

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



FACULTAD DE DERECHO

**"ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS
FIGURAS CONSTITUCIONALES
DENOMINADAS RETENCION Y
APREHENSION"**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :
ANGELICA NONOAL SACAMO

ASESOR:

Dr. HERNANDEZ GAONA PEDRO EMILIANO



CIUDAD UNIVERSITARIA, D.F., DICIEMBRE 3 DE 2002 *2*



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTO:

**A LOS PROFESORES DE
ESTA CASA DE ESTUDIOS
POR COMPARTIR SU
TIEMPO, CONOCIMIENTO Y
EXPERIENCIA A SUS
ALUMNOS.**

**A MI ASESOR DE TESIS EL DR.
PEDRO EMILIANO HERNANDEZ
GAONA POR SU ATENCIÓN Y
APOYO EN LA REALIZACIÓN DE
ESTE TRABAJO.**

**A MI FAMILIA POR SU
APOYO COMPRENSIÓN Y
RESPETO.**

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO CONSIDERACIONES GENERALES

I. ANALISIS DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL	1
1. Referencia histórica	1
2. Párrafo primero sobre las garantías de competencia, de legalidad y de mandamiento escrito	3
3. Párrafo segundo sobre las garantías de seguridad jurídica en torno a la orden de aprehensión	8
4. Párrafo tercero sobre la garantía de poner sin dilación al inculpado a disposición del juez al ejecutarse la orden de aprehensión	10
5. Párrafo cuarto sobre las excepciones a la garantía de libertad personal	10
6. Párrafo quinto sobre las excepciones a la garantía de libertad personal	11
7. Párrafo sexto sobre la ratificación de la detención	12
8. Párrafo séptimo sobre los plazos de retención ante el Ministerio público	13
9. Párrafo octavo sobre la orden de cateo	13
10. Párrafo noveno sobre la inviolabilidad de las comunicaciones privadas	14
11. Párrafo undécimo sobre las visitas domiciliarias	15
12. Párrafo duodécimo sobre la garantía de libertad de correspondencia	16
13. Párrafo décimo tercero sobre la inviolabilidad del domicilio por militares en tiempos de paz	16
A) Garantías individuales	17
B) Principio de legalidad	20
a) El principio de legalidad y la interpretación de la ley	20
b) El principio de legalidad y la integración de la ley	22
c) El principio de legalidad y la retroactividad de la ley	23
d) El principio de legalidad y las leyes privadas	24

	e) El principio de legalidad y las deudas de carácter civil.	24
	f) El principio de legalidad y las sanciones penales.	24
	C) Garantía de seguridad jurídica.	25
II.	CONCEPTO DE DETENCIÓN, RETENCIÓN, APREHENSIÓN Y REAPREHENSIÓN	26
III.	FORMAS DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD PERMITIDAS POR LA LEY.	28
IV.	CONTROL JUDICIAL DE LAS DETENCIONES ADMINISTRATIVAS	30
	1. Naturaleza jurídica	30
	3. Estructura jurídica.	30
V.	EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA POLICÍA JUDICIAL	
	1. Concepto de Ministerio público	31
	2. Fundamento constitucional.	32
	3. Principios que rigen la Institución de Ministerio público	33
	4. Atribuciones del ministerio público.	34
	5. La policía judicial	37

**CAPITULO SEGUNDO
RETENCION PRACTICADA POR EL MINISTERIO PUBLICO**

I.	FLAGRANCIA	38
	1. Concepto.	38
	2. Cuasiflagrancia	39
	3. Flagrancia equiparada	30
	4. Presunción de la flagrancia	40
	5. Extensión de la flagrancia	40
	6. La reglamentación de la flagrancia en los Códigos procesales penales	40
II.	DETENCIÓN POR ORDEN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN CASOS URGENTES	43
III.	EJEMPLO ILUSTRATIVO SOBRE LA ORDEN DE RETENCIÓN Y DE DETENCIÓN EN LOS CASOS DE FLAGRANCIA Y DE URGENCIA	49
IV.	ENCIÓN Y GARANTÍAS DEL DETENIDO BAJO EL ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA	52
	1. Libertad provisional bajo caución en la averiguación previa	55
	2. La garantía del inculcado a no inculparse	59

3. La garantía probatoria.....	60
4. La garantía de información.....	61
5. La garantía de tener defensor.....	62
V. ABUSO DE AUTORIDAD EN LAS DETENCIONES AMPARO CONTRA LAS DETENCIONES ARBITRARIAS.	62

**CAPITULO TERCERO
ORDEN DE APREHENSION Y REAPREHENSION DICTADAS POR EL
JUEZ PENAL**

I. EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA ACCIÓN PENAL.....	70
1. Acción penal.....	70
A) Concepto de acción penal.....	70
B) Características de la acción penal.....	71
2. No ejercicio de la acción penal.....	74
3. Consignación.....	76
II. RATIFICACIÓN QUE HACE EL JUEZ DE LA RETENCIÓN.....	78
III. ORDEN DE APREHENSIÓN.....	81
1. Formalidades que debe reunir.....	81
A) Que preceda denuncia o querrela.....	81
B) Que sea un hecho determinado que la ley señale como delito sancionado cuando menos con pena privativa de libertad.....	84
C) Que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.....	85
D) Que el Ministerio Público solicite la orden de aprehensión.....	90
E) Que conste en mandamiento escrito.....	91
F) Que lo dicte una autoridad competente.....	91
2. Juicio de Amparo contra ordenes de aprehensión.....	92
IV. PLAZO CONSTITUCIONAL DE 72 HORAS Y SU AMPLIACIÓN.....	97
V. OBLIGACIONES QUE TIENE LA PERSONA SUJETA A PROCESO Y LA ORDEN DE REAPREHENSIÓN.....	104

**CAPITULO CUARTO
DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE LA RETENCION Y LA
APREHENSION**

I. PROCEDENCIA DE LA RETENCIÓN Y DE LA APREHENSIÓN.....	109
1. Autoridades que ordenan la retención y la aprehensión.....	111

A) Aspectos generales comunes sobre la competencia de las autoridades en ambas figuras.	111
B) La autoridad que ordena la aprehensión.	114
C) Autoridad que decreta la retención o detención del inculcado.	116
2. La garantía de precedencia de denuncia o querrela.	117
A) Aspectos generales comunes respecto de la denuncia o querrela.	117
B) La denuncia o querrela requisitos de la orden de aprehensión.	118
C) Denuncia o querrela respecto a la retención practicada por el Ministerio Público.	118
3. La precedencia de un hecho que la ley señale como delito.	120
A) Respecto a la orden de aprehensión.	121
B) Respecto a la detención y retención decretadas por el Ministerio Público.	122
4. Sobre la existencia de datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.	124
A) Consideraciones generales sobre cuerpo del delito.	124
B) El cuerpo del delito y la probable responsabilidad en los casos de detención y retención del inculcado. . .	130
II. PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE LA RETENCIÓN ILEGAL Y LA ORDEN DE APREHENSIÓN.	131
1. Principios fundamentales del juicio de amparo y sus excepciones en materia penal.	132
A) Principio de instancia de parte agraviada.	132
B) Principio de agravio personal y directo.	133
C) Principio de relatividad de sentencias de amparo.	134
D) Principio de definitividad.	136
E) Principio de estricto derecho.	137
2. Actos judiciales y no judiciales privativos de libertad. . .	139
3. Procedencia del Amparo indirecto respecto a los actos privativos de libertad que no constituyen una sentencia definitiva.	140
CONCLUSIONES.	143
BIBLIOGRAFIA.	155

INTRODUCCIÓN

La importancia que reviste la legitimación de la privación de la libertad me impulsó a realizar un estudio comparativo de las figuras constitucionales denominadas retención y aprehensión. Sin ser un tema novedoso, en el presente estudio se tratan de englobar los conceptos generales en torno a estas figuras.

El objetivo principal es que toda persona que se interese en conocer el fundamento constitucional de la retención y de la aprehensión del inculpado de la comisión de un delito, encuentre en el presente estudio las bases para comprenderlo sin problema alguno.

En el presente trabajo se describe de una manera panorámica en sus cuatro capítulos los principios de legalidad y de seguridad jurídica que emanan de nuestra Constitución y que rigen la privación de la libertad en sus modalidades de detención, retención y aprehensión.

El capítulo primero consta de cinco apartados; en el primero se analiza el artículo 16 constitucional en base a las garantías que otorga al gobernado, complementando dicho análisis con los conceptos doctrinales sobre garantías individuales y el principio de legalidad. En el segundo apartado se dan en forma concreta las definiciones de detención, retención y aprehensión, que serán utilizadas en el resto del trabajo. En el apartado tercero se revisará brevemente algunas consideraciones sobre la prisión preventiva y el principio de legalidad en la imposición de las penas. En el cuarto apartado se analizará la naturaleza y la estructura jurídica del control judicial de las detenciones administrativas. En el apartado quinto se revisa el fundamento constitucional de las atribuciones del ministerio público respecto de la investigación y persecución de los delitos.

En el capítulo segundo se analizan las excepciones a la regla general de que para que el gobernado pueda ser privado de su libertad personal se requiere de orden de aprehensión, consistentes en la flagrancia (apartado primero) y los casos de urgencia (apartado segundo). En el apartado tercero se da un ejemplo ilustrativo sobre la resolución de la situación jurídica del

inculpado o detenido ante el ministerio público ante los supuestos de flagrancia y en los casos de urgencia. En el cuarto apartado del capítulo segundo se revisa la detención y la prolongación de esta (retención), del inculpado ante el Ministerio Público durante la averiguación previa, en base a las garantías que otorga el artículo 20 constitucional. Por último se revisa brevemente las de amparo contra las detenciones arbitrarias y el delito cometido contra la administración de justicia en caso de detención ilegal.

El capítulo tercero está dirigido a comentar las más recientes reformas constitucionales respecto a los criterios para la determinación de la averiguación previa y sobre las formalidades que debe reunir la orden de aprehensión en cuanto a la acreditación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del inculpado (apartado tercero). Así mismo se revisa la facultad que otorga la Carta Magna a los jueces penales para resolver sobre la constitucionalidad de la detención (apartado segundo) y la obligación que les impone de justificar la situación jurídica del detenido en un plazo de 72 horas (cuarto apartado). Además se revisa la facultad que tiene los jueces penales para ordenar la reaprehensión en caso de incumplimiento de las obligaciones que tiene la persona sujeta a proceso (apartado quinto).

Finalmente en el capítulo cuarto se revisan los requisitos de procedibilidad de la retención ante el ministerio público y de la aprehensión, analizando los aspectos generales comunes a ambas figuras y los correspondientes a cada una resaltando sus diferencias.

Este trabajo de investigación utiliza un método de análisis en torno a la descripción de los aspectos jurídicos más importantes que definen a la retención y a la aprehensión por los elementos o requisitos de procedibilidad que las integran, a través de un método de investigación documental directa.

CAPITULO PRIMERO

CONSIDERACIONES GENERALES

I. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL

El párrafo primero del artículo 16 constitucional establece los requisitos generales (como son mandamiento escrito, competencia de la autoridad, fundamentación y motivación) que deben satisfacer todos los actos de autoridad que impliquen una molestia para los particulares.

Los párrafos siguientes establecen requisitos específicos que deben cumplir determinados actos de autoridad, además de los mencionados en el primer párrafo, como son

Respecto a los actos de privación de la libertad por causa penal:

- Orden Judicial de aprehensión
- Detención en flagrante delito
- Detención por orden del Ministerio Público y;

En materia administrativa

- Visitas domiciliarias

Antes de pasar al análisis de dicho precepto daremos una breve referencia histórica sobre él, para después, hacer un estudio de las garantías individuales que otorga este artículo revisando cada uno de los párrafos.

1. Referencia histórica.

Existen como antecedentes del artículo 16 constitucional los artículos 112, fracción II, 150 y 152 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada por el Congreso General Constituyente el 4 de octubre de 1824:

"Artículo 112 Las restricciones de las facultades del presidente (de la República) son las siguientes II No podrá el presidente privar a ninguno de

su libertad, ni imponerle pena alguna; pero cuando lo exija el bien y seguridad de la Federación, podrá arrestar, debiendo poner a las personas arrestadas, en el término de cuarenta y ocho horas, a disposición del tribunal o juez competente.

"Artículo 150. Nadie podrá ser detenido sin que haya semiplena prueba, o indicio de que es delincuente.

"Artículo 152. Ninguna autoridad podrá librar orden para el registro de las casas, papeles y otros efectos de los habitantes de la República, si no es en los casos expresamente dispuestos por ley, y en la forma que ésta determine."

Existen como antecedentes, además el artículo 16 de la Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857.

El primer párrafo del artículo 16 fue aprobado tanto por el congreso constituyente de 1856-1857, como por el de 1916-1917.

La primera parte del texto del artículo 16 aprobado por el constituyente de 1857 es precisamente el primer párrafo del actual artículo 16, dicho párrafo agregaba a continuación que " en caso de delito *in flagranti* toda persona podía aprehender al delincuente y a sus cómplices, con el deber de ponerlos sin demora a disposición de la autoridad competente", este era todo el artículo

Respecto a la motivación, el artículo 28 del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, promulgado en Apatzingán, el 22 de octubre de 1814 establecía "son tiránicos y arbitrarios, los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de la ley".

