sup> ob. cit. pág. 220.

<sup>10</sup> BAUMAN, Jürgen, Derecho procesal penal, traducción de la 3a. edición Alemana por Conrado Finzi, editorial Depalma, Buenos aires, 1986.

órgano quien realice las averiguaciones y decida después la controversia. En otro sentido, atendiendo a la paridad de derechos y obligaciones que ha de existir entre las partes del proceso, encontramos que cobra relevancia el principio de igualdad recogido incluso constitucionalmente. A final de cuentas, si los ciudadanos no pueden ser molestados o privados de sus derechos cuando no exista certidumbre jurídica sobre la procedencia de la afectación, o el acto de autoridad de lugar a una situación jurídica incierta, es incuestionable que rige el principio de seguridad jurídica, para evitar esos actos autoritarios.

#### b. Principio de legalidad

El principio de legalidad está contenido en el artículo 16 Constitucional, que a la letra dice: *"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.*

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

*libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".*

En esta disposición observamos que su primer párrafo regula la legalidad de los actos de autoridad en general; mientras que el segundo párrafo se refiere a un acto específico como lo es el libramiento de orden de aprehensión. Una recta interpretación al texto del precepto constitucional, pone de manifiesto que si se exige que la autoridad funde y motive la causa legal del acto de molestia o privación, ello significa que existe una ley previa a la que debe sujetar su actuación esa autoridad, y que no puede hacer algo para lo que no esté expresamente facultada en esa ley. Con toda razón, Muñoz Conde sostiene que el principio de legalidad *"... es el principal límite impuesto por las exigencias del estado de derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente puedan reconducirse a la imposibilidad de que el estado intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley".*<sup>11</sup>

Referido al ejercicio de la acción penal, Arilla Bas afirma: *"El principio de legalidad, se basa en la necesidad del ejercicio de la acción, nacida en la subordinación del*

---

<sup>11</sup> MUÑOZ, Conde Francisco y otro, Derecho Penal parte general, 2a. edición, editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 100.

*órgano titular de ella en la ley. Según este principio, el ejercicio de la acción, es obligatorio tan pronto se hayan satisfecho los presupuestos generales de la misma*".<sup>12</sup> Esto es así, porque fácilmente se comprende que no debe quedar al arbitrio del Representante Social el ejercicio de la acción, en todos aquellos supuestos en los que estén reunidos los requisitos exigidos por la disposición constitucional.

El principio de legalidad presupone una serie de requisitos que podemos resumir en la necesidad de que exista una ley escrita, previa la realización de los hechos que se pretende sancionar y estricta, esto es, que establezca claramente las características del hecho punible. En el ámbito sustantivo estas exigencias dan lugar a su vez al tema de la tipicidad, que engloban todas aquellas conductas que en forma taxativa pueden estimarse como constitutivas de delito, por estar previstas de antemano por el legislador en la ley penal, y fuera de las cuales es inadmisibles la consideración de delitos. En cambio, en materia procesal la existencia previa de una ley aplicable al caso de que se trate, implica que la autoridad judicial debe examinar si la cuestión planteada en el proceso, encuadra o no en la norma o disposición adjetiva invocada, de tal manera que, al aplicarla tiene la obligación

---

<sup>12</sup> ARILLA , Bas Fernando, El procedimiento penal en México, editorial Porrúa, México, 1999, pág. 28.

de expresar los motivos o argumentos que pongan de manifiesto que ese precepto legal sea en realidad operante en la situación específica examinada. Esto es así, precisamente porque el principio de legalidad constituye, como ya se dijo, un límite al poder de los órganos del Estado frente al particular, como lo explica Martínez Garnelo: *"Esta garantía de legalidad, cuyas extensiones y efectividad jurídica pone a las personas a salvo de todo acto de mera afectación a su esfera de derecho, que no sólo sea arbitrario, es decir, que no esté basado en norma legal alguna, sino contrario a cualquier precepto, independientemente de la jerarquía o naturaleza del ordenamiento a que pertenezca"*.<sup>13</sup>

Ahora bien, si este principio básicamente supone que el órgano jurisdiccional debe de fundar y motivar el libramiento de una orden de aprehensión, pues así lo dispone el párrafo segundo del artículo 16 Constitucional, también debe hacerlo cuando niega la declaratoria de dichas órdenes de captura o comparecencia. Sin embargo, cabría preguntarnos hasta qué punto es correcto que cuando el Juzgador niega una orden de aprehensión o comparecencia, deba señalar al Ministerio Público cuáles fueron sus deficiencias o errores, así como los elementos

---

<sup>13</sup> MARTINEZ, Garnelo Jesús, La investigación ministerial previa, editorial Porrúa, México, 1999, pág. 258.

que en caso haya de recabar para que prospere su pretensión de libramiento de las citadas ordenes inicialmente negadas; esto último no parece correcto, dado que si el Representante Social es órgano técnico no necesita del auxilio del Juez en ese rubro, además de que por ser titular único de la acción penal en términos del artículo 21 Constitucional, la intromisión del órgano jurisdiccional en actividades abiertamente declaradas en favor del acusador, es desde luego conculcatoria de la garantía prevista por dicho precepto constitucional.

#### b1. Implicaciones con el debido proceso y el derecho de defensa

El concepto de defensa, junto con las nociones de acción y jurisdicción, son tres pilares básicos sobre los que descansa la idea misma del proceso penal como estructura normativa destinada a armonizar la pretensión punitiva del estado, la libertad individual y las exigencias de la correcta y válida administración de justicia dentro del estado de derecho. Por ende, podemos afirmar con Zamora Pierce que *"... la pretensión penal, como tesis que sostiene en forma monopólica el Ministerio Público (artículo 21 constitucional), la defensa sostiene la antítesis y queda reservado al poder jurisdiccional el efectuar la síntesis. Luego entonces, si se concibe al juicio como la necesaria*

*síntesis de acusación y defensa, no es lógicamente posible pensar a la una sin la otra; esto lleva a destacar, por razones de lógica y legalidad, que la defensa, en cuanto concepto contrario a la pretensión penal, es de igual rango y necesidad que ésta".<sup>14</sup>*

El derecho de todo imputado a que se le brinde una adecuada defensa gira alrededor de muchos factores. Si es obligación primordial de la autoridad mantener la tutela jurídica, surgen por igual la acusación y la defensa, aspectos inseparables de un mismo problema. Sin embargo, como la base del derecho de defensa está en la naturaleza misma del individuo y en la necesidad de su protección como tal, se debe anteponer ante todo, inclusive ante la pretensión punitiva del Estado.

La defensa del individuo lo es también de su seguridad jurídica que debe prevalecer: seguridad en sus derechos a la dignidad, a la vida y a la libertad; es resguardo no solo de su propia integridad física, sino también moral y en todas las manifestaciones de la libertad jurídica individual. Se justifica así el establecimiento de las garantías de que el individuo no pueda ser sometido a detenciones

---

<sup>14</sup> ZAMORA, Pierce Jesús, Garantías y proceso penal. editorial Porrúa, México, 1998, pág. 255.

arbitrarias, ni penas degradantes, a no ser vejado, torturado, ni tratado inhumanamente y, especialmente, derecho a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones, o para el examen de cualquier acusación en materia penal; derecho a ser tenido por inocente mientras no se pruebe la culpabilidad, de acuerdo con la ley y en juicio público, en el que se haya provisto todas las formalidades necesarias para la defensa. Esto último significa entonces la llamada garantía del debido proceso, que se cumple solo si en la secuela del mismo han sido observadas las formalidades mínimas o esenciales que cualquier proceso debe reunir para su validez.

También implica el principio de defensa el respeto a la igualdad entre las partes, porque es obvio que si el juez o tribunal no lo hacen estarán actuando parcialmente y, si con ello se afecta al imputado, existiría violación a una formalidad esencial del proceso consistente en que los actos inherentes al ejercicio de la acción penal, solamente debe desplegarlos o asumirlos el Ministerio Público y no el Juez.

Dentro de este contexto, el actual artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal contraviene los derechos del imputado a una adecuada

defensa y a un proceso debido, puesto que brinda oportunidad al Ministerio Público de subsanar sus deficiencias, apoyándose en una asesoría de la autoridad judicial, ya que ésta ha de indicarle el motivo de la negativa de orden de aprehensión o de comparecencia solicitada y los requisitos que hagan falta para poder librarla; de esta forma, inclina la balanza del lado del órgano acusador, ya que el Juez se convierte también en órgano inquisitivo, privando al ciudadano de un proceso justo; además, el debido proceso implica que todo proceso debe concluir en un tiempo razonable y ¿cual debe ser ese tiempo?, si conforme al citado precepto 36 adjetivo el Representante Social indefinidamente puede estar solicitando el libramiento de la orden de captura o de comparecencia, subsanando una y otra vez sus deficiencias o errores con ayuda del Juzgador.

### c. Principio de igualdad entre las partes

Al analizar el principio de igualdad señalado por el artículo 1o. Constitucional, Ignacio Burgoa sostiene: *"...la igualdad como garantía individual tiene como centro de imputación al ser humano en cuanto tal, es decir, en su implicación de persona, prescindiendo de la diferente*

*condición social, económica, cultural, en que se encuentre o pueda encontrarse dentro de la vida comunitaria puede afirmarse que esa igualdad se establece conforme a la situación más dilatada en que se halla el gobernado, o sea en su carácter de hombre sin perjuicio de que simultáneamente esté colocado en situaciones específicas o de menor extensión y en las cuales la igualdad jurídica se traduce en el mismo tratamiento normativo para todos los sujetos que dentro de cada una de ellas se encuentren".*<sup>15</sup>

Para el tema que nos ocupa este principio tiene relevancia debido a que la igualdad entre las partes tiene un fundamento constitucional, pero al atender al artículo 36 del Código Adjetivo Penal Distrital, no se sigue, pues el Ministerio Público se ubica en una situación de ventaja frente al imputado, al concedérsele la oportunidad de solicitar en infinidad de ocasiones el libramiento de orden de aprehensión o de comparecencia, con lo que se inclina la balanza a su favor, porque el gobernado no tiene la misma oportunidad de aportar pruebas que desvirtúen la petición de captura o comparecencia solicitadas por el órgano acusador.

#### d. Principio de seguridad jurídica

---

<sup>15</sup> BURGOA, Oriuela Ignacio, *Las garantías individuales*. editorial Porrúa, México. pág. 256

En las relaciones entre gobernantes y gobernados, se suceden múltiples actos, imputables a los primeros, que tienden a afectar la esfera jurídica de los segundos. Todo acto de autoridad emanado del estado a través de sus diferentes órganos creados exprofeso, tiene como finalidad imponerse a alguien de diferentes maneras y por distintas causas, es decir, todo acto de autoridad afecta a alguna persona moral o física en sus derechos: vida, propiedad, libertad, etcétera. Pero tal afectación no ha de ser arbitraria, sino bajo determinados límites, porque si fuese indiscriminadamente no existiría seguridad jurídica para los ciudadanos; así, la seguridad jurídica es un valor o interés colectivo cuya protección constituye una verdadera máxima o principio jurídico esencial en cualquier Estado de Derecho.

Dicho en otras palabras, el conjunto de modalidades jurídicas a que tiene que sujetarse un acto de cualquier autoridad para producir válidamente, desde un punto de vista jurídico, la afectación en la esfera del gobernado a los diversos derechos de éste, y que se traduce en una serie de requisitos, condiciones, elementos, etc., es lo que constituye las garantías de seguridad jurídica. Estas implican todo aquello a que debe sujetarse la actividad estatal para afectar la esfera del gobernado; por tanto, un acto de autoridad que afecte el ámbito jurídico particular de un gobernado, sin observar dichos requisitos previos, no

será válido a la luz del derecho. Esto obedece por supuesto a que finalmente la garantía de seguridad se manifiesta como substancia de diversos derechos subjetivos públicos individuales del gobernado oponibles y exigibles al estado y a sus autoridades, quienes tienen la obligación de observarlos o acatarlos.

Por lo demás, creemos que el orden social sea justo o injusto implica una delimitación de derechos y deberes entre los miembros de la comunidad. Así, la seguridad es la protección efectiva de esos derechos y deberes; el amparo seguro de dicho orden, contra cualquiera que pretenda turbarlo, así como la restauración del mismo, en el caso de haber sido vulnerado. Por el contrario, cuando la protección no es suficiente, el valor se da con sentido negativo, es decir con inseguridad.<sup>16</sup>

En el artículo 21 Constitucional se encuentran garantías específicas de seguridad jurídica, que son:

1.- Se establece que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Actualmente esta disposición, asegura al individuo el derecho subjetivo en el sentido de que ninguna autoridad estatal, que no sea la

---

<sup>16</sup> GARONE, Alberto, diccionario manual jurídico, editorial Abeledo-Perrot, pág. 676 y 677.

judicial puede imponerle pena alguna, como función final del proceso y en el caso que así corresponda.

2.- La investigación y persecución de los delitos, incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliara con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Como se advierte, están claramente delimitadas las atribuciones de los respectivos órganos; así, al Juez le corresponde única y exclusivamente imponer las penas y no será de su competencia señalarle al Ministerio Público que medio de prueba o requisito necesita para que le conceda la orden de aprehensión o de comparecencia que solicita. También impide esta garantía que autoridades distintas al Ministerio Público ejerciten la acción penal, quedando vedado 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.

Todo parece indicar entonces que el actual artículo 36 del Código Adjetivo Penal Distrital, es contrario a la garantía de seguridad jurídica de los gobernados, al convertirse la autoridad judicial en un órgano de acusación y decisión; además, al no establecer ningún límite temporal para que el Representante Social enmiende o corrija sus deficiencias, da lugar a incertidumbre o inseguridad para la situación jurídica de los inculpados, que indefinidamente

puede verse afectada por la pretensión de libramiento de una orden de captura o de comparecencia en su contra.

## **CAPITULO II**

### *VINCULACION DEL IMPUTADO A LA POTESTAD JURISDICCIONAL*

#### 1. Vinculo formal o material del indiciado a la potestad del Juez

Es necesario referirnos al nexo jurídico que vincula tanto al Ministerio Público como al imputado con el órgano jurisdiccional. Entendido el procedimiento penal como un conjunto de actividades predispuestas para establecer si una conducta es o no delictuosa, con el fin de la eventual aplicación de una sanción a su autor, supone que en algún momento ha de establecerse un lazo de unión entre el titular de la pretensión punitiva, la persona a quien se le atribuye la conducta y aquella ante la que se reclama la imposición de una pena. Así, encontramos que el vínculo entre el Juez, el imputado y el Ministerio Público se origina cuando este último ejercita la acción penal a través de la consignación, en razón de la cual el juzgador sujeta a aquéllos a su jurisdicción y competencia con un auto de

puede verse afectada por la pretensión de libramiento de una orden de captura o de comparecencia en su contra.

## **CAPITULO II**

### *VINCULACION DEL IMPUTADO A LA POTESTAD JURISDICCIONAL*

#### 1. Vinculo formal o material del indiciado a la potestad del Juez

Es necesario referirnos al nexo jurídico que vincula tanto al Ministerio Público como al imputado con el órgano jurisdiccional. Entendido el procedimiento penal como un conjunto de actividades predispuestas para establecer si una conducta es o no delictuosa, con el fin de la eventual aplicación de una sanción a su autor, supone que en algún momento ha de establecerse un lazo de unión entre el titular de la pretensión punitiva, la persona a quien se le atribuye la conducta y aquella ante la que se reclama la imposición de una pena. Así, encontramos que el vínculo entre el Juez, el imputado y el Ministerio Público se origina cuando este último ejercita la acción penal a través de la consignación, en razón de la cual el juzgador sujeta a aquéllos a su jurisdicción y competencia con un auto de

radicación. Nace aquí una relación de carácter formal entre las partes, porque éstas quedan sujetas de alguna manera a la potestad del juez y a las determinaciones que en lo subsecuente pudiera emitir.

Sin embargo, si el inculcado se encuentra detenido es obvio que a su relación con el juzgador no es solamente formal, sino al mismo tiempo de carácter material, en virtud de que físicamente está a disposición de dicha autoridad judicial. Esto ocurre cuando la consignación del Ministerio Público es con detenido; pero en el supuesto de que se trate de una consignación sin detenido, únicamente observamos una relación formal entre juez e inculcado, debido a que este último se halla en libertad y materialmente fuera de la potestad del juzgador. Claro está que en esta última hipótesis, sobre la base de que se reúnan los requisitos constitucionalmente exigidos aunados a la petición del Representante Social, los medios para se sujete materialmente al indiciado al poder del Estado representado por el juez, son precisamente una orden de aprehensión o de comparecencia.

Como quiera que sea la consignación presupone también la satisfacción de determinados requisitos, sin los cuales el Ministerio Público no puede ejercitar su acción ni tampoco, por lo mismo, actualizarse la relación formal y, en su caso, material de las partes con el juzgador. En este

sentido, quizá convenga tener presente que la *"...consignación en materia penal, es la instancia a través de la cual el Ministerio Público ejercita la acción punitiva, por considerar que durante la averiguación previa se han comprobado la existencia del delito, y la presunta responsabilidad del inculpado"*,<sup>17</sup> o como afirma Osorio y Nieto, se trata del *"...acto del Ministerio Público de realización normalmente ordinaria, que efectúa una vez integrada la averiguación y en virtud del cual se inicia el ejercicio de la acción penal, poniendo a disposición del juez todo lo actuado en la mencionada averiguación, así como las personas y cosas relacionadas con la averiguación previa, en su caso"*.<sup>18</sup> A final de cuentas, hay algo que es evidente: Si la consignación es un acto procedimental a través del cual el Ministerio Público ejercita la acción penal, de no haber consignación tampoco existirá tal ejercicio, ni mucho menos relación o vínculo jurídico alguno entre el juzgador y las partes.

Claro está que cuando el propio Ministerio Público presenta su pliego de consignación ante el juez penal competente, solicita al tribunal la iniciación del procedimiento judicial, así como la orden de aprehensión y

---

<sup>17</sup> Diccionario jurídico mexicano, Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, editorial porrúa, México, 1995.

<sup>18</sup> OSORIO, y Nieto César Augusto, La averiguación previa, editorial Porrúa, México, pág. 26 y 27.

la de comparecencia que procedan; pero al mismo tiempo su petición debe estar sustentada en las pruebas derivadas de la averiguación previa, acerca de la existencia del delito y de la responsabilidad del inculpado.

La consignación sin detenido ocurre cuando no existe delito flagrante o no puede señalarse caso urgente dentro de la averiguación previa, y por tal motivo no ha lugar a la detención del indiciado. En estos casos la averiguación previa generalmente es iniciada con una denuncia o querrela, a partir de la cual se allegan las probanzas durante la investigación, a fin de ejercitar finalmente la acción penal si se reúnen todos los requisitos consistentes en el acreditamiento del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del inculpado. De modo que la ponencia de consignación se hace ante el juez sin la presencia física del probable responsable, pero con la solicitud a la autoridad judicial para que ésta libere la orden respectiva.

Dos modalidades ofrece además la consignación sin detenido, en atención a la punibilidad señalada por la ley penal al delito motivo de la averiguación previa, pues el Ministerio Público puede solicitar en su respectivo pliego una orden de aprehensión o bien una orden de comparecencia. En nuestra opinión, desde el auto de radicación dictada por el juez existe ya un vínculo de naturaleza formal entre el juez y las partes, originado por

el ejercicio mismo de la acción por el órgano de acusación; sin embargo, una relación material entre el imputado y el juzgador solamente se advierte una vez que aquél está a disposición del segundo. Esto último sucederá por el cumplimiento de la orden de aprehensión o de comparecencia, o bien si el imputado comparece en forma voluntaria a declarar poniéndose a disposición del juez.

## 2. Necesidad y fines de la sujeción del indiciado

Las limitaciones impuestas por el Estado a la libertad de las personas son medidas necesarias adoptadas por el poder público, en beneficio de la colectividad, con el fin de asegurar la marcha normal del procedimiento. Se inspiran en el interés de que se llegue al conocimiento de la verdad, por medio de la investigación del delito y de las pruebas que se obtengan, las cuales han de servir al Juez para el esclarecimiento de los hechos y para decidir las relaciones jurídicas planteadas en el proceso. Esto no sería posible si el inculcado se sustrajese a la acción de la justicia y ocultase los objetos e instrumentos que le han servido para perpetrar el delito. El aseguramiento del presunto responsable es necesario porque no podría seguirse el proceso a sus espaldas, es decir, sin que tuviese

conocimiento de las pruebas existentes en su contra para estar en condiciones de defenderse.

Es necesario restringir la libertad personal porque, de no ser así, resultaría imposible asegurar la presencia del supuesto autor del ilícito penal ante el órgano jurisdiccional y, como consecuencia, el proceso quedaría paralizado. También es indispensable el aseguramiento de quien ha delinquido, para con esta medida, auspiciar la tranquilidad necesaria a quien han sido víctimas o han denunciado la comisión del delito. Sin la presencia del indiciado ante el juzgador, el carácter acusatorio del proceso quedaría desvirtuado, ya que los actos del Ministerio Público solo trascenderían hasta el ejercicio de la acción, pero no durante el proceso.

### 3. Medios vinculatorios

#### a. Orden de aprehensión

La detención se distingue de la aprehensión en que ésta es el momento en que se captura a una persona y la detención es el estado de privación de la libertad. Esta distinción ha llevado a Acero a sostener que la aprehensión es *"...el acto mismo de la captura del reo, el hecho material del apoderamiento de su persona, la detención en cambio*

*es un estado: el estado de privación de la libertad que sigue inmediatamente a ese aseguramiento y termina con la formal prisión o la libertad por falta de elementos*<sup>19</sup>

En otro sentido, atendiendo al sujeto del acto se afirma que aprehensiones son las que se ejecutan mediando orden de autoridad judicial; en tanto que como detenciones, se designa a las privaciones de libertad ejecutadas por la policía judicial, el Ministerio Público, las autoridades administrativas y aun por los particulares, sin que medie orden de autoridad judicial.<sup>20</sup> El mismo criterio distintivo asume Franco Villa, al anotar que la orden de aprehensión *"...es el mandamiento fundado y escrito emanado de la autoridad judicial competente, para privar de la libertad a una persona a quien se estima probable responsable de un delito sancionado con pena corporal, solicitada por el Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal"*,<sup>21</sup> como acaba de verse, para dicho autor una de las características predominantes de la orden de aprehensión y que la distingue esencialmente de la de detención, consiste precisamente en que emane de autoridad competente y que, como tal, lo sea exclusivamente el juzgador. Así lo dispone, por lo demás,

---

<sup>19</sup> ACERO, Julio, Procedimiento penal, editorial José M. Cajica, pág. 129.

<sup>20</sup> Cfr. PEREZ, Palma Rafael, Guía de derecho procesal penal, 1a. edición, Cárdenas editor y distribuidor, 1975, pág. 143.

<sup>21</sup> FRANCO, Villa José, el Ministerio Público federal, 1a. edición, editorial Porrúa, México, 1985, pág. 95.

expresamente el artículo 16 Constitucional, que en su párrafo segundo a la letra dice: *"No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial..."*. Quizá convenga no confundir la aprehensión con la orden del juzgador que la ordena. En efecto, la captura o aprehensión es un simple acto material que se ejecuta. En cambio, la orden del juez que ordena una aprehensión tiene un carácter procesal y constituye una resolución judicial en la que, con base en el pedimento del Ministerio Público y satisfechos los requisitos del artículo 16 Constitucional, se ordena la captura de un sujeto determinado, para que sea puesto, de inmediato, a disposición de la autoridad que lo reclama, o requiere, con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho delictivos que se le atribuyen.

#### a.1 Requisitos constitucionales y procesales de la orden de captura

Conforme al artículo 16 Constitucional se exigen determinados requisitos para que la autoridad judicial pueda librar una orden de aprehensión. Ciertamente, el párrafo segundo de dicho precepto textualmente señala: *"No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan*

*datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado".*

De dicho texto constitucional desprendemos que la autoridad judicial sólo debe dictar orden de aprehensión cuando se reúnen los siguientes requisitos:

1.- Debe tratarse solamente de una autoridad judicial, porque únicamente los jueces tienen la facultad de dictar órdenes cuyo efecto sea privar de su libertad a una persona. Es decir, ninguna otra autoridad tiene semejante potestad, salvo caso excepcional que la propia ley expresamente señale, como lo es el previsto por el párrafo cuarto del propio artículo 16 de nuestro máximo ordenamiento legal, que a letra dice: *"Solo 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 esta hipótesis de excepción a la regla general contenida en el párrafo segundo del artículo 16, vemos que la facultad de librar la orden de captura se delega a una autoridad que no es jurisdiccional, sino administrativa, como resulta ser el Ministerio Público, pero esto obedece a que se trata de un

caso apremiante debido a que por las circunstancias mismas que se presentan, no es posible acudir ante el juzgador a solicitarle el libramiento de la orden respectiva.

2.- Existencia de denuncia o querrela. Por lo general la denuncia suele definirse como la noticia que da cualquier persona a la autoridad competente sobre determinado hecho posiblemente constitutivo de delito perseguible de oficio. Mientras que la querrela se concibe bajo dos aspectos: desde una primera perspectiva, tiene en común con la denuncia ser el aviso, comunicación o noticia dada a la autoridad competente que sería ante el Ministerio Público, sobre determinado hecho posiblemente constitutivo de delito, el cual solo puede perseguirse a solicitud del ofendido; y desde otro punto de vista, la querrela implica un derecho potestativo del ofendido o sujeto pasivo del delito, traducido en su manifestación de voluntad de que se persiga penalmente al delincuente.

3.- Que se refiera a un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad. Este requisito significa que si el delito imputado no está sancionado con pena de prisión, el inculpado no puede ser privado de su libertad mediante una orden de aprehensión. Por otro lado, también es obvio que si una conducta determinada no encuadra en la hipótesis de algún tipo penal, no constituirá hecho

delictuoso y, por tanto, no podrá ser materia de una orden de aprehensión.

4.- Que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. Claro está que la sola denuncia o querrela, no bastan para fundar una orden de aprehensión; las afirmaciones del denunciante o querellante, deben ser apoyadas por pruebas, a las que el artículo 16 Constitucional se refiere.

Al reglamentar la disposición constitucional el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su artículo 122, no describe qué debe entenderse por cuerpo del delito, sino que solamente establece una regla general de comprobación del mismo. Así, vemos que tal precepto de la ley procesal secundaria textualmente dispone:

"El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito.