Aunque la parte inicial del artículo 16 de la constitución de 1917 repite el precepto equivalente de la constitución de 1857, este último hace una regulación específica de la privación de la libertad mediante orden judicial de aprehensión y en casos de urgencia y también regula las visitas domiciliares.

Con motivo de la reforma constitucional de 1993, fue introducido en los párrafos quinto, sexto y séptimo la facultad del Ministerio Público para ordenar la detención del indiciado en casos urgentes

2. Párrafo primero sobre las garantías de competencia constitucional, de legalidad y de mandamiento escrito.

El primer párrafo del artículo 16 constitucional señala textualmente:

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

Este párrafo contiene diversas garantías de seguridad jurídica, en el que se prohíbe a la autoridad emitir cualquier acto de molestia que implique afectación o perturbación en los bienes jurídicos que se indican en el mismo, tutelados a favor de todo gobernado, condicionando su afectación por virtud de un mandamiento escrito que provenga de autoridad competente, en el que se funde y motive la causa legal del procedimiento.

El titular de las garantías de seguridad jurídica que consagra este párrafo, lo es todo gobernado, es decir, todo sujeto cuya esfera jurídica se a susceptible de ser objeto de algún acto de autoridad independientemente de sus atributos personales, tales como la nacionalidad, la religión, la situación económica, etc.

En relación con el tema el maestro Ignacio Burgoa opina lo siguiente:

"El acto de autoridad que debe supeditarse a tales garantías consiste en una simple molestia, o sea, en una mera perturbación o afectación a cualquiera de los bienes jurídicos mencionados en dicho precepto, cuyo alcance protector, a través de ese elemento, es mucho más amplio que la tutela que imparte al gobernado el artículo 14 constitucional mediante las garantías de audiencia y legalidad. Los actos de autoridad que necesariamente deben supeditarse a las exigencias que establecen las garantías consagradas en la primera parte del 16 constitucional, son todos los posibles imaginable, pudiendo traducirse específicamente en los siguientes: a) En actos materiales administrativos que causen al gobernado una simple afectación o perturbación a cualquiera de sus bienes jurídicos, sin importar un menoscabo, merma o disminución de su esfera subjetiva de derecho ni una impedición para el ejercicio de un derecho (actos de molestia en sentido estricto); b) En actos materialmente jurisdiccionales penales o civiles, comprendiendo dentro de este último género a los mercantiles, administrativos y del trabajo (actos de molestia en sentido lato). c) En actos

estrictos de privación, independientemente de su índole material o formal, es decir, en aquellos que produzcan una merma o menoscabo en la esfera jurídica subjetiva de la persona o la aludida impedición (actos de molestia en sentido lato). Respecto del primer tipo indicado, los actos correspondientes sólo deben sujetarse a las garantías implicadas en la primera parte del artículo 16 constitucional, mientras que los comprendidos en las otras dos especies señaladas, además de estar regidos por tales garantías, deben ajustarse a lo dispuesto en los párrafos segundo, tercero y cuarto del artículo 14 de la Ley Suprema...¹

Por lo que respecta a los bienes jurídicos que nos indica el párrafo primero del artículo 16 constitucional, que no pueden ser perturbados o afectados sin que se cumplan las condiciones exigidas por el propio precepto, a saber son: la persona misma; su familia, el domicilio; los papeles o posesiones.

Mencionados los bienes jurídicos tutelados por este primer párrafo, ahora nos referiremos a las garantías de seguridad jurídica que comprende dicho precepto, las cuales son: la de competencia constitucional; de legalidad; y, de mandamiento escrito.

En cuanto a la primera de estas garantías, es decir, la competencia constitucional, que refiere el párrafo primero del artículo 16 constitucional al expresar "autoridad competente", esta señalando la llamada competencia constitucional y no la competencia jurisdiccional.

La competencia jurisdiccional, está integrada por el conjunto de facultades que la ley secundaria u ordinaria confiere a determinada autoridad, cuya infracción no puede ser sometida al análisis del juzgador de amparo si previamente no ha sido estudiada y decidida por la potestad común.

La competencia constitucional que estatuye la Carta Magna, está integrada por el conjunto de facultades que la propia ley suprema otorga a determinado órgano del Estado, cuya infracción puede ser sometida al análisis del juzgador de amparo.

¹ Burgoa Orhuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. 25ª Edición. Editorial Porrúa. México D.F. 1993. pp. 591 a 592.

Sobre este particular, son aplicables las siguientes tesis jurisprudenciales:

"COMPETENCIA CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIONAL. CUANDO PUEDEN PLANTEARSE EN JUICIO DE GARANTIAS - La competencia de la autoridad, a que se contrae el artículo 16 constitucional, se configura con el conjunto de facultades que la propia ley suprema otorga a determinado órgano del Estado; de modo que una autoridad será competente para efectuar un acto si la realización de éste encaja en las atribuciones de aquélla, en tanto que carecerá de tal competencia si al actuar rebasa los límites que se derivan de las indicadas facultades; y es en esta última hipótesis cuando el gobernado que sufra una afectación en sus intereses jurídicos estará en aptitud de impetrar la protección de la justicia federal. A diferencia de la competencia constitucional, que estatuye la Carta Magna, la jurisdiccional está integrada por el conjunto de facultades que la ley secundaria u ordinaria confiere a determinada autoridad, cuya infracción no puede ser sometida al análisis del juzgador de amparo si previamente no ha sido estudiada y decidida por la potestad común (y entonces es la resolución pronunciada al respecto la que examina el mencionado juzgador). La competencia constitucional, o sea la que se refiere a la órbita de las atribuciones de los diversos poderes, es, pues, la única que, por estar protegida por el artículo 16 de la ley fundamental, puede ser examinada y resuelta directamente en el juicio de amparo, por el contrario, la competencia jurisdiccional sólo puede decidirse en la forma establecida por la ley ordinaria, que es la que la define y regula, en la inteligencia de que lo que sobre al particular se resuelve si es impugnable a través del aludido juicio, ya que en este supuesto lo que en realidad se plantea para su estudio no es la cuestión competencial en sí misma considerada, sino la ilegalidad de la resolución que en cuanto a ella haya pronunciado la autoridad secundaria"²

COMPETENCIA CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIONAL. NATURALEZA DE LAS - Por competencia constitucional debe entenderse la capacidad que de conformidad con lo dispuesto en los preceptos de la carta federal, corresponde a un tribunal de determinado fuero, para juzgar sobre determinadas materias, y por competencia jurisdiccional, la capacidad de un

² Criterio (000006) ESCJN Comun Séptima Época Fuente Comun Sección Jurisprudencia Num Tesis Apéndice Página 53 Vol Tomo 97-102, Época 7ª Tesis relacionada con Jurisprudencia 885

órganos parte integrante de un tribunal, para conocer, con exclusión de los demás órganos que dependen del mismo tribunal y de tribunales del mismo fuero, de un asunto determinado: esto es, en el primer caso, es capacidad exclusiva de los tribunales de un fuero, el conocimiento del asunto, mientras que en el segundo los diversos órganos que integran los tribunales de ese fuero, tienen capacidad para conocer del negocio y sólo por razones de técnica jurídica, se divide entre ellos la competencia; de tal manera, que la resolución por virtud de la cual un tribunal decide su incompetencia constitucional, implica que la cuestión que le fue sometida, por ningún órgano de su fuero puede ser resuelta, y que, en consecuencia, se trata de una materia que corresponde a tribunales diversos, en tanto que la resolución dictada por un tribunal, en los casos de competencia jurisdiccional, sólo produce efectos de que el asunto se lleva al conocimiento de otro tribunal del mismo fuero.³

Las ideas del jurista Ignacio L. Vallarta, (quien sostenía que la legitimidad se refiere a la persona, al individuo nombrado para tal cargo público y la competencia se relaciona con la entidad moral llamada autoridad sin importar las cualidades personales del individuo, observando solo las atribuciones que esa entidad moral pueda ejercer) influyeron para que la Suprema Corte de Justicia sostenga que la garantía que establece dicho precepto concierne sólo a la competencia del órgano del Estado, independientemente de cualquier consideración sobre la legitimidad de la persona, a cuyo cargo se encuentra dicho órgano⁴

La garantía de legalidad, protege todo el sistema de derecho objetivo de México, desde la misma Constitución hasta el reglamento administrativo, implica que condiciona todo acto de molestia a la "fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento".

La motivación trata de establecer sobre bases objetivas la racionalidad y la legalidad de los actos de autoridad, procura eliminar la subjetividad y arbitrariedad de las decisiones de autoridad, para que así los afectados puedan impugnar los razonamientos de dichas actuaciones. La exigencia de fundamentación es el deber que tiene la autoridad de expresar

³ Criterio 000222 ESCJN, Común Quinta Época Fuente: Común Sección Jurisprudencia Núm. Tesis. Apéndice. Página 300. Vol. Tomo XLIV, Época 5ª Tesis relacionada con jurisprudencia 90785

⁴ Ibid p. 186.

los preceptos legales que regulen el hecho y las consecuencias jurídicas que pretenda imponer el acto de autoridad.

El razonamiento de la autoridad para demostrar la aplicación de los preceptos legales, invocados a los hechos del caso concreto, en los que basa sus actos de molestia al gobernado, correlaciona los fundamentos jurídicos con los motivos de hecho.

***FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN.** De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Federal todo acto de autoridad debe estar adecuado y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por el primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también deben señalarse con precisión las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas".⁵

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia en tesis de jurisprudencia ha considerado que las leyes y los tratados internacionales, es suficiente con que sean aprobados y expedidos o ratificados por los órganos constitucionalmente competentes para que surtan sus efectos legales.

"Haciendo una interpretación armónica de las garantías individuales de legalidad y seguridad jurídica que consagran los artículos 14 y 16 constitucionales —afirmó— se advierte que los actos de molestia y de privación deben, entre otros requisitos, ser emitidos por autoridad competente y cumplir las formalidades esenciales que les den eficacia jurídica, lo que significa que todo acto de autoridad necesariamente debe emitirse por quien para ello esté facultado, expresándose, como parte de las formalidades esenciales, el carácter con que se suscribe y el dispositivo, acuerdo o decreto que le otorgue tal legitimación o de lo contrario se dejaría al afectado en estado de indefensión".⁶

La garantía de mandamiento escrito es una de las condiciones que exige el artículo 16 constitucional para que el acto de autoridad que implique molestia a los gobernados sea válido, dicho mandamiento debe contener la

⁵ Tesis de Jurisprudencia 373 del Apéndice

⁶ Tesis de Jurisprudencia 11194 publicado en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Num. 76, mayo de 1994, pp. 12-13

firma original o autógrafa de la autoridad competente que emite el acto, además es necesario que se notifique adecuadamente al afectado, a quien se debe entregar el escrito.⁷

Los siguientes párrafos establecen requisitos específicos para determinados actos de molestia que la autoridad realiza contra los gobernados, dichos requisitos deben observarse además de los mencionados en el párrafo primero.

3. Párrafo segundo sobre las garantías de seguridad jurídica en tomo a la orden de aprehensión.

Además de las garantías de seguridad jurídica que se exigen para todo acto de autoridad que implique molestia a los gobernados, que vimos en el párrafo primero, como son: de competencia constitucional; de legalidad, que gira en torno a la fundamentación y motivación, y de mandamiento escrito, que operan para los diversos tipos de actos de autoridad, incluyendo a los del ámbito penal, y en particular a la orden de aprehensión, existen diversas garantías específicas de seguridad jurídica para el libramiento de dicha orden de aprehensión, que las encontramos en el párrafo segundo del artículo 16 de la Ley suprema que a la letra establece lo siguiente:

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

Las garantías específicas de seguridad jurídica que giran en torno al libramiento de la orden de aprehensión son

- Que la orden de aprehensión emane de autoridad judicial,
- Que preceda denuncia o querrela,
- Que se trate de un hecho que la ley señale como delito,
- Que dicho delito éste sancionado cuando menos con pena privativa de libertad, y

⁷ Ovalle Fabela, José. Garantías constitucionales del proceso. Editorial Mc Graw Hill México D.F. 1996. p 181

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

Veamos ahora algunos de los conceptos que se relacionan con el párrafo en estudio con la prevención de que su análisis detallado será en capítulos posteriores.

Debe haber una relación ante el Ministerio Público de hechos que se presumen delictivos, ya sea por el lesionado, por un tercero o por la misma persona que cometió el delito en caso de confesión.⁸

Denuncia. Es la noticia que hace cualquier persona en forma directa o indirecta al Ministerio Público de la comisión de un hecho delictivo que deberá perseguirse por oficio como lo señala el artículo 113 del Código de Procedimientos Penales de la Federación y 262 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Querrela. Manifestación de voluntad unilateral, de ejercicio potestativo hecha por el ofendido o sujeto pasivo ante el Ministerio público para que tome conocimiento de un posible delito no perseguible de oficio, según el artículo 263 del Código de Procedimientos Penales para el D.F.

*ORDEN DE APREHENSIÓN TRATÁNDOSE DE PENA ALTERNATIVA. Si el delito que se imputa al indiciado lo castiga la ley con pena alternativa pecuniaria o corporal, la orden de aprehensión que se libre es violatoria del artículo 16 constitucional.*⁹

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Artículo 122. 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 los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito.

⁸ Ribera Silva, Manuel. El procedimiento penal. Vigésimosegunda edición. Editorial Porrúa México D.F. 1996. p. 140.

⁹ Tesis de Jurisprudencia 89 del 99. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985. Novena parte. p. 138.

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.

La probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada, cuando de los 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.