En los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito".

Una observación que nos parece importante hemos de hacerla al tercer párrafo del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales Distrital que, como hemos visto, textualmente señala que en "...los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un *elemento subjetivo normativo, como elemento constitutivo esencial*, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito". Sin embargo, en ocasiones existen elementos de la descripción típica que no son esenciales, sino eventuales. En efecto, se trata de aquellos datos o circunstancias que se agregan a un tipo básico complementándolo (---de ahí la denominación de tipo complementado---), pero que cuando no se acreditan subsiste la descripción básica. Así, por ejemplo, elementos como "lugar cerrado", "dependiente", "doméstico", son de carácter normativo, previstos por el artículo 381 del Código Penal Distrital, pero no esenciales respecto del tipo de robo del artículo 367 del mismo ordenamiento, pues a pesar del inacreditamiento de aquellas circunstancias "calificativas", el Juzgador puede

válidamente, por ejemplo, decretar la formal prisión por robo simple, o en el caso de una orden de aprehensión, proceder al libramiento de una orden de captura no por robo calificado sino por robo simple.

Luego entonces, si el numeral 122 solo exige la comprobación de elementos subjetivos o normativos esenciales, quedan fuera aquellos aleatorios o eventuales, como es toda circunstancia prevista por el legislador como complemento a los llamados tipos fundamentales o básicos, la cual, si seguimos el texto del citado precepto, no es necesario acreditarla. No obstante, en la práctica dicho precepto adjetivo penal no deberá interpretarse de la manera rigorista que supone en principio la lectura de su texto, porque si el párrafo primero del artículo 16 Constitucional exige que todo acto de autoridad esté debidamente fundado y motivado, la actividad del juzgador con relación a una orden de aprehensión por un delito que tenga el carácter de calificado, presupone invariablemente su obligación de fundar y motivar no solamente los elementos de carácter esencial contenidos en la descripción del tipo penal básico, sino también los elementos accidentales o complementarios relativos a la calificativa (que dan lugar a la figura del tipo complementado, pero que no se desliga del básico).

En lo concerniente a la probable responsabilidad penal del indiciado, como requisito de fondo para el libramiento de orden de captura, debemos tener presente que el párrafo cuarto del propio artículo 122 del Código Adjetivo Penal Distrital, establece que "...se tendrá por acreditada cuando de las medios probatorios existentes se deduzca su obrar doloso o culposo en el delito que se le imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito". Independientemente de que sea o no acertado por parte del legislador el haber incluido el dolo y la culpa dentro de la responsabilidad, cuando es bien sabido que la doctrina mayoritaria ubica tales elementos a nivel de tipo, lo cierto es que en la práctica cotidiana de los tribunales del Distrito Federal, afirmar la existencia de responsabilidad penal es al mismo tiempo sostener que la conducta sea dolosa o culposa (sin haber hecho el análisis acerca del dolo o la culpa previamente en la comprobación del cuerpo del delito). Al referirse al tema de la probable responsabilidad penal, Colín Sánchez señala que existe "...cuando haya elementos suficientes para suponer que una persona pudo haber tomado parte, de alguna manera en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, antijurídico o culpable".<sup>22</sup> Por su parte, Rivera Silva señala que para acreditar la probable responsabilidad debemos atender primeramente que del sumario de

---

<sup>22</sup> Idem. pág. 299.

averiguación previa se desprendan indicios suficientes que acrediten la participación del inculpado y que además este haya actuado con culpabilidad (pudiendo ser dolo o culpa) y que no existe ninguna causa legal que justifique su proceder o lo libere de la sanción.<sup>23</sup> De lo expuesto por estos autores, advertimos que ambos coinciden al señalar la intervención o participación del sujeto activo en el hecho delictuoso, para sostener su probable responsabilidad, pero también parecen coincidir en la identificación de la culpabilidad con el dolo y la culpa, tal como lo plasmó el legislador en el texto actual del cuarto párrafo del artículo 122 del Código Procesal Penal Distrital. Como quiera que sea es evidente que si se alude a la forma de intervención del sujeto en la realización del tipo penal, habrá de buscar que su conducta específica encuadre bajo alguna de las hipótesis del artículo 13 del Código Penal; después, analizar cual de las formas de dolo o culpa es la que concurre en el caso concreto; y finalmente, verificar que no opere en favor del sujeto activo alguna causa de exclusión del delito de las previstas por el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

Relacionados con el rubro de la probable responsabilidad penal, los tribunales federales han emitido diversos criterios, como son los siguientes:

---

<sup>23</sup> RIVERA, Silva Manuel, Procedimiento penal. 25a. edición, editorial Porrúa, México, 1997, pág. 141.

"ORDEN DE APREHENSION, SU LIBRAMIENTO NO REQUIERE DE PRUEBA PLENA DE LA RESPONSABILIDAD DEL INculpADO. Para dictar una orden de aprehensión no se requiere de pruebas plenas que acrediten la responsabilidad del inculpado, sino únicamente es necesario que se reúnan los requisitos a que se refiere el artículo 16 Constitucional, y que se desprendan datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado".<sup>24</sup>

"ORDEN DE APREHENSION. REQUISITOS PARA EMITIR UNA. Para la emisión de una orden de aprehensión, conforme al texto del artículo 16 reformado de la Constitución General de la República, se requiere de la existencia de datos que acrediten tanto los elementos del ilícito de que se trata como la probable responsabilidad del indiciado en su comisión, entendiéndose por estos últimos que deben ser una serie de indicios que, enlazados entre sí, produzcan convicción en el ánimo del juzgador para estimar fundadamente que el inculpado es probable responsable en la comisión del injusto penal que se le atribuye".<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Octava Epoca, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Materia: Penal, Tomo: XV Enero. Volumen: XX 286 P. Página: 268.

4.- Que conste en mandamiento escrito la orden de aprehensión. Al igual que todo acto de molestia en la persona, la orden de captura debe constar en mandamiento escrito, pues así lo exige el artículo 16 Constitucional en su párrafo inicial. Luego entonces, es violatorio de esa norma todo mandamiento u orden verbal mediante el cual pretenda privarse de la libertad a una persona.

En torno al requisito de que la orden de aprehensión deba constar por escrito, debemos agregar que su razón de ser estriba precisamente en la exigencia del respeto a la garantía de seguridad jurídica de los ciudadanos, quienes no podrían enterarse ni defenderse adecuadamente de una orden que no constara de modo fehaciente en un escrito determinado. Tal garantía constitucional la establece el artículo 16 de nuestra Carta Fundamental, aunque ha de indicarse que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que en el libramiento de una orden de captura pueden verse vulneradas otras garantías constitucionales diversas, opinión que puede verse en la siguiente tesis:

**"ORDEN DE APREHENSION, EN ELLA PUEDEN VIOLARSE GARANTIAS TUTELADAS, EN ARTICULOS**

---

<sup>25</sup> Octava Epoca, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Materia(s): Penal. Tomo: I Segunda Parte-2. Pagina: 451.

CONSTITUCIONALES DISTINTOS AL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL. La circunstancia específica de que el artículo 16 constitucional sea el que regule los requisitos a satisfacer para el dictado de una orden de aprehensión, no se puede llevar al extremo de considerar que sólo este precepto rijan a tal acto, ya que evidentemente también deberá vigilarse, en su caso, si dicha determinación judicial no infringe alguna garantía constitucional contenida en diverso precepto, dado que podría darse el caso que en la misma se aplicara una ley retroactivamente en perjuicio del quejoso, o fuera librada sin cumplir las formalidades esenciales del procedimiento, conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; también podría darse el caso que autoridades jurisdiccionales del fuero común, decidieran sobre el libramiento de una orden de aprehensión, respecto de un hecho en que estuviere involucrada una persona perteneciente al ejército y fuera menester examinar su conducta desde el punto de vista de la legislación del fuero castrense; o que no estuviere fundado y motivado dicho acto, así como diversas hipótesis que pudieren formularse respecto de la posible violación de garantías constitucionales contenidas en preceptos diversos al 16 constitucional; luego entonces, resulta limitativo y equívoco concluir que para el libramiento de una orden de aprehensión, sólo deba cumplirse lo establecido en el mencionado artículo 16 constitucional; y por ende, su emisión no puede ser violatoria de los

artículos 14, 16 o cualquiera otro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que las garantías de seguridad jurídica que se encuentran consagradas en la Constitución General de la República, son la base sobre las cuales descansa el sistema jurídico mexicano, por tal motivo, éstas no pueden ser limitadas porque en su texto no se contengan expresamente los derechos fundamentales que tutelan. Por el contrario, las garantías de seguridad jurídica valen por si mismas, ya que ante la imposibilidad material de que en un artículo se contengan todos los derechos públicos subjetivos del gobernado, lo que no se contenga en un precepto constitucional, debe de encontrarse en los demás, de tal forma, que el gobernado jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y por lo tanto, en estado de indefensión. De acuerdo a lo anterior, cuando se libra una orden de aprehensión, deben de cumplirse no únicamente las formalidades establecidas por el artículo 16 constitucional, párrafo segundo, sino que para su aplicabilidad debe atenderse a lo preceptuado en los demás artículos que tutelan las garantías de seguridad jurídica, con la finalidad de proteger de manera firme y eficaz a los derechos fundamentales de la persona tutelados en la Carta Magna".<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Epoca: Novena Epoca, Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo IX, Mayo de 1999. Tesis: 1a./J. 31/99 Página: 285.

Además de los requisitos que establece el artículo 16 de nuestra Carta Magna, existen otros requisitos de suma importancia para el libramiento de la orden de captura, que son:

1.- Que el Ministerio Público la solicite. Este requisito de la orden de aprehensión resulta del monopolio de la acción penal que el artículo 21 constitucional otorga al Ministerio Público, al disponer: "La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público....". En relación a lo cual debe considerarse también la disposición del artículo 102-A constitucional, que señala como atribución del Ministerio Público en el ámbito federal en el ejercicio de la acción penal, la de "...solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados". Y a su vez la fracción I del artículo 132 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, expresamente indica: "Para que un juez pueda librar una orden de aprehensión, se requiere: I. Que el Ministerio Público la haya solicitado...".

2.- Que exista radicación del asunto ante el juez o tribunal. Lo que es obvio, porque si la autoridad judicial no ha radicado el expediente no puede actuar en el mismo, ni mucho menos pronunciar resolución o determinación alguna en detrimento del interés jurídico de alguna de las partes.

3.- Que conste la firma de la autoridad, del funcionario que practicó las diligencias tendientes a integrar la averiguación, así como del titular de la Agencia del Ministerio Público, cuando se envía el cuadernillo de las actuaciones para su consignación.

4.- Que sean congruentes los hechos y circunstancias en el texto de la averiguación, es decir, que se entienda la redacción, y forma en que se plantean los hechos de una manera lógica y ordenada. Esto lo afirmamos, sobre la base de que si existe un incorrecto o defectuoso planteamiento por parte del Ministerio Público, al plasmar los hechos delictuosos, el juzgador no podrá subsanar tal deficiencia porque no puede asumir la función persecutora del órgano de acusación, de acuerdo con el artículo 21 Constitucional.

5.- Nombre completo o datos ciertos que hagan posible la identificación del sujeto activo. Este requisito es importante pues en la orden de captura debe señalarse con toda precisión a quien se va a aprehender. Si llegara a suceder que en el mandamiento escrito de la orden no se anotó correctamente el nombre o datos personales del inculpado, la policía judicial no podría proceder al cumplimiento de esa orden, por más que en la realidad la identidad del

sujeto activo coincidiera con la del individuo al que fácticamente se pretendiera detener.

a.2 Orden de comparecencia ,  
exigencias para librarla

En términos sencillos podemos definir la orden de comparecencia como el mandato judicial decretado a pedimento del Ministerio Público, en contra de una persona considerada como probable responsable en la comisión de un delito sancionado con pena no privativa de libertad, o alternativa que incluya una no privativa de libertad, para que quede a disposición material de la autoridad jurisdiccional y rinda declaración preparatoria.

Por supuesto que la comparecencia implica restricción de la libertad, no privación de ésta, pues de lo contrario no habría ninguna diferencia entre una orden de captura y una orden de simple comparecencia. Ha sido establecida por el legislador en la ley adjetiva penal para aquellos casos en que se trate de ciertas infracciones penales que por su levedad se sancionan con: apercibimiento, caución de no ofender, multa, independientemente de su monto, o pena alternativa que incluya una sanción no privativa de libertad.

En tales supuestos, el Ministerio Público ejercita la acción penal sin detenido, ante el Juez competente solicitando se

libre la correspondiente orden de comparecencia en contra del inculpado.

Entonces, al diferenciar la orden de aprehensión de la orden de comparecencia, resulta que esta última es una resolución del Juzgador con los mismos requisitos de la orden de aprehensión, pero con la salvedad de que la sanción eventualmente aplicable no es privativa de libertad. Este criterio de distinción está implícito, por lo demás, en el artículo 133 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que en su párrafo primero señala: "En los casos a que se refiere el tercer párrafo del artículo 271 de este código y en todos aquellos en que el delito no de lugar a aprehensión, a pedimento del Ministerio Público se libraré orden de comparecencia en contra del inculpado para que rinda su declaración preparatoria, siempre que esté acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado".