4. Párrafo tercero sobre la garantía de poner sin dilación al inculcado a disposición del juez al ejecutarse la orden de aprehensión.

El párrafo tercero del artículo 16 constitucional dispone que: *"La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención de lo anterior será sancionada por la ley penal."*

Este precepto se refiere a la garantía de poner sin dilación al inculcado a disposición del juez competente al ejecutarse la orden de aprehensión. La autoridad ejecutora de una orden judicial de aprehensión debe poner al inculcado a disposición del juzgador, sin más plazo que el que implique el traslado físico del inculcado y los trámites necesarios para formalizar esa puesta a disposición.

5. Párrafo cuarto sobre las excepciones a la garantía de libertad personal.

La regla general para que el gobernado pueda ser privado de su libertad personal, consiste en que debe haber orden de aprehensión librada por autoridad judicial competente, precedida de denuncia o querrela, de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. Dicha regla tiene dos casos de excepción una, en los casos de delito flagrante, en la que cualquier persona puede detener al indiciado, debiéndolo poner, sin demora,

a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud; a la del ministerio Público; y, la otra, es la que se refiere a los casos urgentes.

La primera de dichas excepciones, es decir, en caso de delito flagrante, se encuentra previsto en el párrafo cuarto del artículo 16 constitucional que a la letra dice:

"En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al inculpado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público."

A su vez los cuerpos normativos sobre esta materia disponen en los artículos 193 del Código Federal de Procedimientos Penales y 267 del Código de Procedimientos penales del D.F. los supuestos en los que procede la detención por flagrante delito:

1. La flagrancia en sentido estricto, ocurre cuando el indiciado es sorprendido en el momento en que está cometiendo el delito.

2. Cuasiflagrancia, se manifiesta cuando inmediatamente después de ejecutado el hecho delictuoso, el indiciado es perseguido materialmente.

3. Presunción de flagrancia, se presenta cuando inmediatamente después de cometido el delito, alguna persona señala al indiciado como responsable y se encuentra en su poder el objeto del delito, el instrumento con que aparezca cometido, o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en la comisión del delito.

6. Párrafo quinto sobre las excepciones a la garantía de libertad personal

La segunda excepción a la regla general para que el gobernado pueda ser privado de su libertad personal, es tratándose de casos urgentes, y está contenida en el párrafo quinto del artículo 16 de la carta Magna que dispone

"Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia el Ministerio Público

podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención fundando y expresando los indicios que motiven su proceder."

La orden de detención por el Ministerio Público, tiene un carácter excepcional, ya que debe cumplir con las condiciones; que se trate de delito grave, así calificado por la ley, para este fin los estados deben prever que delitos del orden común son considerados graves dentro de su territorio, además de considerar las que enuncia el Código Federal de Procedimientos penales en su artículo 268, el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia debe basarse en hechos objetivos, además de que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión ¹⁰

7. Párrafo sexto sobre la ratificación de la detención.

El sexto párrafo del numeral en estudio de la Carta Magna, previene que: *"En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley."*

Dicho precepto implica la obligación del juez de calificar si la detención fue apegada o no a la Constitución Federal, en el primer caso ratificará la detención y en el segundo decretará la libertad con las reservas de ley.

Ese examen que debe formular el juez al recibir la consignación con detenido, implica el análisis de los extremos en que se configura el delito flagrante o el caso urgente, así como el tiempo que permaneció retenido el indiciado ante el Ministerio Público, que no podrá exceder de los plazos señalados en el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional que enseguida comentaremos

¹⁰ Ovalle Fabila, José. Ob. Cit. p. 214.

8. Párrafo séptimo sobre los plazos de retención por el Ministerio Público en casos de flagrancia o urgencia.

Sobre este último particular, dicho párrafo establece: *"Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial, este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal."*

Esto se interpreta de que en el caso de flagrancia o urgencia el Ministerio Público debe, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas presentar la averiguación previa y una consignación con detenido ante el órgano judicial, por otro lado, una vez ejecutada la orden de detención, tiene el mismo plazo para consignar al detenido a la autoridad judicial, en ambos casos, dentro del mismo plazo, si no consigna debe ordenar la libertad del indiciado.

En relación a este párrafo, el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos penales, ordena que: *"En caso de que la detención de una persona exceda de los plazos señalados en el artículo 16 de la Constitución, se presumirá que estuvo incomunicada, y las declaraciones que haya emitido el indiciado no tendrán validez "*

El artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales considera como casos de delincuencia organizada *"aquellos en los que tres o más personas se organicen bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo vidente o reiterado con fines predominantemente lucrativos alguno de los delitos "*

9. Párrafo octavo sobre la orden de cateo.

El párrafo octavo del artículo 16 constitucional, preceptúa que: *"En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que se hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo*

que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluir la un acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa por la autoridad que practique la diligencia."

De este precepto, se desprenden los siguientes elementos que se exigen en toda orden de cateo:

- Sólo la autoridad judicial podrá expedirla.
- La orden de cateo deberá ser por escrito, la cual también debe estar suscrita con la firma autógrafa del titular del órgano competente. Además, por implicar ésta un acto de molestia deberá fundarse y motivarse la causa legal del procedimiento.
- En ella se expresarán el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan. Esto implica la precisión del domicilio, de las personas y de las cosas que en su caso se procure localizar.
- La diligencia de cateo sólo debe limitarse a lo que indica en el inciso anterior.
- Al término de dicha diligencia, se deberá levantar un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuesto por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia

10. Párrafo noveno sobre la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Los párrafos noveno y décimo del numeral en estudio son disposiciones sobre la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y los casos en que se autoriza la intervención de cualquier comunicación privada. El párrafo noveno dispone: *"Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privación de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad*

competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor."

11. Párrafo undécimo sobre las visitas domiciliarias.

El párrafo undécimo previene que: *"La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía, y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a alas leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos "*

Aunque esta disposición está fuera del ámbito penal, haremos algunos comentarios

Este precepto faculta de manera discrecional a la autoridad administrativa para practicar visitas domiciliarias, su finalidad se establece únicamente para dos propósitos fundamentales: uno, para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía, y, dos, para exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales

La interpretación de la suprema Corte de Justicia respecto a la materia sobre la que puede recaer la visita domiciliaria se refiere a la verificación del cumplimiento de los reglamentos sanitarios y los reglamentos de policía, éstos últimos abarcan "todas aquellas disposiciones dictadas con el objeto de que las autoridades administrativas vigilen la conducta de los particulares, a fin de que ésta se ajuste a las normas legales de orden público y de obediencia obligatoria, previniendo, en tal forma, la alteración de dicho orden." ¹¹

La Segunda Sala de la Suprema Corte ha considerado que cuando se trata de órdenes de visita que tengan por objeto verificar el cumplimiento de

¹¹ Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. 3ª parte, vol. LXXX, p. 43. En el mismo sentido. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988. 1ª parte, vol. III, p. 1100.

las obligaciones fiscales, "aquéllas deben expresar por su nombre los impuestos cuyo cumplimiento las autoridades fiscales pretenden verificar, pues ello permitirá que la persona visitada conozca cabalmente las obligaciones a su cargo que se van a revisar y que los visitantes se ajusten estrictamente a los renglones establecidos en la orden."¹²

12. Párrafo duodécimo sobre la garantía de libertad de correspondencia.

El contenido de esta parte del artículo 16 de la Constitución Federal, tampoco se vincula con la materia penal, sin embargo en esta disposición se consagra la llamada garantía de libertad de correspondencia. Su contenido es el siguiente: *"La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley."*

Al anterior párrafo le es aplicable la siguiente tesis jurisprudencial:

***VIOLACIÓN DE CORRESPONDENCIA.** - El delito de violación de correspondencia tiene vida autónoma, ya que el interés jurídicamente tutelado es, sin lugar a dudas, diverso a los que se protege con los delitos de tipo patrimonial. En la violación de correspondencia el bien amparado por la norma es la seguridad a que todos los individuos tienen derecho, para que su correspondencia no sea abierta por personas distintas a los destinatarios. En contrario no se puede arguir que el acusado no era empleado de los servicios postales y que por ello no pudo violar la correspondencia, pues dicha infracción, en la actualidad, se refiere exclusivamente a personas ajenas a tales servicios, ya que el artículo 173 del Código Penal sanciona, en su fracción I, al que abra indebidamente una comunicación escrita que no este dirigida a él".¹³

13. Párrafo décimo tercero sobre inviolabilidad del domicilio por militares en tiempos de paz.

El último párrafo del artículo 16 constitucional, dispone que: *"En tiempo de paz ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular*

¹² Tesis de jurisprudencia 7/93 publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, núm. 68, agosto de 1993, pp. 13 a 14

¹³ Criterio 000619 ESCJN, Sala Penal, Sexta Época. Fuente: Penal Sección. Núm. Tesis. Apéndice p. 131, tomo IV.

contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones en los términos que establezca la ley marcial correspondiente."

Es una excepción al artículo 16 constitucional, en lo referente a molestias en el domicilio, pero justificada por las propias circunstancias que establece dicho párrafo.

Con esta garantía de inviolabilidad del domicilio por militares en tiempos de paz queda clara la garantía de seguridad jurídica de inviolabilidad del domicilio, que se consagra en este dispositivo constitucional.

A) Garantías Individuales

Una vez que hemos estudiado las garantías que otorga el artículo 16 constitucional complementaremos dicho estudio con los la definición de garantías individuales. Antes de establecer un concepto de las garantías individuales es necesario establecer definiciones sobre el Estado, la soberanía, las relaciones que pueden generarse en todo Estado, el acto de autoridad, sin las cuales no se podría entender dicho concepto

El Estado constituye la forma de organización política y jurídica de una sociedad. o de un pueblo. La autoridad de un Estado implica un poder, es decir, un conjunto de facultades y actos tendientes a garantizar el orden de derecho, asegurando el orden social, este poder es soberano. La soberanía corresponde al Estado Mexicano por atribución que de ella le hizo el pueblo mexicano

Conforme al artículo 34 constitucional *"La soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno."*

El artículo 40 constitucional describe la facultad de autodeterminación del Estado en ejercicio de su soberanía *" Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, y federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo que concierne a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley."*

La facultad de autolimitación se contiene en el derecho positivo, que es el que complementa las garantías constitucionales. La autolimitación implica una restricción a la actividad del Estado, la cual se realiza dentro de un orden jurídico y su ejercicio se confiere a los órganos cuyos representantes son llamados autoridades, junto con la norma jurídica que las establece integran el gobierno de un Estado.

En un Estado existen tres fundamentales tipos de relaciones: de coordinación, de supraordinación y las de supra a subordinación.

Las relaciones de coordinación son los vínculos que se establecen debido a una variedad de casos entre dos o más sujetos físicos o morales dentro de su condición de gobernados.

Las relaciones de supraordinación se establecen entre los diferentes órganos de poder o gobierno de un Estado, normando la actuación de cada uno de ellos.

Las relaciones de supra a subordinación surgen entre dos entidades colocadas en distinto plano, es decir, entre el Estado como persona jurídico-política y sus órganos de autoridad por un lado, y el gobernador por el otro.

Todo acto de autoridad tiene los atributos esenciales que son: unilateralidad, imperatividad y coersivitud.

Es unilateral porque su existencia no requiere de la voluntad del particular al que va dirigido

Es imperativo ya que se impone contra y sobre la voluntad del gobernado, quien tiene la obligación de obedecerlo.

Es coersitivo, si no se acata por la persona contra quien se pretende ejecutar dicho acto, puede realizarse coactivamente incluso durante la fuerza pública

Los elementos de derecho de las garantías individuales son los sujetos y el objeto de la relación

Gobernado: *o sujeto activo de las garantías individuales debe entenderse a aquella persona en cuya esfera opere o vayan a operar actos

de autoridad, es decir actos atribuibles a algún órgano estatal que sean de índole unilateral, imperativa y coersitiva".¹⁴

La naturaleza de gobernado abarca diferentes tipos de entes jurídicos tales como las personas físicas, las personas morales de derecho privado como son (sociedades y asociaciones), las personas morales de derecho social (sindicatos y comunidades agrarias), los de derecho público y los organismos descentralizados.

Estado: sujeto pasivo, entidad jurídica y política en que se constituye el pueblo y por las autoridades del mismo.

Objeto: los derechos y obligaciones que implica la relación que existe entre gobernados y gobernantes o entre aquellos y el Estado son precisamente los derechos del hombre como son, la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la propiedad. El derecho que se establece por la relación jurídica consiste en una exigencia imperativa que el gobernado reclama del sujeto pasivo (Estado) para que se respete un mínimo de actividad y de seguridad indispensable para el desarrollo de la personalidad humana, dicha exigencia imperativa tiene la naturaleza de un derecho público subjetivo, porque implica una facultad que la ley otorga al gobernado y además se hace valer frente a un sujeto pasivo de naturaleza pública.

Garantía individual, es la relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujeto pasivo), cuyo objeto es el derecho público subjetivo (prerrogativas fundamentales del hombre como la libertad, igualdad, seguridad jurídica y propiedad) a favor del gobernado, en la cual el Estado y sus autoridades están obligados a respetar dicho derecho.