Cabe agregar que los supuestos del tercer párrafo del artículo 271 del Código Adjetivo Penal Distrital, en que el juzgador debe librar, en, principio, orden de comparecencia, se refieren a las situaciones en que aun cuando el delito amerite sanción privativa de libertad, el inculpado obtuvo libertad provisional durante la averiguación previa obligándose a comparecer posteriormente ante el juez. Así, vemos que el citado

precepto a la letra dice: "Cuando el Ministerio Público decreta esa libertad (provisional) al probable responsable lo prevendrá para que comparezca ante el mismo para la práctica de diligencias de averiguación, en su caso, y concluida ésta ante el juez a quien se consigne la averiguación, quien ordenará su presentación y si no comparece ordenará su aprehensión, previa solicitud del Ministerio Público, mandando hacer efectiva la garantía otorgada".

Otro dato que sirve para diferenciar una orden de aprehensión y una orden de comparecencia, alude a los efectos de una u otra. Así, se afirma que en la aprehensión se emplea la fuerza, el constreñimiento, en tanto que en la comparecencia, se trata de una "invitación obligatoria" como lo señala Silva Silva,<sup>27</sup> esto es, que intima o apercibe al citado para que comparezca por sí solo. De igual manera podemos ludir a la producción de distintos efectos posteriores a la cumplimentación de una orden de comparecencia: Por ejemplo, en el caso de que en el auto de plazo constitucional se considere al indiciado como probable responsable, se le dictará auto de sujeción a proceso, jamás de formal prisión, debido a las características del delito y la sanción eventualmente aplicable que es no privativa de libertad o alternativa.

---

<sup>27</sup> SILVA, Silva Jorge Alberto, Derecho Procesal penal, editorial Oxford, 1999, pág. 50.

#### 4. Causas de negativa al libramiento de orden de captura o de comparecencia

La negativa del juez al libramiento de una orden de aprehensión o de comparecencia, obedece a que después de analizar las constancias que integran la averiguación previa sometida a su conocimiento, encuentra que no está satisfecho alguno de los requisitos exigidos constitucionalmente o por la ley procesal penal secundaria.

Esa negativa del juzgador al pronunciamiento de la respectiva orden solicitada por el órgano de acusación, puede dar lugar a que quede abierta todavía la posibilidad del libramiento, condicionado a que el Ministerio Público aporte nuevos elementos encaminados a satisfacer las exigencias legales; pero también puede ser que la negativa de la orden traiga como consecuencia la imposibilidad definitiva de proseguir con la tramitación de la causa. A estas cuestiones nos referiremos enseguida, tratando de analizar las principales causas por las que el juez o tribunal pueden negar una orden de aprehensión y una orden de comparecencia.

##### a. Hipótesis de carencia de requisitos de fondo

Cuando del material probatorio aportado por la averiguación previa no se acredite el cuerpo del delito o la probable responsabilidad penal, el juez está facultado para negar la orden de aprehensión o de comparecencia. Es efecto, si partimos de la base de que cuerpo del delito y probable responsabilidad penal son los requisitos de fondo que legalmente deben reunirse, tanto desde el punto de vista constitucional como del de la ley secundaria, entonces es por demás obvio que alguno de esos dos aspectos no está demostrado en el caso concreto, resulta improcedente el libramiento de la orden de captura o de comparecencia.

Las razones por las que el juzgador deba afirmar la incomprobación del cuerpo del delito son muy diversas. Puede suceder, en primer término, que la conducta atribuida al inculcado sea delictuosa, es decir, que encuadre bajo alguno de los supuestos previstos como delito por la parte especial del Código Penal, pero que en la averiguación previa no existan datos probatorios suficientes para considerar plenamente acreditado el cuerpo de ese ilícito. Dicho en otras palabras, la negativa a librar orden de aprehensión o comparecencia obedece a la insuficiencia de prueba para acreditar procesalmente la corporeidad del ilícito materia de la consignación.

Sin embargo, puede ser que existan pruebas suficientes para acreditar con plenitud jurídica la conducta atribuida al indiciado, a pesar de lo cual tampoco sea factible librar la orden de captura o de comparecencia solicitada por el Ministerio Público, debido a que esa conducta en realidad no sea delictuosa, por tratarse de una cuestión de carácter meramente civil o por no encuadrar bajo ninguna de las descripciones delictivas contenidas en la parte especial del Código Penal. Esta sería desde luego una segunda causal de negativa de tales ordenes por el juzgador.

Incluso podemos plantear como causal de negativa de libramiento de la orden solicitada por el Ministerio Público, la que se refiere al planteamiento erróneo de los hechos en la consignación y su encuadramiento erróneo por parte del órgano de acusación.

En efecto, si el pliego consignatorio señala determinados hechos y los encuadra equívocamente bajo la descripción de un tipo delictivo no aplicable a los hechos, el juzgador no puede asumir la facultad persecutora y suplir la deficiencia del Representante Social corrigiendo la consignación y señalando la tipificación correcta; si tal hiciera, violaría flagrantemente el artículo 21 Constitucional al convertirse prácticamente en autoridad persecutora, conculcando garantías del indiciado. Es cierto que en el caso del dictado del auto de formal prisión el juez debe

dictarlo por el delito que realmente aparezca comprobado en autos, sin importar que se modifiquen clasificaciones hechas con anterioridad, ya que así lo dispone el artículo 304-Bis A del Código Adjetivo Penal Distrital; pero no menos cierto es que esta disposición no es aplicable tratándose del auto que resuelve sobre la procedencia de la orden de aprehensión o de comparecencia, respecto del cual ni la constitución ni la legislación secundaria del Distrito Federal autorizan la alteración de los hechos o la variación en la clasificación legal o tipificación correspondiente. Sobre este particular cabe citar el siguiente criterio de la autoridad federal:

"ORDEN DE APREHENSION. RESULTA VIOLATORIA DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL, SI DE LOS HECHOS QUE OBRAN EN LA AVERIGUACION PREVIA POR LOS QUE SE EJERCITO ACCION PENAL SE ADVIERTE QUE SON CONFIGURATIVOS DE DIVERSO DELITO. Si se advierte palmariamente que los hechos que obran en la averiguación previa no son configurativos del ilícito por los que se consignó sino, probable y preferentemente de diverso delito, resulta entonces, que al no existir una adecuación entre los hechos ilícitos y el tipo penal por el que se libró la orden de aprehensión, la orden

de captura carece de la debida fundamentación requerida por el artículo 16 constitucional".<sup>28</sup>

Otra causal de negativa de orden de aprehensión o de comparecencia se refiere al segundo de los requisitos de fondo, consistente en el acreditamiento de la probable responsabilidad penal del indiciado en la comisión del ilícito imputado. Cuando no se da tal acreditamiento el juez puede válidamente negar el libramiento de la orden solicitada por el órgano acusador. Aquí nuevamente encontramos que existen dos posibles situaciones que deben distinguirse: En primer lugar, puede ser que sencillamente las probanzas recabadas por el Ministerio Público durante la averiguación previa, resulten insuficientes para acreditar el cuerpo del delito materia de la consignación, lo que dará lugar por supuesto a la negativa del libramiento de la orden solicitada, aunque quizá con posterioridad pueda de nuevo pedirse que se deserte la orden si se aportan los elementos de prueba que faltaban en la primera oportunidad. En segundo lugar, advertimos que es factible que la negativa de orden de aprehensión la haya fundado el juez en la existencia de alguna causa de litud o justificación, como por ejemplo podría ser la legítima defensa, en atención a la cual aun cuando en principio se afirme que la conducta del

---

<sup>28</sup> Novena Epoca, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XI, Abril del 2000. Tesis: XXV.2 P. Página: 974.

inculpado es típica por adecuarse a la descripción legal del delito consignado, en realidad no sea antijurídica por estar amparada por dicha causal de licitud, lo cual hará improcedente una orden de captura contra el indiciado quedando ya cerrada definitivamente la causa, sin -- posibilidad de que el Ministerio Público pueda aportar con posterioridad nuevas pruebas que apoyen una nueva solicitud de orden de aprehensión.

**b. Supuestos de causales  
extintivas de la acción.**

Es obvio que cuando se actualiza alguna causa de extinción de la acción penal, esta es razón para que el juzgador niegue válidamente el libramiento de una orden de aprehensión o de comparecencia. Enseguida haremos una breve referencia específica a aquellas causales que, en la práctica, hemos advertido repercuten en la argumentación del juez plasmada en la correspondiente resolución de negativa.

**b1. Muerte del sujeto al que  
se atribuye el delito.**

Las consecuencias derivadas de la comisión de un delito por regla general no deben trascender a persona distinta al sujeto activo. Bajo esta premisa se comprende fácilmente que cuando acaece la muerte del imputado, el legislador considere necesaria la extinción de la acción. El ejercicio de ésta no podría realizarse en contra de personas fallecidas, ni mucho menos el juzgador librar una orden de aprehensión o de comparecencia en contra de tal persona. Quizá el ejemplo más frecuente sea el de un indiciado que después de haber sido consignado, muere antes de que el juzgador concluya el estudio sobre la procedencia de la orden solicitada; en tal supuesto, lógicamente habrá de negar la aprehensión o comparecencia por la inexistencia de persona sobre la que recaiga la orden.

## b2. Perdón del ofendido

En delitos perseguibles a instancia de parte, el perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo, extingue la acción penal. Esta causal tiene su fundamento en un principio dispositivo, en tanto que se deja a la decisión del ofendido la persecución del ilícito por parte del Estado. Debe reunir, sin embargo, determinadas condiciones de carácter procedimental pues, para que surta efectos, habrá de otorgarse hasta antes del pronunciamiento de sentencia de

segunda instancia. Así lo dispone el artículo 93 del Código Penal para el Distrito Federal, que a la letra dice:

*"El perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón este no podrá revocarse.*

*Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por la declaratoria de perjuicio o por algún otro acto equivalente a la querrela, siendo suficiente para extinción de la acción penal la manifestación de quien está autorizado para ello de que el interés afectado ha sido satisfecho.*

*Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga.*

*El perdón sólo beneficia al inculpado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o legitimado para otorgarlo, hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses*

*o derechos, caso en el cual beneficiará a todos los inculpados y al encubridor.*

*El perdón del ofendido y del legitimado para otorgarlo en delitos de los mencionados en los dos párrafos anteriores, también extingue la ejecución de la pena, siempre y cuando se otorgue de manera indubitable ante la autoridad ejecutora”.*

Una observación que puede resultar interesante se desprende del penúltimo párrafo de este precepto sustantivo: Pensemos en la hipótesis de que en averiguación previa el autor material haya sido favorecido con el perdón de un ofendido por delito de abuso de confianza, no así el encubridor, quien por tanto es consignando ante el juez. En tal situación, no será procedente el libramiento de orden de captura en contra de dicho interviniente encubridor, por la sencilla razón de que existe un principio lógico que dice que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y esta implícita en la disposición legal comentada.

b3. El doble juzgamiento de un mismo hecho delictuoso.

Derivada del principio jurídico que dice *non bis in idem*, la prohibición de doble juzgamiento por un mismo hecho delictuoso contenida en el artículo 23 Constitucional, está a su vez reglamentada por el numeral 118 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que a la letra dice: *"Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Cuando se hubiese dictado sentencia en un proceso y aparezca que existe otro en relación con la misma persona y por los mismos hechos considerados en aquél, concluirá el segundo proceso mediante resolución que dictará de oficio la autoridad que esté conociendo. Si existen dos sentencias sobre los mismos hechos, se extinguirán los efectos de la dictada en segundo término"*.

Obvio es que en el segundo de los procesos a que se refiere la disposición transcrita, el juzgador debe negar la solicitud de orden de aprehensión o de comparecencia hecha por el Ministerio Público en un caso específico, porque la situación jurídica del sujeto se rige totalmente por la sentencia del primer proceso. Bajo nuestro régimen, si el tribunal librara la orden de captura o comparecencia en un segundo proceso, operaría aquí con eficacia el juicio de amparo por violación de la garantía contenida en el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

#### b4. Prescripción.

Si seguimos los lineamientos de los artículos 100 y 101 del Código Penal Distrital, encontramos que la prescripción es un medio de extinción de la acción y las sanciones penales. Es personal y basta el simple transcurso del tiempo señalado por la ley.

Los plazos para su operancia se duplican respecto de quienes se encuentren fuera del territorio nacional, si por esta circunstancia no es posible integrar una averiguación, concluir un proceso o ejecutar una sanción. Producirá su efecto aunque no lo alegue el acusado. Los jueces la harán valer oficiosamente tan luego tengan conocimiento de ella, sea cual fuere el estado del proceso.

De lo anterior se comprende que si la prescripción puede dar lugar a la extinción de la acción penal, y que el juez está obligado a hacer la declaratoria correspondiente incluso de oficio, es claro que si al estudiar un expediente para resolver sobre el libramiento de una orden de aprehensión o comparecencia advirtiese la operancia de la prescripción, en lugar de obsequiar la orden deberá declarar extinguida la acción penal.