La clasificación de las garantías se establece. Desde el punto de vista de la obligación estatal que surge de la relación jurídica propiamente dicha garantía individual, ésta puede ser negativa (impone al Estado y a sus autoridades un no hacer, una abstención, una conducta pasiva de no violar, de no vulnerar, de no prohibir, etc.) o positiva (las autoridades están obligadas a realizar en beneficio del titular del derecho subjetivo público o gobernado una serie de prestaciones, hechos, actos, etc. por ejemplo la observancia de ciertos requisitos o formalidades, el desarrollo de un

¹⁴ Burgos Onhuela Ignacio Ob Cit p 174

procedimiento previo para poder privar a una persona de la libertad etc).¹⁵ Además, de acuerdo con su contenido u objeto, estas se clasifican en garantías de igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica.

B) Principio de Legalidad

Los preceptos constitucionales que delinear las características de nuestro sistema de derecho, se encuentran en los artículos 14 y 16 constitucionales, los cuales consagran el principio de legalidad, esta garantía individual ordena que en la República Mexicana las atribuciones de los órganos del Estado sólo tienen validez si se encuentran establecidos en la ley.

Es el artículo 14 de la ley fundamental la que contiene el principio de legalidad, que es la regla general, y los efectos jurídicos de las normas se van a examinar en sus términos. Antes de describir este principio veremos los siguientes conceptos:

"AUTORIDADES. Las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite".¹⁶

"LEYES NO PROMULGADAS. No hay obligación de cumplir las prevenciones de una ley o reglamento no promulgados."¹⁷

"LEYES, OBLIGATORIEDAD DE LAS. Una ley es obligatoria, cuando es conocida o se presume legalmente que lo es."¹⁸

a) El principio de legalidad y la interpretación de la ley.

La interpretación de la ley es para efectos de su aplicación

La facultad interpretativa esta prevista en el párrafo quinto del artículo 14 constitucional, donde se establece un orden cronológico para interpretar

¹⁵ Reyes Tayabas, Jorge. Derecho Constitucional aplicado a la especialización en Amparo. 4ª edición. Editorial Themis Mexico, 1997, p. 146.

¹⁶ Jurisprudencia visible en el Apéndice de 1975, octava parte, Pleno y Salas, tesis 46, p. 89.

¹⁷ Jurisprudencia formulada en la Quinta Época, que se integra con las siguientes ejecutorias, visibles. Tomo IV, p. 871 Landi y Escandón Guillermo De. Tomo X, p. 640 Guerra Higinio. Tomo XVI, p. 336 Aguilar, José Guadalupe y coagraviados.

¹⁸ Jurisprudencia formulada en la Quinta Época que se integra con las ejecutorias que a continuación se describen. Tomo XVI, pag. 706 Terán Arturo, tomo XVIII, p. 846 Angeles Velarde, tomo XVIII, p. 1.448 Guaron Almeida y Cia., tomo XVIII, p. 1.448 García Raymundo S., tomo XVIII, p. 1.448 Escudero Martínez.

la ley, ordenando que primero debe interpretarse en forma literal y posteriormente debe llegarse a la interpretación jurídica.

La ley puede ser objeto de dos tipos de interpretaciones que son: a) La interpretación material que la que practican los poderes públicos en el ámbito administrativo, al adecuar el contenido en la norma al caso concreto, mediante el acto de autoridad; y b) La interpretación jurídica que es la que realiza el poder judicial al examinar la constitucionalidad o legalidad de los actos de autoridad que se someten a su potestad.

La interpretación literal consiste en la aplicación de la ley en forma gramatical.

La interpretación jurídica puede ser gramatical que significa interpretar la ley de acuerdo al estricto contenido de las palabras empleadas por el legislador; lógica que es interpretar la ley determinando su verdadero sentido en base a las actas de los trabajos preparatorios y de la exposición de motivos vertida por el legislador; analógica que es aquella en la que se toma como antecedente el criterio sustentado por otros tribunales en casos semejantes y permite adecuar esos razonamientos en el caso que se juzga; auténtica es la interpretación que se hace de la ley en los propios términos que el legislador dicta para desentrañar los alcances de la norma jurídica; y doctrinal que es aquella que se realiza con el auxilio de los estudios y opiniones de los doctos del Derecho.¹⁹

La Suprema Corte de Justicia ha sustentado el siguiente criterio:

*LEYES PENALES Si bien el artículo 14 constitucional prohíbe imponer penas por simple analogía y aún por mayoría de razón, esto no quiere decir que las leyes penales no admitan interpretación y que deban de aplicarse según su significado literal, que puede ser antijurídico y aún conducir al absurdo; los tratadistas mismos, admiten que puede ser interpretada la Ley Penal. La prohibición del citado artículo constitucional, debe entenderse en un sentido natural y razonable, haciendo uso de los diversos procedimientos de dialéctica jurídica, tales como la historia, los trabajos preparatorios, el fin de la ley, la concordancia de los textos, etc. En este sentido, se ha podido muy justamente decir, que la interpretación no

¹⁹ Mancilla Ovando, Jorge Alberto. Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal Séptima edición Editorial porrua México 1997 p. 87

debe ser ni extensiva ni restrictiva, sino sólo declarativa de la voluntad del legislador.²⁰

b) El principio de legalidad y la integración de la ley.

La integración de la ley se refiere a llenar las lagunas, omisiones o silencios de los textos legales.

En materia civil los particulares pueden plantear ante el juez toda clase de conflictos, exista o no la ley exactamente aplicable que consagre los derechos y obligaciones que correspondan a los gobernados. Si la ley es omisa el juzgador deberá resolver la controversia integrando la ley. El examen del silencio o laguna de la ley, deberá de hacerse al momento de dictar sentencia y la resolución judicial se iniciará con la declarativa de la falta de la ley que prevea y sancione el caso concreto.

***INTERPRETACION DE LA LEY.** Las leyes deben ser interpretadas en los casos en que su sentido es obscuro, lo que obliga al juzgador a desentrañar su significado haciendo uso de los distintos sistemas de interpretación que la doctrina ha elaborado, pero no es procedente pretender que deba interpretarse aquellas normas cuyo sentido es absolutamente claro, pues a ello se opone la garantía establecida en el cuarto párrafo del artículo 14 constitucional, que manda que las sentencias deben ser conforme a la letra de la ley, ya que de lo contrario lleva al juzgador a desempeñar el papel de legislador creando nuevas normas a pretexto de interpretar las existentes, lo que carece de todo fundamento legal.²¹

***PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO** El artículo 14 de la Constitución General de la República dispone que en los casos de omisión o deficiencia de la ley debe acudirse para resolver la controversia judicial, a los principios generales de derecho, debiendo entenderse por tales, no la tradición de los tribunales que, en último análisis, no son más que prácticas o costumbres que evidentemente no tienen fuerza de ley, ni las doctrinas o reglas inventadas por los junsconsultos, supuesto que no hay entre nosotros

²⁰ Ejecutoria visible en el tomo XXVI, p. 1,277, Quinta Época, bajo el rubro "Amparo Penal en revisión, Olvera Tam Borrel Ruben, de fecha 2 de julio de 1929 por unanimidad de 5 votos

²¹ Ejecutoria visible en los tomos CXXVI, pp. 53 a 73, cuyos rubros son "Amparo en revisión 5421/53, Pedro Castillo Ibarra, 5 de octubre de 1955, por unanimidad de 4 votos y "Amparo directo 6230/54, Jefe del Departamento del Distrito Federal, 5 de octubre de 1955, unanimidad de 5 votos

autores cuya opinión tenga fuerza legal, ni tampoco la que haya acogido la inventiva de la conciencia privada de un juez, por ser esto contrario a la índole de las instituciones que nos rigen, sino los principios consignados en algunas de nuestras leyes, teniendo por tales, no sólo las mexicanas que se hayan expedido después del Código Fundamental del País, sino también las anteriores.*²²

En materia penal el principio de legalidad establece la exigencia de la aplicación estricta de la ley. El párrafo cuarto del artículo 14 constitucional prohíbe la integración de la ley penal. Cuando el juez por analogía, mayoría de razón o cualquier otro medio, deja de aplicar la hipótesis legislativa y pretende crear la figura del delito o su sanción a su arbitrio, la integración de la ley se da en la resolución que la aplica.

c) El principio de legalidad y la retroactividad de la ley.

El principio de irretroactividad de la ley se consagra en el párrafo primero del artículo 14 constitucional y significa que ninguna ley podrá autorizar que se examine la licitud de actos pretéritos o se afecten derechos adquiridos.

***RETROACTIVIDAD DE LA LEY.** La Constitución General de la República consagra el principio de la irretroactividad, cuando la aplicación de la ley causa perjuicio a alguna persona, de donde es deducible la afirmación contraria, de que pueden darse efectos retroactivos a la ley, si esto no causa perjuicio.*²³

***RETROACTIVIDAD DE LA LEY** Las leyes retroactivas, o las dicta el legislador común o las expide el constituyente, al establecer los preceptos del Código Político. En el primer caso, no se les podrá dar efecto retroactivo en perjuicio de alguien, porque lo prohíbe la Constitución; en el segundo, deberán aplicarse retroactivamente, a pesar del artículo 14 constitucional, y sin ello importe violación de garantía individual alguna. En la aplicación de los preceptos constitucionales, hay procurar armonizarlos y si resultan unos en oposición con otros, hay que considerar los especiales como excepción

²² Ejecutoria visible en el tomo XLIII, p. 858, Quinta Época, cuyo rubro es Competencia 224/34, Lopez de Chavez, Ma. Angelina, 11 de febrero de 1935, mayoría de 9 votos.

²³ Tesis núm. 161 visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975, octava parte, jurisprudencia común al Pleno y a las Salas, p. 283.

de aquellos que establecen principios o reglas generales. El legislador constituyente, en uso de sus facultades amplísimas pudo por altas razones políticas, sociales o de interés general, establecer casos de excepción al principio de no retroactividad, y cuando así haya procedido, tales preceptos deberán aplicarse retroactivamente. Para que una ley sea retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores y esta última circunstancia es esencial.²⁴

d) El principio de legalidad y las leyes privativas.

El artículo 13 constitucional establece con la calidad de garantía individual la igualdad de los mexicanos ante la ley, solo la ley general abstracta e impersonal tiene validez constitucional y sus disposiciones son obligatorias., su contenido material deberá aplicarse sin consideración de especie o persona a todos los casos idénticos previstos en la ley, en tanto ésta no sea derogada o abrogada. Además dicho precepto ordena que los gobernados de la República no deberán ser juzgados por tribunales especiales.

e) El principio de legalidad y las deudas de carácter civil.

El artículo 17 constitucional prohíbe que en la Nación mexicana las deudas de carácter civil sean constitutivas de delito

f) El principio de legalidad y las sanciones penales.

El artículo 22 constitucional prohíbe al legislador ordinario el establecimiento de penas para sancionar delitos que sean de mutilación, de infamia, las marcas, los azotes, el tormento de cualquier especie, la muerte en los delitos políticos, la multa excesiva, la confiscación de los bienes, y cualquiera otras penas inusitadas o trascendentales

***PENAS INUSITADAS Y TRASCENDENTES. QUÉ SE ENTIENDE POR...** Por pena inusitada, en su acepción constitucional, debe entenderse aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infame, excesiva, porque no corresponde a los fines que persigue la penalidad, porque no llene las

²⁴ Jurisprudencia visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975.

características de una eficaz sanción, como las de ser moral, personal, divisible, popular, tranquilizadora, reparable y, en cierta forma ejemplar, o bien aquellas penas que, aun cuando no hayan existido, sean de la misma naturaleza o índole de las citadas....²⁵

Penas trascendentales son aquellas que pueden afectar de modo legal y directo a terceros extraños que no son responsables penalmente del delito cometido.

El artículo 16 constitucional y la garantía de seguridad jurídica. "Es el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el summum de sus derechos subjetivos".²⁶

C) Garantía de seguridad jurídica

Esta garantía brinda certeza jurídica al ciudadano porque le permite conocer: si el acto de autoridad tiene su origen en la esfera de competencia del poder público; si la aplicación de la ley es correcta y si la autoridad resulta ser competente o no para dictar el acto que afecte la esfera jurídica de los particulares.

El artículo 16 de la Constitución, consagra garantías individuales que brindan a los gobernados certeza jurídica, lo dictado por dicho artículo es una extensión del principio de legalidad, ya que desarrolla y perfecciona los alcances de dicho principio. Por su parte el artículo 14 de nuestra constitución otorga las garantías de la irretroactividad de las leyes, de audiencia y de la exacta aplicación de la ley en materia penal.

Lo previsto en el artículo 16 constitucional tiene como finalidad señalar los elementos que dan validez y licitud a los actos de autoridad, con independencia de que se afecte o no la esfera jurídica de los gobernados. Las formalidades que debe revestir todo acto de autoridad son: a) Que se consagre por escrito, b) Que sea dictado por autoridad competente, y c) Que

octava parte, jurisprudencia común al Pleno y las Salas, tesis 160, p. 280)

²⁵ Ejecutoria visible en el tomo XL, p. 2.397, Quinta Época, bajo el rubro Amparo penal directo 4383/42, Valencia Flores, Tomás, 9 de marzo de 1934, unanimidad de 4 votos.

²⁶ Burgoa Onhuela, Ignacio, Ob. Cit. p. 504

se funde y motive. Esta garantía brinda certeza jurídica al ciudadano porque le permite conocer: si el acto de autoridad tiene su origen en la esfera de competencia del poder público; si la aplicación de la ley es correcta, y si la autoridad resulta ser competente o no para dictar el acto que afecte la esfera jurídica de los particulares.

La garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 constitucional, esta integrada mediante cuatro garantías específicas de seguridad jurídica: el juicio previo al acto de privación; que dicho juicio se siga ante tribunales previamente establecidos; el cumplimiento o la observación de las formalidades procesales esenciales; y la decisión jurisdiccional ajustada a las leyes vigentes con antelación a la causa que origine el juicio. Esta garantía evita que se vulneren los derechos de los ciudadanos sujetos a cualquier procedimiento, administrativo, civil o penal.

II. CONCEPTO DE DETENCIÓN, RETENCIÓN, APREHENSIÓN Y REAPREHENSIÓN

En este apartado se hará mención de los conceptos de detención, aprehensión y retención, sobre los cuales versa nuestro estudio posterior.

Detención. "Como tal debe considerarse cualquier forma de privación de la libertad deambulatoria del ciudadano, sea cual fuere la denominación que a estos efectos quiera utilizarse (retención, intervención personal, sanción disciplinaria, etc.) Debe considerarse como detención cualquier situación en la que la persona se vea impedida o obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad".²⁷

Este vocablo se refiere a la situación en que teniéndose al inculpado presente se le suspende en el ejercicio de su libertad física conservándolo en esa condición; así que la detención puede ser resultante de la aprehensión

²⁷ Hábeas corpus frente a detenciones ilegales. Introducción y selección de Luis Alfredo de Diego Díez, editorial Tecnos, 1997, Madrid, España, pag. 12

lograda o puede acaecer cuando el sujeto ya se encuentra casual, espontánea o forzosamente ante la autoridad.²⁸

Retención. Se relaciona con el mismo sentido de la detención como privación de la libertad; pero se refiere a la prolongación de esta. Retener a un individuo es prolongar su detención, es decir guardarlo o mantenerlo detenido.

Aprehensión. Se usa este vocablo refiriéndose a la acción de privación de libertad para lo que se requiere que el inculcado sea asido, capturado, a fin de llevarlo ante la autoridad que expidió el mandamiento, por esta razón se adopta la idea de que la aprehensión solo puede ser requerida de autoridades judiciales, ya que estas son las únicas que pueden girarla a solicitud del Ministerio Público

Veamos los siguientes conceptos:

- Orden de aprehensión. "Desde el punto de vista dogmático, es una situación jurídica, un estado, un modo de lograr la presencia del imputado en el proceso. Desde el punto de vista procesal, es una resolución judicial en la que, con base en el procedimiento del agente del Ministerio Público y satisfechos los requisitos indicados en el artículo 16 constitucional; se ordena la captura de un sujeto determinado, para que sea puesto, de inmediato, a disposición de la autoridad que lo reclama, o requiere, con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye."²⁹

- Orden de reaprehensión. "Es una resolución judicial que determina la privación de la libertad de una persona cuando, se evade de la cárcel, está en libertad bajo protesta y se ausenta de la población sin el permiso del juez, no cumple con las obligaciones que se le hicieron saber al concederle la libertad caucional, estando en libertad caucional no se presenta a cumplir la sanción, etc."³⁰

²⁸ Reyes Tayabas, Jorge. Derecho constitucional aplicado a la especialización en amparo. Cuarta edición Editorial Themis México 1997, pag. 278.

²⁹ Colín Sánchez, Guillermo. Derecho mexicano de procedimientos penales. Undécima edición Editorial Porrúa México 1989, pag. 363

³⁰ Colín Sánchez, Guillermo. Ídem

III. FORMAS DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD PERMITIDAS POR LA LEY

Este tema se basa principalmente en la siguiente jurisprudencia:

"LIBERTAD PERSONAL, RESTRICCIÓN DE LA (CAMBIO DE SITUACIÓN JURÍDICA).- La libertad personal puede restringirse por cuatro motivos: la aprehensión, la detención, la prisión preventiva y la pena; cada uno de los cuales tiene características peculiares. El conjunto de normas jurídicas que condicionan y rigen la restricción de la libertad, en los distintos casos de que se ha hablado, se llama situación jurídica, de modo que cuando esta situación cambia, cesan los efectos de la situación jurídica anterior, pues cada forma de restricción de la libertad excluye a las otras, y por lo mismo, desaparecen los efectos del acto reclamado, y es improcedente el amparo contra la situación jurídica anterior."³¹

Ya hemos establecido los conceptos de aprehensión y detención, a continuación daremos los de prisión preventiva y pena.

La prisión preventiva es una institución procesal penal, es una medida cautelar cuya función es asegurar a un individuo que ha sido considerado probable responsable de un hecho delictuoso hasta que es sentenciado, por tanto la prisión preventiva se refiere al aseguramiento de la persona acusada de haber cometido un delito hasta que el juez resuelva sobre su inocencia o culpabilidad.

La imposición de dicha prisión preventiva está condicionada a la existencia de un orden judicial y su aplicación queda reservada para los delitos graves.³²

La prisión preventiva comprende dos periodos

*a) el primero, que va desde que el sujeto queda a disposición del juez, hasta que éste dicta ya sea el auto de formal prisión o libertad por falta de méritos, y

³¹ Jurisprudencia 85. Apendice 1917-1985. Segunda parte. Primera Sala. p. 319-320

³² Fernández Muñoz, Dolores Eugenia. La Pena de Prisión. Propuestas para sustituirla o abolirla. Primera edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México D.F. 1993. p. 87

b) el segundo, que abarca desde el auto antes señalado hasta que se pronuncie la sentencia ejecutoria.³³

La pena es la real privación o restricción de bienes al autor del delito que el poder ejecutivo lleva a cabo para la prevención especial determinada jurídicamente en su máximo por la punición impuesta y en su mínimo por ciertas condiciones temporales y personales del reo que la sufre.

La función de la pena en el marco de una ideología liberal democrática, toma como fundamento a la justicia y en su ejecución al valor primario de la persona y de sus inviolables derechos naturales de libertad.³⁴

Las bases constitucionales sobre la privación de la libertad y sus límites basados en el principio de legalidad las encontramos en los siguientes artículos:

Art. 14. En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.

Art. 17. Nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil.

Art. 18. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Art. 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste

Art. 21. La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por

³³ Rodríguez y Rodríguez, Jesús. La prisión preventiva y los derechos humanos en el derecho comparado. México. UNAM. 1981. p. 14

³⁴ Ojeda Vélazquez, Jorge. Derecho punitivo. teoría sobre las consecuencias jurídicas del delito. Primera edición. Editorial Porrúa. México D.F. 1993. p. 53

las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiere impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

IV. CONTROL JUDICIAL DE LAS DETENCIONES ADMINISTRATIVAS

El control judicial de las detenciones administrativas trata de parar las detenciones arbitrarias sin orden de aprehensión emanada de autoridad judicial y sin previa reunión de elementos probatorios que acrediten la existencia del delito ni la probable responsabilidad penal, en algunos casos sin previa denuncia, por parte de la policía judicial. Dicho control esta basado en la reforma constitucional publicada el 3 de septiembre de 1993, del artículo 16 constitucional párrafo sexto.

Art. 16 párrafo sexto. En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

1. Naturaleza jurídica.

La naturaleza jurídica de esta institución es un medio de defensa de la Constitución por un órgano judicial con las siguientes características: no requiere queja de parte agraviada ni de tercero, pues se aplica de oficio y de plano; opera tomando como base probatoria las constancias del expediente en que se actúe; el control se reduce a los actos de detención por autoridades administrativas, sus efectos se limitan al caso concreto, consistentes fundamentalmente en la inmediata liberación del detenido; tiene como efectos secundarios la investigación de las responsabilidades que se puedan fincar a las autoridades que incurran en las violaciones detectadas.

2. La estructura jurídica del control judicial de las detenciones:

Actos sujetos a control. Son los actos de detención administrativa, independientemente de que ésta no se haya realizado por orden del

Ministerio Público, sino de la Policía Judicial o de otra autoridad administrativa que luego haya puesto al detenido a disposición de aquél.

Órgano de control. Lo es cualquier juez, de cualquier fuero, que reciba como puesta a su disposición, en calidad de detenida, a alguna persona que le sea consignada.

Autoridad sujeta a control. Es la que haya ordenado o ejecutado la detención de la persona consignada, o su retención, incluida la autoridad que haga la consignación, al no haber hecho cesar la detención arbitraria o al continuar la retención.

Materia de control. Se reduce a la detención administrativa, examinada frente a las disposiciones que autorizan realizarla en los casos de flagrancia o en los urgentes, y también la prolongación de la detención examinada a su vez frente a los plazos constitucionales

V. EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA POLICÍA JUDICIAL

Tratándose del Ministerio público, existe una abundante literatura sin embargo, en este apartado, sólo nos limitaremos a su concepto, su fundamento constitucional, los principios que la rigen y sus atribuciones.

1. Concepto de Ministerio Público.

El Ministerio Público debe entenderse como la institución u organismo de carácter administrativo, perteneciente al Poder Ejecutivo Federal o Estatal, en su caso, cuyas funciones entre otras, son las de representar a la Federación o al Estado y a la sociedad en sus intereses Públicos; investigar la comisión de los delitos y perseguir a los delincuentes, en cuya actividad tendrá como subordinada a la policía administrativa; ejercitar la acción penal ante los tribunales judiciales competentes y solicitar la reparación del daño, cuando proceda, como representante de la sociedad procurar la defensa de sus intereses privados cuando se trate de ausentes, menores e incapacitados, etc³⁶

³⁶ Agüero Cruz, Leopoldo Procedimientos Penales Mexicanos 2ª edición, editorial porrua Mexico D F 1996, p 167.

2. Fundamento constitucional.

El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 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, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato."*

Frente a este enfoque quedaron plasmados en la Constitución, los ámbitos de competencia y las fronteras de funcionamiento e interrelación entre el Poder Judicial y el poder Ejecutivo; consecuentemente, el ejercicio de la atribución del Ministerio Público, queda precisado en la acción persecutoria de los delitos, lo cual implica, la realización de todas aquellas actividades legales, que confirmen o nieguen el ejercicio de la acción penal, en este sentido es imperativo investigar a profundidad las condiciones de modo, tiempo, lugar, así como las circunstancias en que ocurrieron los hechos presumiblemente delictivos, para comprobar si las denuncias o querellas están directamente relacionadas con el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del indiciado, las atribuciones del ministerio público deben instruir al ejercicio de la acción penal, la reserva o el no ejercicio de la acción penal

El artículo 102 constitucional ordena como se organizará el Ministerio Público Federal *"A. La ley organizará el Ministerio Público de la Federación cuyos funcionarios serán nombrados y removidos por el Ejecutivo, de acuerdo con la ley respectiva. El Ministerio Público de la Federación estará presidido por un Procurador General de la República, designado por el titular del Ejecutivo Federal con ratificación del Senado o, en sus recesos, de la Comisión Permanente. Para ser Procurador se requiere ser ciudadano mexicano por nacimiento, tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación, contar con antigüedad mínima de diez años, con título profesional de licenciado en derecho; gozar de buena reputación, y no haber sido condenado por delito doloso. El Procurador podrá ser removido libremente por el ejecutivo"*

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 ordenes de aprehensión contra los inculpados;

buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de estos; 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."

3. Principios que rigen la institución del Ministerio Público.

La naturaleza del Ministerio Público descansa en los principios rectores que a continuación se enuncian:

Unidad o jerarquía. Se dice que el Ministerio público constituye una unidad en el sentido de que todas las personas físicas que componen la institución se consideran como miembros de un solo cuerpo, bajo una sola dirección.³⁶

Indivisibilidad. El Ministerio Público es indivisible en el sentido de que ante cualquier tribunal y por cualquier oficial que la ejercite, el Ministerio Público representa siempre a una sola y misma persona en instancia: la sociedad o el Estado. Cada uno de ellos en el ejercicio de sus funciones representa a la persona moral del Ministerio público como si todos sus miembros obraran colectivamente. A la pluralidad de miembros corresponde la indivisibilidad de los institutos: unidad en la diversidad. Y así vemos cómo, dentro de nuestro procedimiento, uno es el agente del Ministerio Público que inicia la investigación, y otro es el que consigna y sigue el proceso. Según las distintas instancias persiguen diversos agentes, y aún pueden reemplazarse en el curso del proceso.

Irrecusabilidad Indica que sus funcionarios, en lo particular, puedan y deban conocer indiscriminadamente de cualquiera asuntos que se sometan a su consideración, por lo que deben excusarse en los mismos supuestos en que han de hacerlo los juzgadores, Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Magistrados de circuito, y Jueces de Distrito.

Responsabilidad. El Ministerio Público no incurre en responsabilidad, en funciones cuando resuelva en averiguación previa, pero si pueden caer en responsabilidad dentro de la triple proyección civil, disciplinaria y penal, los funcionarios que la encaman, el objeto es proteger al Ministerio público

contra los individuos, a los cuales no se les concede ningún derecho contra los funcionarios que ejercen la ley penal, aún en el caso de ser absueltos.

Oficiocidad. Consiste en el deber de realizar sus funciones cuando existen los requisitos de ley, sin esperar el requerimiento de los ofendidos.

4. Atribuciones del Ministerio Público.

La atribución ministerial pública debe ejercerse a plenitud, toda vez que la falta o exceso de la actividad de investigar y perseguir los delitos, puede llevar aparejada, en su contenido, negligencia, desvío o abuso de autoridad. La Ley Órgánica de la Procuraduría General de la República, así como la Ley Órgánica de la Procuraduría General del Justicia del Distrito Federal y sus respectivos reglamentos establecen las atribuciones correspondientes a cada fuero.

Ley Órgánica de la Procuraduría General de la República.

Atribuciones del Ministerio Público en materia Federal.

Art. 2. Corresponde al Ministerio Público de la Federación:

I. Vigilar la observancia de la constitucionalidad y legalidad en el ámbito de su competencia sin perjuicio a las atribuciones que legalmente correspondan a otras autoridades jurisdiccionales o administrativas;

II. Promover la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia,

III. Velar por el respeto de los derechos humanos en la esfera de su competencia,

IV. Intervenir ante las autoridades judiciales en todos los negocios en que la Federación sea parte, cuando se afecten sus intereses patrimoniales o tenga interés jurídico, así como en los casos de los diplomáticos y los cónsules generales.

V. Perseguir los delitos del orden federal,

VI. Intervenir en el Sistema Nacional de Planeación Democrática, en lo que hace a las materias de su competencia.

VII. Participar en el Sistema Nacional de Seguridad Pública de conformidad con lo establecido en la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, este ordenamiento y demás disposiciones aplicables;

VIII. Dar cumplimiento a las leyes así como a los tratados y acuerdos internacionales en los que se prevea la intervención del Gobierno Federal en asuntos concernientes a las atribuciones de la Institución y con la intervención que, en su caso, corresponda a las dependencias de la Administración Pública Federal;

IX. Representar al Gobierno Federal en la celebración de convenios de colaboración a la que se refiere el artículo 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

X. Convenir con las autoridades competentes de las entidades federativas sobre materias de ámbito de su competencia.

Auxiliares del Ministerio Público de la Federación.

Art. 19. I. Son auxiliares directos y por lo mismo se integran a la institución:

La Policía Judicial Federal y los Servicios Periciales. II. Y son suplementarios:

Los Agentes del Ministerio Público del fuero común y de las Policías Judicial y Preventiva, en el Distrito Federal y en los Estados de la República, previo acuerdo, entre las autoridades federales y locales,

Los cónsules y vicecónsules mexicanos en el extranjero;

Los capitanes, patrones o encargados de naves o aeronaves nacionales

Atribuciones del Ministerio Público del Distrito Federal.

Ley Órgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Art. 2. La Institución del ministerio Público en el Distrito Federal, estará a cargo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, y tendrá las siguientes atribuciones que ejercerá por conducto de su titular y de sus agentes auxiliares:

- I. Perseguir los delitos del orden común cometidos en el Distrito Federal;
- II. Velar por la legalidad y por el respeto de los derechos humanos en la esfera de su competencia, así como promover la pronta, completa y debida impartición de justicia;
- III. Proteger los derechos e intereses de los menores, incapaces, ausentes, ancianos y otros de carácter individual y social;
- IV. Realizar estudios, formular y ejecutar lineamientos de política criminal, y promover reformas que tengan por objeto hacer más eficiente la función de seguridad pública y contribuir al mejoramiento de la procuración e impartición de Justicia;
- V. Las que en materia de seguridad pública le confiere la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal;
- VI. Participar en la instancia de coordinación del Distrito Federal en el Sistema Nacional de Seguridad Pública, de acuerdo con la ley y demás normas que regulen la integración, organización y funcionamiento de dicho sistema;
- VII. Realizar estudios y desarrollar programas de prevención del delito en el ámbito de su competencia;
- VIII. Proporcionar atención a las víctimas o los ofendidos por el delito y facilitar su coadyuvancia

Art. 23. Son auxiliares directos del Ministerio Público del Distrito Federal: La Policía Judicial y los Servicios Periciales

El artículo 2 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal establece las atribuciones del Ministerio Público: perseguir los delitos del orden común, cometidos en el Distrito Federal, velar por la legalidad en la esfera de su competencia como uno de los principios rectores de la convivencia social, promoviendo la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia; proteger los intereses de los menores, incapaces, así como los individuales y sociales en general, en los términos que determinen las leyes; cuidar la correcta aplicación de las medidas de política criminal, en la esfera de su competencia, y las demás que las leyes determinen

5. La Policía Judicial.

En nuestro sistema jurídico y administrativo hay dos grandes ramas de la policía: la preventiva y la judicial. La primera tiene a su cargo, la prevención del delito, se trata de policía generalmente uniformada, que ejerce vigilancia en centros de población, en edificios, oficinas, carreteras, puertos, fronteras, y otros lugares de acceso público. La segunda, la Policía Judicial, interviene en la investigación de los delitos cometidos y de sus autores; en este desempeño coadyuva con el Ministerio Público, atiende sus órdenes, localiza personas, busca pruebas; asimismo, tiene a su cargo el cumplimiento de determinados mandatos de los jueces, como las ordenes de aprehensión y presentación y los cateos.³⁷

³⁷ García Ramírez, Sergio. El Sistema Penal Mexicano 2ª. edición, editorial porrua México DF 1996, p. 109.

CAPITULO SEGUNDO

RETENCIÓN PRACTICADA POR EL MINISTERIO PUBLICO

I. FLAGRANCIA

Como hemos expresado, el supuesto de detención por cualquier persona en caso de delito flagrante esta previsto en el párrafo cuarto del artículo 16 constitucional y constituye una excepción a la regla general de que debe existir una orden de aprehensión librada por autoridad judicial competente para que el gobernado pueda ser privado de su libertad personal, en este apartado estudiaremos la flagrancia y su forma equiparada establecida en las leyes reglamentarias.

1. Concepto de flagrancia.

Del latin *flagrantia*. Se da propiamente la flagrancia cuando el autor del delito es sorprendido en el acto de cometerlo. No es pues, una condición intrínseca de delito, sino una característica externa resultante de una relación circunstancial del delincuente con su hecho. La significación jurídica de la flagrancia aparece históricamente enlazada a una mayor punición, a procedimientos especiales y a la cuestión probatoria. Estas repercusiones han dejado de ser tales en el derecho moderno, al menos en cuanto a que el delito flagrante no es objeto ya de punición más severa ni queda sometido a peculiares ritualidades procesales.³⁶

Delito flagrante es aquél cuyo autor es sorprendido en el momento mismo de cometerlo. Flagrar (del latin *flagrare*) significa arder o resplandecer como fuego o llama, de manera que, etimológicamente, el término delito

³⁶ Diccionario jurídico mexicano Instituto de investigaciones. 2ª Edición. 1987 UNAM. p

flagrante se refiere al hecho vivo y palpitante, cuya observación convence al testigo de que está presenciando la comisión de un delito.³⁹

***FLAGRANTE DELITO.-** No debe confundirse el delito con las consecuencias del mismo; delito flagrante es el que está cometiendo actualmente, sin que el autor haya podido huir; 'el que se comete públicamente y cuyo perpetrador ha sido visto por muchos testigos al tiempo mismo en que lo consumaba'; por tanto considerar flagrante un delito porque se miren sus consecuencias constituye un grave error jurídico, y la orden de aprehensión que se libere por las autoridades administrativas contra el autor probable del hecho que ocasiona esas consecuencias, constituye una violación al artículo 16 constitucional.⁴⁰

***FLAGRANCIA EN DELITOS PERMANENTES. COAUTORIA.-** Tratándose de la comisión flagrante de delitos permanentes, como lo es entre otros el ilícito contra la salud en la modalidad de posesión, no es menester para proceder a la detención del infractor según el artículo 16 constitucional, tener orden de aprehensión alguna ni oír previamente en juicio al acusado para realizarla; en efecto, en los delitos permanentes, todos y cada uno de sus momentos son de comisión; circunstancia que, por lo consiguiente, involucra permanentemente en su ejecución a quienes, enterados de la acción, la admiten (adherencia) o quienes por preordenación la realizan y, por lo tanto, deben responder penalmente como coautores; todo lo cual justifica respecto a éstos la flagrancia y la innecesaria orden de detención.⁴¹

2. Cuasiflagrancia.

Se manifiesta cuando inmediatamente después de ejecutado el hecho delictuoso, el indiciado es perseguido materialmente

3. Flagrancia equiparada.

Se equipara a la flagrancia la presunción fundada de que el indiciado ha participado en la comisión del delito, siempre que se trate de un delito

³⁹Zamora-Pierce. Jesús. Garantías y proceso penal. Novena edición. editorial Porrúa. México D.F. 1998. p. 20

⁴⁰ Apéndice 1917-1988. Segunda parte. p. 1977

⁴¹ Apéndice 1917-1988. Segunda Parte. p. 1246

grave, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas tratándose de delitos Federales y un plazo de setenta y dos horas tratándose de delitos del orden común, desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, además se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito.

4. Presunción de la flagrancia.

Se actualiza cuando el inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos, o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento, o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito.

5. Extensión de la flagrancia.

Su extensión va a ir aparejada a que el indiciado se puede dar a la fuga, esto es que si es perseguido materialmente y se logra su captura dentro del plazo señalado, hasta ese momento se considera la flagrancia.

6. La reglamentación de la flagrancia en los códigos procesales penales.

Al respecto el Código Federal de Procedimientos Penales nos define en el artículo 193 "Se entiende que existe flagrancia cuando

- I. El inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito,
- II. Inmediatamente después de ejecutado el delito el inculpado es perseguido materialmente, o
- III. El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiera participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito, siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos

delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito.

En esos casos, el Ministerio Público decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merece pena privativa de libertad, o bien ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de la libertad o alternativa.

La violación a lo dispuesto en el párrafo anterior hará penalmente responsable a quien decreta la indebida retención y la persona detenida deberá ser puesta de inmediato en libertad."

Como puede observarse la fracción primera de este dispositivo legal contiene lo que se conoce como flagrancia estricta, que es aquella cuando el indiciado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito.

Se entiende que hay delito flagrante (flagrancia estricta), cuando al sujeto activo del delito se le sorprende en lo que se conoce doctrinalmente como *inter crimis* o actualidad del delito, es decir en las fases consumativas o ejecutivas del injusto penal, sin importar si el delito es instantáneo, permanente o continuado

La segunda fracción prevé el supuesto de la cuasiflagrancia, que se manifiesta cuando inmediatamente después de ejecutado el hecho delictuoso, el indiciado es perseguido materialmente. Esa inmediatez implica un periodo de tiempo muy breve

Por lo que respecta a la presunción de flagrancia, se actualiza cuando también inmediatamente después de cometido el delito, alguna persona señala al indiciado, como responsable o se encuentra en su poder el objeto del delito, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en la comisión del delito.

Es aplicable al caso concreto la siguiente tesis

PRUEBA CIRCUNSTANCIAL VALORACIÓN DE LA. La prueba circunstancial se basa en el valor incriminatorio de los indicios y tiene, como punto de partida, hechos y circunstancias que están probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido, esto es, ya un dato por complementar, ya una incógnita por determinar, ya una hipótesis por

verificar, lo mismo sobre la materialidad del delito que sobre la identificación del culpable y acerca de las circunstancias del acto inculminado.⁴²

Los tribunales deben apreciar el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Art. 267. Se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el inculcado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito.

Se equiparará la existencia de delito flagrante cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiera participado con ella en la comisión del delito; o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito; o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se hubiera iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito.

En esos casos el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa y bajo su responsabilidad, según proceda, decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merezca pena privativa de libertad, o bien, ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de libertad, o bien, alternativa.

La violación de esta disposición hará penalmente responsable a quien decreta la indebida retención, y el indiciado deberá ser puesto en inmediata libertad.

⁴² Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito Amparo directo 512/91.- Lazaro Varquez Rojas - 30 de Octubre de 1991 - Unanimidad de votos - Ponente Gustavo Calvillo Rangel - Secretario Humberto Schettino Reyna

II. DETENCIÓN POR ORDEN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN CASOS URGENTES

Antes de las reformas de 1993 el artículo 16 constitucional establecía la siguiente regla de detención en casos urgentes. " Solamente en casos urgentes cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial."

Los requisitos y condiciones que regulaban la detención en casos urgentes se habían utilizado como instrumento de la lucha contra el delito, en primer lugar la exigencia de que " no haya en el lugar ninguna autoridad judicial" era inaplicable en una República moderna, salvo, quizá, en las más apartadas rancherías o pueblos; en segundo lugar la autoridad que realizaba la detención debía poner inmediatamente al indiciado a disposición de la autoridad judicial, y entre ambos momentos no debía transcurrir más tiempo que el absolutamente indispensable para transportar al detenido del lugar en que fue privado de su libertad a aquel otro en el cual tenía su sede el tribunal.

La constitución no le otorgaba al ministerio público oportunidad para interrogar al indiciado ni para llevar a cabo, teniendo al detenido en su poder, acto alguno de investigación del delito. El artículo 16 en su texto original permitía al ministerio Público efectuar detenciones en casos urgentes únicamente después de haber agotado la averiguación previa, en caso contrario no podía conservar al detenido para perfeccionar la averiguación, ni ejercer la acción penal ⁴³

Con la reforma constitucional en materia penal de septiembre de 1993, el actual párrafo quinto del artículo 16 constitucional dispone "Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En cuanto a la flagrancia no existe duda de que procedía y ahora procede la detención administrativa, puesto que inclusive cualquier persona está facultada para realizar dicha detención, pero no ocurre lo mismo con la nueva modalidad de urgencia, que está relacionada con los delitos considerados como graves por el legislador y el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se puede ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia.