Sobre el particular es ilustrativo el criterio de la autoridad federal, que a la letra dice:

*"PRESCRIPCIÓN, EL JUEZ DE AMPARO DEBE ANALIZARLA CUANDO SE RECLAMA LA ORDEN DE APREHENSIÓN. Por ser figura procesal de orden público, su estudio es preferente y oficioso. Al combatir el libramiento de una orden de aprehensión como acto reclamado en el juicio de garantías, el quejoso está compareciendo ante los órganos de la autoridad pública en relación con el mandamiento de captura que se está reclamando y siendo la prescripción una figura procesal de estudio preferente y oficioso, el Juez de Distrito tiene la obligación de analizar tanto la legalidad del acto reclamado como los aspectos de competencia, requisitos de procedibilidad, causas de extinción de la acción penal, etc., obligación que en tratándose del juicio de garantías en materia penal, es más amplia, dado que el artículo 76 bis, fracción II, de la Ley de Amparo previene la suplencia de la queja aun la total, en beneficio del reo, es decir, ante la ausencia de conceptos de violación, por lo que si la violación alegada en agravio del quejoso, consiste en no haber cumplido la autoridad responsable con la obligación de declarar de oficio y aun sin haberse hecho valer, la extinción de la acción penal por prescripción, ya que antes de emitir un mandamiento de captura el Juez responsable, debe percatarse si la acción penal se encuentra o no*

*prescrita, en virtud de que, de darse el primer supuesto, si se libra la orden de aprehensión, el acto deviene inconstitucional y conforme lo dispone el artículo 78 de la Ley de Amparo, el acto debe analizarse tal y como aparezca probado ante la responsable, esto es, a no allegarse de más pruebas que le permitan conocer los hechos, que de aquellas que formen parte de la averiguación previa. Por otra parte, en relación al amparo directo, la propia ley de la materia, en su artículo 183, exige que el tribunal supla la deficiencia de la queja cuando estando prescrita la acción penal, el quejoso no la alegue; al existir la misma razón jurídica en el amparo indirecto, no hay obstáculo para realizar su estudio, sobre todo si lo alega el quejoso y las constancias en que se apoya el acto reclamado son aptas y suficientes para dicho examen.”<sup>29</sup>*

c. Causales de deficiencias  
técnicas o formales

Puede ser que exista alguna deficiencia de carácter técnico o formal, por virtud de la cual ni siquiera sea procedente que el juzgador entre al estudio del fondo del asunto, al resolver sobre la orden de aprehensión o comparecencia solicitada por el Ministerio Público.

---

<sup>29</sup> Novena época, Instancia: primera sala. Fuente: Semanario judicial de la federación y su gaceta. tomo X, noviembre de 1999, pág. 316.

Suele ocurrir, por citar un ejemplo de este tipo de deficiencias, que de la averiguación previa enviada al juez se advierta que no consten las firmas del personal o autoridad actuante, o que no exista la firma de la declaración del denunciante. Estas importantes omisiones impiden al tribunal entrar al análisis de fondo del asunto, porque si las actuaciones ministeriales ni siquiera reúnen los requisitos elementales de validez formal, ninguna consideración jurídica eficaz puede resultar de las mismas, y sin más trámite procede la negativa de la orden solicitada por el órgano de acusación.

En última instancia la reunión de determinados requisitos de naturaleza formal son indispensables, porque de otra manera el proceso que llegara a instaurarse ante el juzgador, no podría satisfacer las formalidades esenciales a que obliga el artículo 14 Constitucional, afectándose por tanto la garantía del inculpado a una defensa adecuada. Esta violación procesal sucede también si al momento de declarar el indiciado ante el Ministerio Público, no se encuentre presente su defensor o persona de confianza, por lo cual esa declaración carecerá de valor probatorio alguno, tal y como lo establece la fracción II del artículo 20 Constitucional.

Finalmente, es dable plantear que al momento de estudiar el juez la averiguación previa, advierta que no están correctamente planteados los hechos en el pliego de consignación. Aquí parece ser que si el órgano jurisdiccional debe hacer la calificación jurídica de los hechos consignados, pero no modificar ni alterar éstos, lo procedente será negar la aprehensión o comparecencia, ya que por parte del Ministerio Público debe haber una secuencia lógica en cada uno de los hechos ahí narrados y que concuerden con las pruebas aportadas. Es decir, el tribunal no puede cambiar o modificar el planteamiento de los hechos, porque esto técnicamente es atribución de la parte acusadora, a la que aquél no puede corregir errores ni suplir deficiencias porque estaría invadiendo la esfera competencial del titular de la acción penal, en términos del artículo 21 Constitucional.

### **CAPITULO III**

#### ***DESVINCULACION AL PROCEDIMIENTO JUDICIAL POR LIBERTAD CON RESERVAS***

- 1. Resoluciones de libertad con reservas  
frente a determinaciones judiciales  
de libertad definitiva**

Finalmente, es dable plantear que al momento de estudiar el juez la averiguación previa, advierta que no están correctamente planteados los hechos en el pliego de consignación. Aquí parece ser que si el órgano jurisdiccional debe hacer la calificación jurídica de los hechos consignados, pero no modificar ni alterar éstos, lo procedente será negar la aprehensión o comparecencia, ya que por parte del Ministerio Público debe haber una secuencia lógica en cada uno de los hechos ahí narrados y que concuerden con las pruebas aportadas. Es decir, el tribunal no puede cambiar o modificar el planteamiento de los hechos, porque esto técnicamente es atribución de la parte acusadora, a la que aquél no puede corregir errores ni suplir deficiencias porque estaría invadiendo la esfera competencial del titular de la acción penal, en términos del artículo 21 Constitucional.

### **CAPITULO III**

#### ***DESVINCULACION AL PROCEDIMIENTO JUDICIAL POR LIBERTAD CON RESERVAS***

- 1. Resoluciones de libertad con reservas  
frente a determinaciones judiciales  
de libertad definitiva**

Cuando un órgano jurisdiccional dicta una resolución en la que decreta la libertad del encausado, lo primero que cabe preguntarse es si los efectos de esa determinación son o no definitivos. La respuesta es muy sencilla: la propia ley adjetiva penal establece las dos categorías posibles, es decir, resoluciones judiciales en las que la libertad decretada es solamente provisional o con reservas, frente a resoluciones en las que esa libertad es definitiva o absoluta.

El criterio de distinción entre estas dos clases de determinación judicial también se encuentra en el texto mismo de la ley procesal, siendo obvio que para los efectos de la secuela de un proceso, el pronunciamiento de una libertad con reservas deja abierta la posibilidad de que con nuevos datos de prueba aportados con posterioridad, se abra nuevamente la tramitación de la causa; así, por ejemplo, se explica que el artículo 302 del Código de Procedimientos Penales Distrital, disponga que *"...el auto de libertad por falta de elementos para procesar...no impedirá que posteriormente, con nuevos datos se proceda en contra del indiciado"*. En cambio, la resolución de libertad definitiva cierra toda posibilidad de continuación del proceso.

Ahora bien, en un mismo tipo de resolución judicial pueden presentarse las dos variantes de libertad que nos

ocupan. Tal es el caso del auto dictado conforme al artículo 19 Constitucional, que debe dictar la autoridad judicial dentro del plazo de setenta y dos horas; en un primer supuesto, ante la falta de prueba para el acreditamiento del cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal, procede decretar la libertad con reservas de ley, quedando abierta la causa para eventuales datos de prueba demostrativos de los extremos indicados; y en una segunda hipótesis, si se actualiza alguna causal de extinción de la acción o una eximente de responsabilidad penal, la libertad procedente debe dictarla el juzgador con carácter definitivo.

Luego entonces, si dentro del plazo señalado por el artículo 19 Constitucional es factible decretar una libertad absoluta, esta circunstancia cierra el procedimiento y no podrá reiniciarse por los mismos hechos que fueron materia de esa resolución, pues se violaría el principio jurídico de *nom bis idem*.

En dicho auto sería factible incluso decretar el sobreseimiento si se da alguno de los supuestos previstos por el artículo 660 del Código Procesal Penal para el Distrito Federal, de tal manera que al quedar firme adquirirá los efectos de una sentencia absolutoria con valor de cosa juzgada, como lo dispone el numeral 667 del mismo ordenamiento adjetivo. En tales condiciones, no

podrán practicarse con posterioridad nuevas diligencias en averiguación de los hechos, pues por disposición de la ley y como acertadamente lo anota González Bustamante, es indudable que *"...el auto de sobreseimiento tiene la misma fuerza legal que una sentencia absolutoria"*.<sup>30</sup>

Dentro de los supuestos de resoluciones apelables contenidos en la fracción III del artículo 418 del Código Adjetivo Penal del Distrito Federal, encontramos el de los autos que *"...declaran no haber delito que perseguir..."*. En esta categoría es claro que la libertad del inculpado que ha de decretar el juez es siempre definitiva, porque obviamente la declaratoria de inexistencia de delito implica que los hechos planteados en la pretensión punitiva, no son constitutivos de ningún ilícito previsto por la ley penal positiva, por lo que no puede quedar abierta la secuela procesal, situación que, por lo demás, es la razón que justifica la apelabilidad de la resolución correspondiente.

En todo caso parece lógico identificar de alguna manera las resoluciones de libertad definitiva con aquellas que desligan totalmente del proceso al encausado. Esto es así, por citar un ejemplo, tratándose de las sentencias absolutorias, en las que el término mismo que designa la acción "absolver", implica al mismo tiempo la liberación

---

<sup>30</sup> GONZALEZ, Bustamante Juan José, Principios de derecho procesal mexicano, editorial Porrúa, México, pág. 196 y 197.

definitiva del imputado respecto de la acusación formulada en su contra y de todas las consecuencias derivadas del proceso. Mientras que las determinaciones de libertad con reservas no desvinculan de modo definitivo al inculpado del proceso respectivo, sino únicamente en forma provisional o transitoria, al quedar sujeta su situación jurídica a la posibilidad de sean recabadas pruebas ulteriores en su contra.

## 2. Determinación de libertad por falta de elementos para procesar

La resolución judicial característica en que es factible decretar por el juzgador una libertad por falta de elementos para procesar, se refiere al auto del plazo previsto por el artículo 19 Constitucional. Ahí se ordenará que el inculpado sea restituido en el goce de su libertad, por no estar integrado el cuerpo del delito o la probable responsabilidad.

Se trata de una resolución de libertad relativa, precaria, que no sustrae al inculpado del proceso, aunque lo exima de prisión preventiva. Para poder proceder se necesitan nuevos datos de cargo, con los que quizá proceda nueva orden de aprehensión y la reapertura del procedimiento ante la autoridad judicial; esto, obedece a que no puede ser detenido nuevamente en base a los mismos datos

iniciales tomados en cuenta por el juez para dictar el auto de libertad por falta de elementos para procesar con reservas de ley.

Clariá Olmedo sostiene que la expresión "falta de méritos" contenida en nuestra legislación procesal penal antes de su reforma de febrero de 1994, que la reemplazó por la expresión "falta de elementos", significa precisamente la ausencia de elementos de convicción suficientes para la procedencia del procesamiento en relación a las personas indicadas en la imputación o traídas al proceso durante las investigaciones.<sup>31</sup> Tal carencia de elementos probatorios no podría dar lugar a una libertad absoluta, porque como ya se dijo anteriormente, el inculpado queda sujeto a las contingencias que surjan en las posteriores investigaciones y que pueden motivar una nueva orden de aprehensión.

#### a. Requisitos formales y substanciales

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 302 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, encontramos los requisitos que debe contener una

---

<sup>31</sup> CLARIA, Olmedo Jorge A., Tratado de derecho procesal penal, Ediar editores S.A., Buenos Aires, tomo IV, P.p. 365.

resolución judicial de libertad con reservas; en efecto, dicho precepto a la letra dice: *"El auto de libertad por falta de elementos para procesar se fundará en la falta de pruebas relativas a la existencia del cuerpo del delito o de la probable responsabilidad del consignado; contendrá los requisitos señalados en las fracciones I y VII del artículo 297 de este Código..."*. Como fácilmente se advierte, esta disposición establece el supuesto contrario al de los artículos 19 Constitucional y 297 fracciones III y VI del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que exigen para el pronunciamiento de un auto de formal prisión la existencia de pruebas que acrediten la corporeidad del ilícito y de la probable responsabilidad penal del indiciado en su comisión. Claro está que de no reunirse prueba suficiente para tales efectos, lejos de proceder la formal prisión habrá de dictarse al indiciado su libertad con reservas.

También es evidente que los requisitos substanciales de un auto de libertad con reservas en términos legales, consisten precisamente en los que señalan los citados artículos 302 y 297 fracciones III y VI, estas últimas interpretadas a contrario sensu, traduciéndose en elementos negativos como son la falta de comprobación del cuerpo del delito o de la probable responsabilidad penal del indiciado.

Por otra parte, los requisitos de forma están representados por las exigencias de las fracciones I y VII del artículo 297 adjetivo penal. La primera de tales fracciones a la letra dice:

*"I.-Se dictará dentro del plazo de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial. Este plazo se duplicará cuando lo solicite el inculcado por sí, o por su defensa, al rendir su declaración preparatoria, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica..."*

En tanto que la fracción VII, dispone: *"Los nombres y firmas del Juez que dicte la resolución y del Secretario que lo autorice"*.

**b. Carencia probatoria respecto de la corporeidad del ilícito**

Una de las razones por las que se niega una orden de aprehensión o de comparecencia es por la carencia de uno o más elementos que integran un tipo penal, o porqué el Ministerio Público en su pliego de consignación integra mal la averiguación previa, debido a que en los hechos

narrados constitutivos de un posible delito, no encuadran en el tipo del delito que enmarca la ley penal sustantiva siendo tal vez un delito, pero no el descrito por el Representante Social.

c. Prueba insuficiente en cuanto a  
la culpabilidad probable

Quando el individuo, por falta de madurez, por defecto psíquico, por desconocer el contenido de la prohibición normativa (error de prohibición) o por encontrarse en una situación que no le era exigible un comportamiento distinto, ó como lo apunta Muñoz Conde *"no puede ser motivado por la misma norma o la motivación se altera gravemente"*<sup>32</sup> faltará la culpabilidad, es decir, el hecho típico y antijurídico no podrá atribuirse a su autor y, por tanto, éste tampoco podrá ser sancionado con una pena.

Es por ello, que al atender a contrario sensu lo contenido en el artículo 16 constitucional al disponer *"...no podrá librarse orden de aprehensión... y existan datos... que hagan probable, la responsabilidad del indiciado..."*; se entiende que si no hay "datos" que supongan la probable

---

<sup>32</sup> MUÑOZ, Conde Francisco y otro, Derecho penal parte general, 2a. edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, P.p.4.

responsabilidad del indiciado, éste quedará eximido de cualquier responsabilidad.

Así tenemos por ejemplo cuando el denunciante hace una imputación directa en contra del sujeto activo, sin que se encuentre apoyado por ningún otro medio de prueba, no podrá librarse una orden de aprehensión o de comparecencia, dado que se necesitan otros indicios que lo hagan suponer su responsabilidad probable del indiciado.

Por otro lado, cuando de medios probatorios obtenidos durante la averiguación previa el órgano jurisdiccional considera que son contradictorios entre sí, éste podrá negar la orden de captura o de comparecencia.

Ahora bien, otra de las múltiples causas que originan que un sujeto activo, no se le considere probable responsable y como consecuencia de ello, no se le pueda sujetar a un proceso, es cuando por falta de madurez o por defectos psíquicos de cualquier origen, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más de que sean típicos y antijurídicos.

El error de prohibición constituye otra causa por la que no puede recaer en el sujeto activo la culpabilidad, ya que,

no sólo existe cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud de su hecho. Así tenemos que existe error de prohibición como lo apunta Muñoz Conde cuando en ocasiones el autor desconoce la existencia de una norma que prohíbe su hacer ó en una segunda hipótesis cuando el autor sabe que su hacer está prohibido en general, pero cree que en el caso concreto se da una causa de justificación que lo permite, que actúa dentro de los límites de la misma.<sup>33</sup>

En otro orden de ideas tenemos que el derecho no puede exigir comportamientos heroicos o, en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes que sacrificar su propia vida o su integridad física. Por lo que en este caso, la no exigibilidad de un comportamiento distinto en esas situaciones no excluye la antijuricidad sino la culpabilidad. Ahora bien cuando el sujeto activo se encuentra en una situación en donde tiene que elegir entre sacrificar un bien jurídico cuando con dicho sacrificio se quiere salvar otro de mayor valor, nos encontramos ante una causa de justificación que exime al inculpaado de su presunta responsabilidad por ejemplo cuando una mujer tiene un embarazo de alto riesgo y como

---

<sup>33</sup> Cfr. ob. cit. pág. 159.

consecuencia de ello se debe de elegir entre la vida de la madre o del producto, se estará ante un aborto terapéutico, que será antijurídico pero no culpable. En este sentido encontramos un gran número de situaciones que nos llevan a establecer que a juicio del Juzgador se puede negar la orden de aprehensión o de comparecencia solicitada.

### 3. Resolución de libertad con reservas por desvanecimiento de datos

Estamos ante una resolución que pone fin al incidente planteado por alguna de las partes, al sostener el desvanecimiento de los datos probatorios que sirvieron para establecer, tanto el cuerpo del delito como la probable responsabilidad penal, en el auto de formal prisión.

Sabemos que la expresión "incidente" proviene del latín *in caedere* (interrumpir, surgir en medio de), por lo que jurídicamente se refiere a cuestiones accesorias que relacionadas con la principal, objeto del proceso, surgen durante la tramitación de éste.<sup>34</sup>

Cada incidente tiene su propia naturaleza y especial procedimiento, como sucede en el caso de la libertad por

desvanecimiento de datos, que está regulada en los artículos 546 al 551 del Código Procesal Penal para el Distrito Federal. Así, vemos que el numeral 547 de tal ordenamiento con tiene dos fracciones para fijar las dos hipótesis de procedencia del incidente, que son:

*"I. Cuando en el curso del proceso se hayan desvanecido, por prueba plena, las que sirvieron para comprobar el cuerpo del delito y, II. Cuando sin que aparezcan datos posteriores de responsabilidad, se hayan desvanecido, por prueba plena, los señalados en el auto de formal prisión o sujeción a proceso, para tener al procesado como probable responsable".*

Según sea el supuesto que en el caso concreto se actualice, serán los efectos de la libertad decretada por el juzgador. El párrafo primero del artículo 551 del Código Procesal Penal del Distrito Federal señala: *"En el caso de la fracción II del artículo 547 de este Código, la resolución que conceda la libertad tendrá los mismos efectos del auto de libertad por falta de elementos, quedando expedida la acción del Ministerio Público para pedir de nuevo la aprehensión o comparecencia del inculpado, si aparecieren nuevos datos que lo ameriten, así como nueva formal*

---

<sup>34</sup> ARILLA, Bas Fernando, ob. cit., pág. 214.

*prisión o sujeción a proceso*". Se parte aquí de la base de que solamente se ha desvanecido el material probatorio referente a la probable culpabilidad del indiciado, que precisamente por ser una posible responsabilidad penal ha de quedar abierta la causa a la recepción de nuevos elementos de prueba, con los que se incrimine posteriormente al indiciado.

Por otro lado, el párrafo segundo del citado precepto 551, expresamente contempla el supuesto de una libertad definitiva, pues a la letra dice: *"En el caso de la fracción I del artículo 547 de este Código, la resolución que conceda la libertad, tendrá efectos definitivos y se sobreseerá el proceso"*. A nuestro parecer, la razón de que en esta hipótesis la libertad deba ser absoluta estriba en que lo que se ha desvanecido indubitadamente en el proceso son las probanzas demostrativas del cuerpo del delito, al grado de que aun posteriormente será insostenible la existencia de ese ilícito.

Si partimos de que el incidente de libertad por desvanecimiento de datos puede promoverse en cualquier momento posterior a la formal prisión y hasta antes de que se dicte sentencia definitiva, es obvio que dentro de ese mismo lapso puede emitirse por el órgano jurisdiccional una resolución con reservas por desvanecimiento de datos. Ciertamente, con posterioridad al momento en que se dicta

el auto de formal prisión, es factible que aparezca una prueba que por sí sola anule a las que sirvieron de base a aquella resolución judicial, lo que es de tal importancia que necesariamente debe resolverse antes de que se pronuncie sentencia definitiva. Estamos entonces ante una cuestión que surge, un punto que se debate y es necesario resolver mediante un procedimiento especial y que es el llamado incidente de libertad por desvanecimiento de datos. La resolución en la que el juzgador decide sobre la pretensión del incidentista, en caso de decretar la libertad del procesado podrá tener efectos definitivos o con reservas, según sea que lo desvanecido haya sido el cuerpo del delito o la probable responsabilidad, respectivamente, según anotamos con antelación.

Conforme a todo lo anterior, advertimos que la determinación judicial que resuelve el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, produce dos efectos fundamentales:

- 1) Dado que la resolución del incidente es apelable conforme al artículo 549 del Código Adjetivo Penal Distrital, en caso de que el auto de libertad con reservas sea objeto de apelación, la sentencia de segunda instancia que resuelva el recurso confirmando la resolución impugnada, producirá los mismos efectos del auto de libertad por falta de elementos para procesar, como lo apuntamos

anteriormente, quedando expedita la acción del Ministerio Público para pedir de nuevo la aprehensión del inculpado, si aparecieran nuevos datos que lo ameriten, así abierta la posibilidad de una nueva formal prisión. A fin de cuentas se trata de la confirmación por el Tribunal de Alzada de una libertad con reservas, por lo que inclusive la sentencia de segunda instancia que asume como válida jurídicamente la libertad decretada inicialmente, debe entenderse también con reservas.

2) Cuando el instructor niega la libertad, el procesado tendrá derecho a impugnar la resolución y si la sentencia que resuelve el recurso es confirmatoria, el proceso continuará en todos sus trámites.

Sin embargo, si en segunda instancia se revocara esa resolución del juez "a quo" y, en su lugar, decretara la libertad ante la procedencia del supuesto de la fracción II del artículo 547 del Código Adjetivo Penal del Distrito Federal, los efectos de esa determinación serán provisionales o con reservas, por lo que el Ministerio Público podrá recabar nuevas pruebas y hacer valer posteriormente su pretensión punitiva ante el juez de primer grado.

## CAPITULO IV

### *ANALISIS DEL ARTICULO 36 DEL CODIGO ADJETIVO PENAL DISTRITAL EN FUNCION DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES*

#### 1. Texto del artículo 36 anterior a su última reforma

Hasta antes de su última reforma el texto del artículo 36 del Código Adjetivo Penal Distrital a la letra establecía: *"Cuando se haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia, o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, si no se aportan por el ofendido o por el Ministerio Público pruebas dentro de los sesenta días a partir del siguiente en que se les haya notificado estas resoluciones, o su desahogo, no son suficientes para librar las órdenes referidas, se sobreseerá la causa".*

#### 2. Razones legislativas de la reforma

##### a. Argumentos a favor

Uno de los argumentos por los que se planteó la necesidad de modificar el anterior texto del artículo 36 Adjetivo Penal fue el expuesto por la diputada Yolanda Tello Mondragón ante la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, donde expuso:

*"...El artículo 36, propone eliminar el arbitrario plazo de 60 días con que cuenta el Ministerio Público cuando se le notifica que ha sido negada la solicitud de orden de aprehensión o de comparecencia o al auto la libertad por falta de elementos para procesar. Este plazo modifica los términos para la prescripción al convertirse en un plazo prescriptivo de los delitos que origina impunidad y que en la práctica equivale a una sentencia sin proceso. La reforma exige al juez que precise los datos que motivaron su determinación para que con su resolución de pie a la continuación de la actividad ministerial..."*<sup>35</sup>

Otro argumento en pro de la reforma fue el señalado por la diputada María de los Angeles Correa de Lucio, al exponer:

---

<sup>35</sup> Asamblea Legislativa del Distrito Federal, diario de debates, número 7, de fecha 07 de septiembre de 1999, pág. 36 y 37.

*"...actualmente se limita legalmente las posibilidades del ministerio Público y con ello las del mismo afectado por la comisión del injusto, a un plazo perentorio y arbitrario del legislador cuando la autoridad jurisdiccional deja los expedientes para efectos del artículo 36, que los constriñe a la aportación de medios que el juez considere idóneos y aptos para acreditar los elementos integrantes del tipo penal del delito correspondiente, dentro de los posteriores 60 días con la siguiente preclusión de ese derecho de no lograr en tal medida, lo que se está haciendo es limitar asimismo, como ya se apuntaba, los derechos del ofendido y las víctimas en su caso sobre los derechos del inculgado, lo cual se estima es injusto, no solo desde el punto de vista legal, sino además humano puesto que si por una parte ya existe la seguridad jurídica para el referido inculgado de que la imputación en su contra ha sido analizada por el juez para efecto de verificar la procedencia legal de lo solicitado por el ministerio público en uso de la facultad constitucional conferida para consignar el hecho ante aquel. No es congruente que además de que en sí mismo la proporción en igual medida la figura de prescripción, esto no se va al infinito, hay reglas precisas y claras que señalan cuando prescribe la acción punitiva del estado y que es, como bien lo dicen las tesis, una arbitrariedad y en donde se deja sin defensa a las víctimas..."* <sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Asamblea Legislativa del Distrito Federal, diario de debates, número 7, de fecha 07 de septiembre de 1999, pág.52.

b. Argumentos en contra

En contraposición a los argumentos favorables a la reforma, encontramos la posición de quienes opinaron en contra. Tal fue el caso del diputado José Alfonso Rivera Dominguez, al señalar:

*"...vemos con preocupación el artículo 36 de la reforma al Código de Procedimientos Penales, porque en efecto rompe con el principio de separación de poderes cuando el ministerio Público le indica al juez o le pide que le indique cuáles son los errores que debe subsanar para integrar la averiguación previa, y se elimina además el término correspondiente para que se resuelva en cuanto a si es procedente o no el ejercicio de la acción penal. Esta reforma atentará contra la seguridad jurídica de los gobernados...".<sup>37</sup>*

Asimismo otro argumento en contra lo encontramos en las palabras contenidas por el diputado José Eduardo Escobedo Miramontes, pues indica:

---

<sup>37</sup> Asamblea Legislativa del Distrito Federal, diario de debates. número 7, de fecha 07 de septiembre de 1999, pág.43.