Estos supuestos no son teóricos, sino que se apoyan en situaciones reales, debido al aumento de la delincuencia, especialmente en los centros urbanos, en los que el Ministerio público debe actuar con rapidez cuando existe una sospecha fundada de que el indiciado al que se le impute un delito grave, pueda eludir la acción de la justicia, lo que resulta factible debido a la extensión de las ciudades y a los medios actuales de transporte.

La detención sólo puede hacerse cuando se hubiese practicado una investigación previa en la cual se obtengan datos suficientes para acreditar, por medio de los indicios respectivos, que existe el peligro real de que el inculpado de un delito grave pueda sustraerse del procedimiento penal.⁴⁴

El artículo 16, párrafo quinto, de nuestra carta Magna, nos precisa en que casos procede la detención del inculpado por parte del ministerio público; en caos 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. El precepto constitucional referido se reglamenta en el Código Federal de procedimientos Penales, en su artículo 193 bis que a continuación se transcribe: En casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar por escrito la detención de una persona, fundando y expresando los indicios que acrediten

- a) Que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves en el artículo siguiente,
- b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y

⁴⁴ Zamora-Pierce, Jesus. *Op Cit* pp 21 a 22

⁴⁵ Procuraduría general de justicia del D.F. *La importancia y perspectiva de las reformas penales*. Primera edición 1994, pp 35 a 36.

c) Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.

Los delitos calificados como graves se encuentran enumerados en el artículo 194 del Código de Procedimientos Penales.

Artículo 194. Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:

I. Del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero común y para toda la República en Materia de fuero Federa, los delitos siguientes:

1. Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60, párrafo tercero;
2. Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;
3. Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;
4. Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero;
5. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;
6. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;
7. Piratería, previsto en los artículos 146 y 147;
8. Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;
9. Evasión de presos, previsto en el artículo 150 y 152;
10. Ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170;
11. Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 Bis, párrafo tercero;
12. Contra la salud, previsto en el artículo 194, 195, párrafo primero, 195 Bis, excepto cuando se trate de los casos previstos en las dos primeras líneas horizontales de las tablas contenidas en el apéndice 1, 196 Bis, 197, y 198;
13. Corrupción de menores o incapaces, previsto en el artículo 201, y pornografía infantil previsto en el artículo 201 Bis.

14. Los previstos en el artículo 205, segundo párrafo;
15. Explotación del cuerpo de un menor de edad por medio de comercio carnal, previsto en el artículo 208;
16. Falsificación y alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237;
17. Falsificación y utilización indebida de documentos relativos al crédito, previsto en el artículo 240 Bis, salvo la fracción III;
18. Contra el consumo y riqueza nacionales, previsto en el artículo 254, fracción VII, párrafo segundo;
19. Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 Bis;
20. Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286, segundo párrafo;
21. Lesiones, previsto en los artículos 291, 292 y 293, cuando se cometa en cualquiera de las circunstancias prevista en los artículos 315 y 315 Bis;
22. Homicidio, previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;
23. Secuestro, previsto en el artículo 366, salvo el antepenúltimo párrafo;
24. Robo calificado, previsto en el artículo 367 cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372 y 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XIII, XV y XVI;
25. Robo calificado, previsto en el artículo 367, en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 381 Bis.
26. Comercialización habitual de objetos robados, previsto en el artículo 368.
27. Sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados, previsto en el artículo 368, párrafo segundo;
28. Robo, previsto en el artículo 371, párrafo último;
29. Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 Bis;

30. Los previstos en el artículo 377;
 31. Extorsión, previsto en el artículo 390;
 32. Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; y
 33. En materia de derechos de autor, previsto en el artículo 424 Bis.
- II. De la ley federal contra la delincuencia organizada, previsto en el artículo 2;
 - III. De la ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, los delitos siguientes:
 1. Portación de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o fuerza Aérea, previsto en el artículo 83, fracción III;
 2. Los previstos en el artículo 83 Bis, salvo en el caso del inciso i) del artículo 11;
 3. Los previstos en el artículo 84;
 - IV. De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura previsto en los artículos 3 y 5;
 - V. De la Ley General de Población, el delito de Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138;
 - VI. Del Código Fiscal de la Federación los delitos siguientes:
 1. Contrabando y su equiparable, previsto en los artículos 102 y 105 fracciones I a la IV, cuando les correspondan las sanciones previstas en las fracciones II o III segundo párrafo del artículo 104, y
 2. Defraudación fiscal y su equiparable, previstos en los artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado se ubique en los rangos a que se refiere a que se refieren las fracciones II o III del artículo 108, exclusivamente cuando sean calificados;
 - VII. De la Ley de la Propiedad Industrial, los delitos previstos en el artículo 223.
 - VIII. De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los artículos 111 y 112;

IX. De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, los previstos en el artículo 98, en los supuestos de cuarto párrafo, excepto las fracciones IV y V, y 101;

X. De la Ley Federal de Instituciones de Fianza, los previstos en los artículos 112 Bis, 112 Bis 2, en el supuesto de cuarto párrafo;

XI. De la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de seguros, los previstos en el artículo 141 fracción I, 145;

XII. De la ley del Mercado de Valores, los previstos en los artículos 52 y 52 Bis cuando el monto de la disposición de los fondos o valores exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal;

XIII. De la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, los previstos en los artículos 103 y 104;

XIV. De la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, los previstos en el artículo 96.

Conforme al artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Existirá el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, en atención a las circunstancias personales del inculpado, a sus antecedentes penales, a sus posibilidades de ocultarse, a ser sorprendido al tratar de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviera conociendo del hecho o, en general, a cualquier indicio que haga presumir fundadamente que puede sustraerse de la acción de la justicia

Para todos los efectos legales son graves, los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años... El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima de delito de que se trate y dividirlo entre dos

La tentativa punible de los ilícitos que se mencionan en el párrafo anterior también se considerará delito grave si en término medio aritmético de las dos terceras partes de la pena de prisión que se debiera imponer de haberse consumado el delito excede de cinco años

Para calcular el término medio aritmético de la pena de prisión, se tomarán en consideración las circunstancias modificativas de la penalidad del delito que se trate.

III. EJEMPLO ILUSTRATIVO SOBRE LA ORDEN DE RETENCIÓN Y DE DETENCIÓN EN LOS CASOS DE FLAGRANCIA Y DE URGENCIA

En este apartado se van a mostrar un ejemplo de decreto de la formal retención que determina la agencia investigadora del Ministerio Público de una unidad de investigación con detenido respecto a la presentación del detenido por delito flagrante y un decreto de formal detención respecto a un caso urgente.

Fiscalía Desconcentrada Gustavo A. Madero

Ag. Inv. M.P. 13.

Unidad investigadora No. : 03 Con detenido.

Tercer turno.

Av. Previa No.

Fdgustav/13/UCD03/03339/2001-08.

Delito: Lesiones, daño en propiedad ajena.

ACUERO.- En Gustavo A. Madero Distrito Federal, siendo las 06: 50 horas, seis horas con cincuenta minutos del día 30 treinta del mes de agosto del año 2001 dos mil uno, visto lo actuado el suscrito agente del Ministerio Público- ----- ACORDO-----

Vista para resolver la situación jurídica de quien dijo llamarse Jesús Nava Morales quien fue puesto a disposición del personal de esta oficina por elementos de la policía preventiva como probable responsable por la comisión del delito cometido contra agentes de la autoridad, previsto y sancionado en los artículos del Código Penal vigente para esta ciudad y en concepto del suscrito se encuentran reunidos los requisitos de procedibilidad como lo es una denuncia la cual fue presentada por el policía lesionado Jorge Pérez, quien pone del conocimiento de esta representación social que el hoy probable responsable el día 30 de agosto del año en curso, siendo las 03 05 horas ingería bebidas embriagantes en compañía de otro individuo en la avenida 412 esquina 1519 de la colonia San Juan de Aragón y al hacerles

de su conocimiento de la falta que estaban cometiendo estos individuos empiezan a agredir a los policías y en seguida el presentado con la ayuda de varias personas, golpea al policía denunciante, así como le causa daños a su chamarra, la cual es parte de su uniforme de policía preventiva, siendo asegurado en flagrante delito como lo regula el artículo 266 y 267 del código de procedimientos penales y aunado de que el delito que se le imputa se sanciona con pena privativa de libertad es de resolverse y se -----

----- R E S U E L V E -----

UNICO.- Se decreta la formal retención de quien dijo llamarse Jesús Nava Morales, como probable responsable de la comisión del delito cometido contra agentes de la autoridad, en base a los argumentos esgrimidos en el presente acuerdo.----- CUMPLASE-----

Autoriza lo actuado el agente del M.P. Miguel Angel Romero Cordova Damos fe el C. Oficial Secretario del M. P. Cesar A.

Fiscalia.

Ag. Inv. M.P.: 13.

Unidad Investigadora No.: 02 Con detenido.

Segundo turno.

Av. previa No FD

Gamo 4/13/ucd02/04079/2001-10

Delito: Robo, lesiones

ACUERDO - En Gustavo A Madero México Distrito Federal, siendo las 06:05 horas, seis horas con cinco minutos del día 19 diecinueve del mes de octubre del año 2001 dos mil uno, visto lo actuado el suscrito agente del Ministerio Público -----

----- A C O R D O -----

Vistas las presentes actuaciones a efecto de resolver en cuanto hace a la situación jurídica de quien dijo llamarse Rafael Rodriguez Estanislao del sexo masculino de 22 años de edad alias el nopal, mismo quien es presentado a esta oficina, por elementos de la policía preventiva, toda vez que es reconocido por estudiantes del CETIS no 30 como el mismo que el día 17 del mes de octubre del año 2001, y siendo aproximadamente las 21.30 horas, en compañía de otros sujetos hoy prófugos de la justicia desapoderan de pertenencias y efectivo a los denunciante por medio de la

violencia moral, y actuando en forma conjunta con otros sujetos hoy prófugos de la justicia, para acto seguido, darse a la fuga con el producto del robo. por lo que siendo el delito de robo específico un delito privativo de la libertad, tal como lo disponen los artículos 371 párrafo tercero (hipótesis de cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos sin importar el monto de lo robado a través de la violencia), y por ende un delito calificado como grave, tal como lo dispone el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, aunado que existen varias imputaciones directas y categoricas en su contra como probable responsable del delito de robo específico por parte de los denunciantes, aunado que existe el temor fundado de que el hoy indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, ya que conocedor de la imputación que obra en su contra, como probable responsable del delito de robo específico diversos, y siendo un delito que no alcanza el beneficio de la libertad provisional, en caso de ser dejado en libertad por esta representación social se sustraería a la acción de la justicia, tal como ya lo hizo en una ocasión al cometer el hecho delictivo, aunado al hecho de que al momento de su aseguramiento, al percatarse el hoy indiciado de la presencia de los elementos de la policía preventiva, trato de darse a la fuga, siendo asegurado por los elementos de la policía preventiva, y de la misma forma el hoy indiciado por investigación de la policía judicial tiene su domicilio en el estado de México, y no tiene trabajo fijo, que lo arraigue en esta ciudad de México, y que le facilitaría sustraerse a la acción de la justicia y así mismo y debido a la hora, esta representación social no puede ocurrir ante autoridad judicial, a efecto de solicitar la orden de aprehensión correspondiente por lo que con fundamento en el artículo 14, 16 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y los artículos 266 y 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal es por lo que se resuelve y se -----

-----R E S U E L V E-----

UNICO.- se decreta la formal detención y en presencia del Ministerio Público, del que dijo llamarse Rafael Rodríguez Estanislao, por los razonamientos y fundamentos esgrimidos en el presente acuerdo.- -----

-----CUMPLASE-----

Autoriza lo actuado el agente del M.P. José Hernández.

Damos fe el C. Oficial Secretario Antonio Rios Morales

IV. RETENCIÓN Y GARANTÍAS DEL DETENIDO BAJO EL ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Desde el punto de vista general, el vocablo averiguación se define como la acción indagatoria que se realiza para descubrir la verdad, desde el punto de vista legal, es la fase preliminar del proceso penal, orientada a descubrir y comprobar la verdad sobre hechos denunciados como constitutivos de un probable delito, a sí como de la consecuente presunta responsabilidad.

El desarrollo y práctica de la averiguación previa comprende desde la denuncia o querrela hasta la determinación del ejercicio o no de la acción penal, con base en los resultados derivados de ejecución del desahogo de las diligencias necesarias para integrar el tipo del delito y acreditar la probable responsabilidad del inculpado, es decir el descubrimiento de la verdad de los hechos, para la consignación ante la autoridad judicial o para su acuerdo de archivo con la conclusión de la averiguación, o bien, para la determinación de la reserva que sólo tiene efectos suspensorios.

La retención del indiciado por parte del Ministerio público se da en los supuestos siguientes

- En los casos de que exista flagrancia, el Ministerio Público decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merece pena privativa de libertad
- En casos urgentes el Ministerio Público podrá ordenar por escrito la detención de una persona, fundando y expresando los indicios que acrediten dicho supuesto

El artículo 16 constitucional párrafo séptimo, establece.

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

El constituyente emplea dos verbos a los que atribuye un sentido técnico preciso. El verbo detener, con el que se refiere al acto, de realización instantánea, mediante el cual se priva de su libertad a una persona, sin que esta privación sea resultado de una orden judicial; y el verbo retener, mediante el cual se refiere a la prolongación en el tiempo de esa privación de la libertad, durante la averiguación previa.