*"...¿por qué estamos en contra nosotros? Bueno estamos en contra de ese artículo 36, porque si nos parece que en la manera en como está redactada hay un peligroso señalamiento de que termine el juez haciendo el trabajo del ministerio público. Ahora resulta que el juez, bueno, desde luego que tiene que motivar y fundar sus resoluciones, pero en contra el 36 que hoy señala que el juez le dice al Ministerio Público, oye tu Ministerio Público no me están dando elementos de prueba para seguir, ahora resulta que el juez tiene que decirle todo, deberá, es la expresión que usan ustedes en el artículo, deberá decirle al ministerio público todo, a ver con qué imparcialidad después el juez envía de regreso, cuando el ministerio público diga es que yo ya aquí cumplí todo lo que tu me dijiste, a ver si el juez no se ve encajonado en su labor de imparcialidad para aún así decir, pues evidentemente no te doy la orden de aprehensión o dicto una libertad por falta de méritos para procesar..."*<sup>38</sup>

Como acaba de verse, la razón por la que se propuso reformar el artículo 36 adjetivo penal fue eliminar lo que algunos legisladores consideraban el arbitrario plazo de 60 días con que contaba el Ministerio Público, cuando se le notificaba la negativa a su solicitud de libramiento de orden de aprehensión o comparecencia, o el auto de libertad por

---

<sup>38</sup> Asamblea Legislativa del Distrito Federal, diario de debates, número 7, de fecha 07 de septiembre de 1999, pág.49.

falta de elementos para procesar, pues argumentaban: *"este plazo modifica los términos de la prescripción al convertirse en un plazo prescriptivo de los delitos, que origina impunidad y que en la práctica equivalía, según ellos, a una sentencia sin proceso"*.<sup>39</sup>

Se consideraba que con el término de 60 días se limitaban legalmente las posibilidades del Ministerio Público y, con ello, las del mismo afectado por la comisión del injusto, a un plazo perentorio y arbitrario del legislador. Cuando la autoridad judicial dejaba los expedientes para efectos del artículo 36, constreñía al Ministerio Público y al ofendido a la aportación de medios que el Juez considerase idóneos y aptos, para acreditar los elementos integrantes del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, ya que significaba que si no se reunían esos dos requisitos dentro de los posteriores 60 días, precluía su derecho de lograr la orden de aprehensión o de comparecencia, sobreseyéndose la causa.

Con la reforma se propuso exigir al Juez que precise los datos que motivaron su determinación, para que con su resolución de pie o facilite el perfeccionamiento del planteamiento o solicitud del Ministerio Público, evitándose incluso demora en el procedimiento. También se buscó

---

<sup>39</sup> Asamblea Legislativa del Distrito Federal, diario de debates, número 7, de fecha 07 de septiembre de 1999, pág. 36.

eliminar la figura del sobreseimiento, por considerar incorrecto que finalizara de manera anticipada el procedimiento.

### 3. Texto actual del artículo 36

El contenido actual del artículo 36 es el siguiente:

*"Cuando se haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia, o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, por considerar que no están reunidos los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 132 y 133 de este Código, el Juez penal deberá señalar aquellos requisitos que a su juicio no se encuentran satisfechos, fundando y motivando su resolución, y el Ministerio Público practicará las diligencias necesarias para integrar debidamente la averiguación previa correspondiente".*

En esta redacción el legislador del Distrito Federal eliminó el plazo dentro del cual el Ministerio Público estaba obligado a aportar pruebas luego de la negativa inicial de la orden solicitada; también quitó del texto del artículo la figura del sobreseimiento; y obligó al juez o tribunal a cumplir labores de asesoramiento al Representante Social, porque lo obliga a señalarle los requisitos hagan falta

satisfacer para librar la orden de aprehensión o de comparecencia.

Una observación oportuna estriba en señalar que al desaparecer de la norma procesal que nos ocupa la figura del sobreseimiento, cobra relevancia la prescripción como la forma alternativa de conclusión de la causa. Dicho en otras palabras, una vez que el juez ha negado el libramiento de la orden de captura o comparecencia, empieza a correr el término de la prescripción de la acción, toda vez que ya no existe el antiguo plazo de 60 días para aportación de pruebas.

#### 4. Vulneración del mandato del artículo 21 Constitucional y del principio de igualdad

El artículo 21 Constitucional, en su primer párrafo establece que *"...La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público..."*.

Esta disposición comprende dos garantías diversas: La primera se refiere a la exclusiva facultad judicial para imponer penas.

Actualmente esta atribución asegura al individuo el derecho subjetivo en el sentido de que ninguna autoridad estatal, que no sea la jurisdiccional puede imponerle pena alguna, como consecuencia del proceso y en el caso que así corresponda.

La segunda garantía regula las funciones del Ministerio Público, al erigirlo en exclusivo titular de la acción penal que implica la investigación y persecución de delitos. El segundo de tales aspectos es de innegable trascendencia, pues se traduce en una garantía de seguridad jurídica. Al otorgarle al Ministerio Público la titularidad de la acción penal, solo éste puede investigar, perseguir los delitos (auxiliándose de la policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato) y acusar por los mismos; así, ha de llevar la pretensión punitiva adelante en el proceso, impidiendo que el particular u otras autoridades realicen esa función. Una consecuencia obvia de esto consiste en la eliminación del proceder oficioso inquisitivo del juez, que en algún momento histórico permitió nuestra legislación procesal, quien no puede actuar en el esclarecimiento de los delitos y en la determinación de la responsabilidad penal de los autores, sin el previo ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público.

Por tanto, la disposición contenida en el artículo 36 vulnera el mandato del artículo 21 Constitucional, al exigir que el Juzgador deba señalar aquellos requisitos que a su juicio no estén satisfechos para el libramiento de la orden de aprehensión o de comparecencia, porque si bien es cierto que cualquier resolución judicial debe estar fundada y motivada en términos del artículo 16 Constitucional, esto no significa que invariablemente el juzgador deba ilustrar al órgano de acusación, indicándole cuáles son los obstáculos que debe allanar para que prospere su petición de orden de captura o comparecencia.

Es posible que en muchos casos, al negar fundada y motivadamente el juez la negativa de la orden solicitada, implícitamente haga saber al mismo tiempo al Representante Social cuáles elementos o requisitos deba aportar para que se atienda favorablemente su petición, pero no siempre tendrá que suceder así, ya que en infinidad de ocasiones la negativa expuesta por el órgano de decisión no contiene el señalamiento de aquello que al Ministerio Público falte por recabar. Así, resulta claro que si al juez se impone como regla que en todos los casos aleccione al acusador sobre todo aquello que debe reunir o recabar, para que sea procedente una solicitud de orden de aprehensión o comparecencia, se le está convirtiendo en un mero asesor o auxiliar del Ministerio Público, vulnerando la garantía del artículo 21 de nuestro máximo

ordenamiento al hacer desaparecer prácticamente los límites de las esferas de competencia entre los órganos de acusación y decisión.

También observamos que se conculca la garantía de igualdad cuya regla general establece el artículo 1o. de nuestra la Constitución Política. En efecto, el artículo 36 del Código Procedimental Penal Distrital, coloca al Ministerio Público en una abierta situación de ventaja frente a la persona inculpada por un posible hecho delictuoso, debido a que esa disposición procesal obliga al órgano jurisdiccional a hacerle notar a aquél sus deficiencias, para que de esta manera tenga mayor oportunidad de subsanarlas, corregirlas, enmendarlas, e intentar nuevamente obtener la orden de aprehensión o de comparecencia. Se rompe así el equilibrio entre las partes, porque el juez se inclina o toma partido a favor de la acusadora, más aun si tenemos en cuenta que el cuestionado artículo 36 adjetivo penal no hace ninguna referencia a los derechos del indiciado, pues dicho precepto no establece que, ante el mismo juez encargado del asunto, el inculcado deba enterarse de las circunstancias en que inicialmente haya sido negada la orden de captura o comparecencia. Sucede entonces que hasta en repetidas ocasiones el Ministerio Público, al amparo del numeral 36 en cita que indebidamente lo favorece, acude ante el juez hasta lograr el libramiento de

la orden de aprehensión, sin que nunca el indiciado se hubiese enterado de las resoluciones judiciales de negativa precedentes, por lo que evidentemente que aquí se rompe el principio de igualdad que debiera hacer imperar la autoridad jurisdiccional en cualquiera de sus trámites.

#### 5. Inseguridad jurídica por la carencia de límite temporal a la posibilidad de pretensión Ministerial.

La seguridad jurídica se ve vulnerada por la carencia de un límite temporal a la pretensión ministerial. Como ya se dijo, el Ministerio Público está facultado para solicitar una orden de aprehensión o comparecencia, o cuando se haya dictado un auto por falta de elementos para procesar; pero cuando a juicio del Juez no estén reunidos los requisitos constitucionales y procesales secundarios, procederá negar la orden solicitada, lo que debe estar fundado y motivado, además de ilustrar al solicitante sobre aquello que le falte por reunir para la operancia de su petición.

En base a esta resolución el Ministerio Público puede reunir posteriores pruebas para volver a intentar su pretensión; sin embargo, si de nueva cuenta se niega la orden, podrá seguir intentando obtener una decisión del juzgador a su favor, sin limitación temporal alguna,

creándose una situación de incertidumbre o inseguridad para todas aquellas personas involucradas como inculpados en ese tipo de asuntos, lo que solamente puede cesar, en su caso, con la prescripción de la acción penal, aunque ciertamente se verá interrumpida por las actuaciones que el órgano ministerial practique en averiguación del delito o del delincuente para presentarlas al juez y solicitar nuevamente la orden inicialmente negada.

#### 6. Aspectos relevantes de prescripción en el contexto actual del artículo 36

Es importante examinar cuestiones de prescripción al referirnos al artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, porque una vez que el órgano jurisdiccional ha negado la orden de aprehensión o comparecencia, empieza a correr el término para la operancia de esa causal de extinción de la acción penal.

La prescripción de la acción tal como está regulada en el Código Penal para el Distrito Federal, ofrece básicamente los siguientes aspectos:

1) Conforme al artículo 105, el plazo para que opere es el equivalente al término medio aritmético de la penalidad

privativa de libertad señalada legalmente para el delito de que se trate, pero que en ningún caso será menor a tres años.

2) Según el artículo 107, salvo que la ley prevenga otra cosa, la acción penal derivada de un delito perseguible por querrela o acto equivalente, prescribirá en un año contado desde el día en que quienes puedan querellarse o realizar el acto equivalente, tengan conocimiento del delito y del delincuente, y en tres años fuera de esta circunstancia. Pero una vez llenado el requisito de procedibilidad dentro de dicho plazo, la prescripción seguirá corriendo según las reglas para los delitos perseguibles de oficio.

3) En atención al contenido del artículo 110, la prescripción de las acciones se interrumpirá por las actuaciones en averiguación del delito o del delincuente, aunque por ignorarse quién sea éste no se practiquen las diligencias contra persona determinada; y si se dejare de actuar, la prescripción *empezará a correr de nuevo* desde el día siguiente al de la última diligencia. Sin embargo, esa interrupción *solo podrá ampliar hasta una mitad los plazos señalados en los artículos 105 a 107; y*

4) De acuerdo con el artículo 111, las reglas anteriores *no operaran* cuando las actuaciones se practiquen después

de que haya transcurrido *la mitad del lapso necesario* para la prescripción, excepto la disposición del artículo 107 para que se satisfaga la querrela u otro requisito equivalente.

En función de los anteriores aspectos que hemos señalado, resulta que si se considera que las actuaciones en investigación del delito o del delincuente interrumpen la prescripción de la acción, en cada una de las ocasiones en que el Ministerio Público practica diligencias para recabar pruebas que apoyen una nueva petición de orden de aprehensión o comparecencia, se esta interrumpiendo la prescripción de la acción. Cabe preguntarnos entonces si cada vez que se interrumpe la prescripción, el cómputo debe estimarse abonando los períodos parciales transcurridos desde la primera negativa del juez, o si se computará de nueva cuenta iniciando un nuevo plazo a partir de la última negativa de orden de aprehensión o comparecencia, sin añadir tiempo transcurrido con anterioridad.

En caso de responder que no se cuenten los lapsos que mediaron entre las negativas anteriores, entonces resultaría que la acción penal será imprescriptible, porque el artículo 36 permite que indefinidamente el Ministerio Público acuda ante el juez a solicitar la orden de aprehensión o comparecencia con base en nuevas pruebas que recabe en cada una de las ocasiones.

7. Propuesta de límites no temporales y de prohibición de asesoría judicial al Ministerio Público.

Hemos visto que con la propuesta de la reforma al anterior texto del artículo 36, se planteaba la necesidad de quitarle el límite temporal para poder sobreseer la causa, si el Ministerio Público o el ofendido no aportaban pruebas dentro de los sesenta días a partir del siguiente en que se les notificaba la resolución que negaba la orden de captura o de comparecencia, o el dictado el auto por falta de elementos para procesar; con ello, se pensaba que generaba un estado de impunidad, puesto que era un lapso muy corto para poder integrar debidamente la causa. Sin embargo, consideramos, que la decisión de eliminar un límite temporal no fue del todo correcto, dado que al no tener ese "límite" se deja ahora al indiciado en una incertidumbre total, al quedar supeditada su situación jurídica a la posibilidad de indefinidas peticiones o solicitudes de libramiento de la orden de captura o de comparecencia por parte del Ministerio Público, que puede hacer reiteradamente mientras no prescriba la acción penal.

Es por ello que proponemos que se establezca un límite, para dar a todas aquellas personas involucradas como indiciados en un procedimiento penal un mínimo de seguridad o certidumbre jurídica, porque es inadmisibles que las causas penales ya consignadas ante los jueces queden abiertas por un lapso extremadamente prolongado, con el único propósito de que el Ministerio Público solicite cuantas veces lo quiera una orden de aprehensión o de comparecencia en contra de tales inculpados.

Ese límite quizá pueda ser temporal, como podría serlo el de un año contado a partir de la notificación de la primera negativa de la orden respectiva; pero también sería factible establecer un límite no temporal y que podemos plantear bajo esta fórmula: Cuando se haya negado hasta en dos ocasiones una orden de aprehensión o de comparecencia, el juez decretará de oficio el sobreseimiento de la causa y ordenará archivar definitivamente el expediente.

En otro orden de ideas, cabe señalar que en el actual artículo 36 Procesal Distrital, ya no se establece la figura del sobreseimiento. Consideramos incorrecta esta postura, puesto que el sobreseimiento pone fin al proceso de forma anticipada, con el objeto de evitar que las causas penales estén abiertas por largos períodos o indefinidamente. Gabriel Darío Jarque define esta figura como "...una

*resolución judicial fundada mediante la cual se decide la finalización de un proceso criminal respecto de uno o de varios imputados determinados, con anterioridad al momento en que la sentencia definitiva cobre autoridad de cosa juzgada, por mediar una causal que impide en forma concluyente la continuación de la persecución penal...".<sup>40</sup>*

En efecto, para concluir el trámite de la causa (poner fin) esto es, que no exista ya ninguna posibilidad de su modificación, ni siquiera por recurso de revisión se requiere que el auto de sobreseimiento, que es recurrible, se encuentre firme, calidad que adquiere sin necesidad de declaración alguna. Así lo confirma el artículo 667 del Código Adjetivo Penal Distrital, al disponer:

*"El auto de sobreseimiento que haya causado estado, surtirá los efectos de una sentencia absolutoria con valor de cosa juzgada".*

Con esto, queremos decir que es necesario incluirla figura del sobreseimiento para no supeditar a un período más amplio o prolongado el término para finalizar la causa, sobre todo teniendo en cuenta que debe existir certidumbre y no inseguridad jurídica para los ciudadanos involucrados en las causas penales; y además, debe incluirse en la ley

---

<sup>40</sup> JARQUE, Dario Gabriel, El sobreseimiento en el proceso penal, 2a. edición, editorial De Palma, Buenos Aires, 1997, pág. 2 y 3.

el señalamiento expreso de que el sobreseimiento en estos casos se decretará de oficio por el juzgador y no solo a petición de parte, porque en las consignaciones sin detenido el inculcado no está materialmente a disposición del juez y, por lo mismo, por lo general desconoce lo actuado ante el tribunal y no acude a solicitar el sobreseimiento, en tanto que el Ministerio Público al que le ha sido negada la orden de captura o comparecencia, tampoco solicita la finalización de la causa por ser contraria a su interés o representación.

Sobre la base de que la actividad propia del Ministerio Público es la investigación y persecución de los delitos, facultad otorgada por la carta Magna en su artículo 21, podemos válidamente sostener que el numeral 36 del Código Procedimental Penal Distrital es contraria de alguna manera al mandato constitucional, al imponer al Juzgador la carga de asesorar al Ministerio Público en su investigación, obligándolo a indicarle qué le hizo falta, cuáles fueron sus omisiones o deficiencias, y qué requisitos debe reunir, para que sea procedente su petición de orden de aprehensión o comparecencia.

En realidad si los artículos 16 Constitucional, 132 y 133 del Código Adjetivo Penal para el Distrito Federal, señalan los requisitos que deben llenarse para la procedencia de las ordenes cuestionadas, obviamente que el Ministerio

Público está sujeto en su actividad a la observancia de tales disposiciones legales, por lo que no es admisible que el órgano jurisdiccional se convierta prácticamente en auxiliar del órgano de acusación, inclinando el procedimiento penal hacia una orientación inquisitiva, sin respetar las esferas competenciales expresamente delimitadas por el artículo 21 de nuestro máximo ordenamiento legal, que jerárquicamente está por encima de la ley secundaria como lo es el texto actual del artículo 36 que se comenta.

Además, si el juez ya le indicó al Ministerio Público qué requisitos debe llenar para libre la orden de aprehensión, cuando el órgano de acusación en vía de regreso vuelva a solicitar la orden de aprehensión o de comparecencia, cómo podría negarle ahora el libramiento de la misma si él mismo le había dicho qué debía reunir y presentarle para tal efecto.

Por todo lo anterior, como quedó expuesto en líneas precedentes, proponemos que en relación al texto del artículo 36 en cita, se instituyan límites no temporales, o que si se establecen sea en un plazo no mayor a un año, para dar certidumbre jurídica a los inculpados respecto de los cuales está latente la posibilidad de libramiento de una orden de captura o comparecencia y que, además, el órgano jurisdiccional no se convierta en un "asesor" o

"auxiliar" del Ministerio Público. Reiteramos que al aludir a límites no temporales, básicamente nos referimos a la necesidad de que las posibilidades de solicitud de la orden correspondiente por el Ministerio Público no sean innumerables e indefinidas; por tanto, creemos razonable que tenga hasta un máximo de dos oportunidades para lograr el libramiento de la orden solicitada, luego de lo cual quizá no sea ya conveniente mantener abierta la causa por la inseguridad e incertidumbre que se genera respecto de la situación jurídica de los indiciados. Todo esto partiendo de que si constitucionalmente el Ministerio Público es el único titular de la acción penal, suponemos que esa titularidad le ha sido conferida por ser un órgano técnico, cuya potestad está depositada fácticamente en individuos que deben ser personas capacitadas y responsables en su labor. Aparte de que de ninguna manera es aceptable que la propia ley procesal secundaria de cabida a que el juzgador se convierta en mero auxiliar del Ministerio Público, porque ello es contrario al principio de igualdad entre las partes que debe regir en cualquier procedimiento ante autoridad judicial.

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERO.-** La Institución del Ministerio Público tiene sus orígenes en Francia y España, pero en México adquirió caracteres propios, ya que el Constituyente de 1917 imprimió una especial estructura a tal organismo.

**SEGUNDO.-** Nuestro país vive actualmente en una etapa de transición, en donde debe preservar la justicia y el derecho, antes que los asuntos políticos que encaminan a tomar decisiones, a veces erróneas, que dan como resultado situaciones de inseguridad jurídica y desigualdad entre las partes.

**TERCERO.-** Es importante que dentro de la Institución del Ministerio Público, se lleven a cabo continuamente cursos de capacitación, principalmente en las áreas sustantivas, para fomentar la profesionalización de las personas a las que recae dicha figura para que de esta manera desempeñen sus labores con honestidad, responsabilidad hacia nuestros semejantes; ya que de su correcta aplicación dependerá el esclarecimiento del delito y la sanción al que lo comete.

**CUARTO.-** El artículo 21 Constitucional establece como atribución principal del Ministerio Público, la investigación y persecución de los delitos, consecuentemente se le confiere el ejercicio de la acción penal en exclusiva, sin intervención de otras autoridades.

**QUINTO.-** El principio de legalidad establece que la autoridad jurisdiccional ha de fundar y motivar correctamente sus resoluciones, pero esto no significa que en la argumentación de sus determinaciones deba ilustrar al órgano de acusación al grado de indicarle qué diligencias debe practicar para que procedan sus peticiones, pues de admitir esta última situación se conculca en perjuicio del indiciado la garantía del citado precepto 21 de nuestro máximo ordenamiento legal, invadiendo la esfera competencial del Ministerio Público.

**SEXTO.-** Es necesario que los legisladores modifiquen el actual artículo 36 del Código Adjetivo Penal, ya que si bien es cierto que el espíritu del legislador era tratar de que no se creara impunidad con el tiempo tan corto para integrar una averiguación previa de acuerdo a lo que establecía el anterior artículo, también lo es que ahora la balanza esta inclinada desfavorablemente para el imputado

de un posible hecho delictuoso, llevando consigo la incertidumbre de su situación jurídica.

**SEPTIMO.-** Propongo que se basen los legisladores en límites no temporales, es decir que establezcan por regla que después de dos ordenes de comparecencia ó aprehensión negadas se extinga la acción penal; o que de nueva cuenta se instituya en el artículo 36 del Código de Procedimientos penales, la figura del sobreseimiento, para que de esta manera en un término de un año se pueda sobreseer la causa, y con ello se extinga la pretensión punitiva del órgano acusador.

Por todo lo anterior podemos válidamente afirmar, que conforme a una correcta técnica procesal, la actuación judicial por ser de estricto derecho, debe sustentarse a los lineamientos del pliego de consignación del Ministerio Público, quien es el titular indiscutible del ejercicio de la acción penal, mismo que por ser un órgano técnico, no corresponde al Juez subsanar sus deficiencias, encontrándose legalmente impedido para subsanar esa deficiencia; ya que conforme al artículo 21 constitucional es facultad exclusiva del Ministerio Público la investigación y persecución de los delitos, por lo que atentos a los

principios de legalidad, exacta aplicación de la ley penal, de defensa para un procesado y de equilibrio procesal de las partes, que se deducen de los preceptos 14, 20 y 21 de la Carta Magna la actuación judicial debe ser consecuencia de previa petición por parte del titular de la acción penal; por lo que no deben subsanarse las deficiencias ministeriales en detrimento a las garantías del indiciado.

## **BIBLIOGRAFIA**

1. ACERO, JULIO. Procedimiento penal, Editorial José M. Cajica.
2. ARRILLA, Bas Fernando. El procedimiento penal en México. editorial Cratos. 1988.
3. ALACALA, Zamora y Castillo Niceto y Levene (h), Ricardo. Derecho procesal penal. Kraft. Buenos Aires. 1945.
4. BACIGALUPO, Enrique. Manual de derecho penal. Parte general. Reimpresión. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1989.
5. BARRAGAN, Salvatierra Carlos, Derecho Procesal Penal, Editorial Mc Graw Hill, 1999.
6. BAUMAN, Jürgen. Derecho procesal penal. Traducción de la 3a. edición. Alemana por Conrado Finzi, Depalma. Buenos Aires. 1986.
7. BETTIONAL, Giuseppe. Instituciones de derecho penal y procesal. Trad. del italiano por Faustino Gutiérrez Alviz. Barcelona, Bosch. Casa editorial. 1977.

8. BORJA, Osorno Guillermo, Derecho procesal penal, editorial Cajica, Puebla, segunda reimpresión.
9. BURGOA, Origuela Ignacio, Las garantías individuales, editorial Porrúa.
10. CARNELUTTI, Francesco. Derecho procesal civil y penal. tomo II. Editorial Egea. México.
11. CASTRO, V. Juventino. El ministerio público en México. Editorial Porrúa. México. 1990. 7a. edición.
12. CLARIA, Olmedo Jorge A. Tratado de derecho procesal penal. Tomo I. Editorial Edial. Argentina.
13. COLIN, Sanchez Guillermo. Derecho mexicano de procedimientos penales. Editorial Porrúa. México. 1984. 8a: edición.
14. FOU CAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Trad. de Enrique Lynch, Gedisa. Barcelona. 1980.
15. FRANCO, Villa José. El ministerio público federal. Editorial Porrúa. México. 1985. 1a. edición.
16. GARCIA, Ramirez Sergio. Curso de derecho procesal penal.

Editorial Porrúa. México. 1989. 5a. edición.

17. GARCIA, Ramírez Sergio y otra, Prontuario del proceso penal mexicano, editorial Porrúa.
18. GONZALEZ, Bustamante Juan José. Principios de derecho procesal mexicano. Editorial Porrúa. 1959. 3a. edición.
19. GONZALEZ, Mendez Alfredo Genis, La libertad en el derecho procesal penal federal mexicano, editorial Porrúa, 1999.
20. JARQUE, Dario Gabriel, El sobreseimiento en el proceso penal, doctrina y jurisprudencia, editorial Depalma, 2a. edición, 1997.
21. MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal. Trad. de Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redín, Ejea. Buenos Aires. 1951.
22. MARTINEZ, Garmelo Jesús, La investigación Ministerial Previa, Editorial Porrúa, 1999.
23. MUÑOZ, Conde Francisco y otro, Derecho penal parte general, editorial Tirat lo blanch, 2a. edición, Valencia, 1996.
24. ODERIGO, Mario A., Derecho procesal penal. Ediciones

Depalma. Buenos Aires. 2a. Edición. Tomo

25. OSORIO, y Nieto Cesar Augusto. La averiguación previa editorial Porrúa. México. 1994. 7a. edición.
26. PEREZ, Palma Rafael, Guía de derecho procesal penal , 1a. edición, Cárdenas Editor y distribuidor, 1975.
27. PIÑA, y Palacios Javier, Recursos e incidentes en materia Procesal penal y la legislación, editorial Botas, 1958.
28. REYNOSO, Dávila Roberto, Teoría general del delito, editorial Porrúa, 3a. edición, México, 1998.
29. RIVERA, Silva Manuel. Procedimiento penal. Editorial Porrúa. México. 1997. 25a. edición.
30. SILVA, Silva Jorge Alberto, Derecho procesal penal, editorial Oxford, 1999.
31. ZAMORA, Pierce Jesús, Garantías y proceso penal, editorial Porrúa, México, 1998, 9a. edición.

## LEGISLATIVA

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 113ª. Edición, Editorial Porrúa, 2000.
- 2.- Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Delma, 2000, México.
- 3.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Editorial Delma, 2000, México.