Detenida una persona, bien sea en caso de flagrancia o en caso de urgencia, el Ministerio Público podrá retenerla (y continuar su averiguación previa) hasta un máximo de cuarenta y ocho horas. Dentro de ese plazo, está obligado a ejercer la acción penal, poniendo al detenido a disposición de la autoridad judicial, o bien a poner en libertad al detenido, lo cual no le impide continuar la averiguación previa

Fijar plazos precisos y limitados a la retención ministerial garantiza la libertad de los indiciados, dando, simultáneamente, al Ministerio Público, la oportunidad de integrar la averiguación previa evitando el riesgo de que el indiciado se fugue. El constituyente se preocupa, también, de proteger adecuadamente al indiciado detenido, y para tal fin, amplía y fortalece sus garantías de defensa y de no autoincriminación ⁶⁵

Los cuerpos normativos de la materia establecen las actuaciones del Ministerio Público en cuanto a la detención de las personas. El Código de Procedimientos Penales para el Distrito federal en el artículo 269 dispone: Cuando el inculcado fuere detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

I. Se hará constar la hora, fecha y lugar de la detención, así como, en su caso el nombre y cargo de quien la haya ordenado y ejecutado. Cuando la detención se hubiese practicado por una autoridad diversa al Ministerio Público, se asentará o se agregará, en su caso, información circunstanciada suscrita por quien la haya realizado o recibido al detenido;

II. Se le hará saber de la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante, acusador o querellante;

III. Será informado de los derechos que en averiguación previa consigna en su favor la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dichos derechos son:

- a) No declarar si así lo desea;
- b) Que debe tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere asignar defensor, se le asignará un defensor de oficio;
- c) Ser asistido por su defensor cuando declare;
- d) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación previa, y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera
- e) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación previa para lo cual se le permitirá a él y a su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el acta de averiguación previa;
- f) Que se reciban los testigos y las demás pruebas que ofrezca, las cuales se tomarán en cuenta para dictarla resolución que corresponda, concediendo el tiempo necesario para su desahogo siempre que no se traduzca en dilación de la averiguación previa y las personas cuyos testimonios ofrezcan se encuentren presentes en la oficina del Ministerio Público
- g) Que se le conceda inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución

IV. Cuando el indiciado fuere indígena o extranjero, que no hable o no entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere este artículo. Si se tratare de un extranjero la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda

Como fundamento constitucional del artículo anterior tenemos las disposiciones del artículo 20 constitucional relativas a las garantías que tiene el inculpado en todo proceso de orden penal y en particular respecto a las garantías que deben observarse durante la averiguación previa el párrafo cuarto de la fracción X del artículo 20 constitucional, dispone

"Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna."

Esto quiere decir que nuestra Constitución consagra, como garantías del inculpado durante la averiguación previa: La garantía de libertad bajo caución (fracción I); la garantía de no inculparse (fracción II); y las garantías de defensa que comprende, la garantía probatoria (fracción V), la garantía de información (fracción VII) y la garantía de tener un defensor (fracción IX). Procedamos al estudio de cada uno de estos derechos en los siguientes apartados.

1. Libertad provisional bajo caución en la averiguación previa.

Por decreto publicado en el Diario Oficial de 3 de julio de 1996, en vigor al día siguiente de su publicación, se reformó (entre otros) el artículo 20, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece el derecho del inculpado penal a la libertad provisional bajo caución.

El artículo 20 constitucional establece: *En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:*

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá de otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza,

modalidades y circunstancias del delito, las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional.

El texto original ha sido reformado por decretos publicados en el Diario Oficial de 2 de diciembre de 1948, de 14 de enero de 1985, y de 3 de septiembre de 1993, la actual reforma es la cuarta. Los principales temas sobre los que incide la actual reforma respecto a la inmediata anterior son; la identificación de las personas que pueden gozar de la libertad caucional y las cauciones que deben otorgarse para poder gozar de esa libertad.

Conforme al texto inmediato anterior, todos los procesados tenían derecho a gozar de la libertad caucional, con excepción de aquellos a quienes se les imputaban delitos graves, el nuevo texto en vigor eleva a tres el número de hipótesis en las que el procesado no tiene derecho a la libertad. a) cuando se le impute un delito grave, b) en caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio público, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley, y c) en caso de delitos no graves, a solicitud del ministerio Público, cuando éste aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad

La reforma ha hecho desaparecer los límites claros y precisos que siempre habían existido entre aquellos casos en que el procesado tenía derecho a la libertad caucional y aquellos en los que carecía de este derecho. Desde 1917 hasta el 3 de septiembre de 1994, fecha en la que entró en vigor el decreto de 3 de septiembre de 1993, el límite era la pena media aritmética aplicable al delito que se imputaba al procesado, cuando ésta era mayor de cinco años no permitía la libertad bajo caución. Posteriormente, del 3 de septiembre de 1994 hasta el 3 de julio de 1996, el límite fue el concepto de delito grave, tenía derecho a la libertad todo procesado, excepto aquel a quien se le imputaba un delito calificado de grave por la ley. Ahora, no tienen derecho a la libertad bajo caución los procesados a quienes se impute un delito grave, si, a criterio del ministerio

Público y del juez, "la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad".

Por su parte, el procurador general de justicia del Distrito Federal dictó el acuerdo número A/008/96, publicado en el Diario Oficial el 13 de diciembre de 1996, por el que establece las reglas a que deberán sujetarse los agentes del ministerio público para negar la libertad bajo caución durante la averiguación previa y para solicitar a los órganos jurisdiccionales la negativa de su otorgamiento, durante el proceso. En caso de que exista el riesgo de fuga "Cuando el inculpado, con anterioridad, se hubiere sustraído a la acción de la justicia en cualquier entidad federativa o en el Distrito Federal, y dejado de cumplir con las obligaciones procesales a su cargo" (artículo segundo, b, del acuerdo). En caso de que exista riesgo de comisión de nuevo delito, esto es en relación a los inculpados que pertenecen a asociaciones u organizaciones delictuosas (artículo segundo, c, y tercero, f, del acuerdo). En caso de que exista riesgo para el ofendido o para la sociedad, cuando queden en peligro real y efectivo los bienes jurídicos del ofendido o la seguridad pública y se acredite la existencia de ese peligro.

Durante el proceso, el juez es el único que tiene la responsabilidad de conceder o negar al inculpado la liberte caucional.

Respecto de las cauciones que deben otorgarse para gozar de la libertad caucional, hasta antes de la entrada en vigor del decreto de 3 de septiembre de 1993, el procesado se encontraba obligado a otorgar una única caución, que servía para garantizar que se sometería a las consecuencias del proceso, habiendo entrado en vigor dicho decreto se reformaron los artículos 399 del Código Federal de Procedimientos Penales y 556 del Código de procedimientos Penales del Distrito Federal, para exigir que el procesado otorgue tres diversas garantías para poder gozar de la libertad caucional: una por el monto estimado de la reparación del daño, otra por las sanciones pecuniaras que, en su caso puedan imponérsele y una tercera para caucionar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso. La constitución ha vuelto al sistema de caución única, destinada a garantizar el cumplimiento de las obligaciones procesales, no obstante que los artículos 399 del Código Federal de Procedimientos Penales y 556 del Código de Procedimientos Penales del

Distrito Federal establezcan tres diversas garantías para poder gozar de la libertad caucional.

El uso del vocablo "asequible" que el segundo párrafo del texto constitucional usa como requisito para el monto y la forma de la caución, no admite duda alguna de que la forma debe quedar a la elección que el inculpado haga de alguna de las autorizadas por la ley y, además, al fijar la cuantía la autoridad debe tomar en cuenta principalmente las condiciones económicas del sujeto, de modo que la garantía de libertad no resulte ilusoria por la imposibilidad de alcanzarla.⁴⁶

El Código Federal de Procedimientos Penales al respecto dispone:

Art. 399. Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa o durante el proceso a ser puesto en libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, si reúne los siguientes requisitos:

- I. Que garantice el monto estimado de la reparación del daño;
- II. Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;
- III. Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo;
- IV. Que no se trate de alguno de los delitos calificados como graves.

Por su parte el artículo 418 de la misma ley dispone: La libertad bajo protesta podrá decretarse siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- I. Que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión. Tratándose de personas de escasos recursos, el juez podrá conceder este beneficio cuando la pena privativa de la libertad no exceda de cuatro años;
- II. Que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional;
- III. Que éste tenga domicilio fijo y conocido en el lugar donde se sigue o debe seguirse el proceso, o dentro de la jurisdicción del tribunal respectivo.

⁴⁶ Reyes Tavabas, Jorge. El nuevo régimen sobre la privación de la libertad en procedimientos penales. Primera edición. Editorial porra. México DF. 1995. p. 78

IV. Que la residencia del inculcado en dicho lugar sea de un año cuando menos;

V. Que el inculcado tenga profesión, oficio, ocupación o medio honesto de vivir; y

VI. Que a juicio de la autoridad que la conceda no haya temor de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia.

Art. 135 Bis. Se concederá al inculcado la libertad sin caución alguna, por el Ministerio Público o por el Juez cuando el término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de tres años, siempre que:

I. No exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia;

II. Tenga domicilio fijo con antelación no menor de un año, en el lugar de la residencia de la autoridad que conozca del caso;

III. Tenga un trabajo lícito; y

IV. Que el inculcado no haya sido condenado por delito intencional.

El Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal estable los mismos requisitos respecto de la libertad provisional bajo caución o bajo protesta en los artículos 556 y 552 respectivamente.

2. La garantía del inculcado a no inculparse.

Continuando con el examen del artículo 20 constitucional, encontramos que en su fracción II dispone: *"No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio"*

La infracción a esta disposición, constituye un delito contra la administración de justicia, el cual se encuentra tipificado como tal en la fracción XII del artículo 225 del Código Penal Federal, en los siguientes términos: "Obligar al inculcado a declarar, usando la incomunicación, intimidación o tortura"

El delito de tortura se encuentra tipificado en el artículo 3 de la Ley Federal para prevenirla y sancionarla, en los siguientes términos: "Comete el delito de tortura el servidor público que con motivo de sus atribuciones infrinja a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos con el fin de obtener del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada."

De actualizarse esta conducta típica penal, la confesión o información que haya sido obtenida mediante tortura, no podrá invocarse como prueba; siendo, consecuentemente, nulas de pleno derecho las probanzas obtenidas a través de esos medios ilícitos, además constituye una violación a las normas del procedimiento, que afectan al gobernado.

En la fracción XIV del artículo 160 de la Ley de Amparo, establece que en los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecta la defensa del quejoso, "cuando la sentencia se funde en la confesión del reo, si estuvo incomunicado antes de otorgarla, o si se obtuvo su declaración por medio de amenazas o de cualquier otra coacción".

3. La garantía probatoria

El derecho del ofrecimiento de pruebas, vinculado con la garantía de defensa, se previene en la fracción V del artículo 20 constitucional en los siguientes términos. *"Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso."*

Esta norma otorga al inculpado el derecho de ofrecer pruebas e impone a la autoridad el deber de recibirlas.

El distinguido jurista Jesús Zamora - Pierce opina, en relación a esta garantía lo siguiente:

" Conceder al indiciado un pleno derecho de defensa durante la averiguación previa, permitirle que ofrezca y desahogue pruebas, otorgarle para ese fin un plazo probatorio y, por último, imponer al ministerio Público el deber de auxiliar al indiciado para el cabal desahogo de esas pruebas,

mismas que, posteriormente, deberá valorar para decidir si ejerce o no la acción penal, tanto quiere decir como otorgar al Ministerio Público, durante la averiguación previa, un conocimiento plenario que la Constitución reserva al juez durante el proceso. El Poder Judicial quedaría relegado a la función de mero revisor de lo actuado por el Ministerio Público, y aún eso, únicamente en los casos en los que el ejercicio de la acción penal permitiera esa revisión.

El derecho concedido al indiciado de ofrecer pruebas durante la averiguación previa no debe impedir al Ministerio Público ejercer la acción penal tan pronto como reúna elementos suficientes para hacerlo. Tampoco debe imponer al representante social la función de auxiliador de la defensa, por cuando ello sería esencialmente opuesto a la función persecutoria del delito que le está encomendada⁴⁷

4. La garantía de información

Un derecho que se comprende dentro de la garantía de defensa es el que se encuentra previsto en la fracción VII del artículo 20 constitucional que a la letra dispone *"Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso."*

De esta forma la averiguación previa pierde su carácter secreto, ya que el indiciado podrá exigir que se le informe, y el ministerio público está obligado a informarle, de nombre de su acusador y de la naturaleza y causa de la acusación, así como de las pruebas que se aporten a la averiguación por parte del denunciante o querellante, o de las que el representante social ordene.

Al respecto el legislador ordinario ha establecido los requisitos y límites previstos por la Carta Magna, al disponer en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 269, fracción III, que cuando el inculcado fuere detenido o se presentare voluntariamente ante el ministerio público tiene derecho a que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación previa para lo cual se le permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del ministerio público y en presencia del personal, el acta de averiguación previa

⁴⁷ Zamora-Pierce, Jesús. Ob. Cit. pp 451 a 452

5. La garantía de tener defensor

El derecho derivado de la garantía individual de defensa, consagrado a favor del inculcado de tener defensor, está previsto en la fracción IX del artículo 20 constitucional en los siguientes términos. *"Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera."*

El defensor, cuando interviene durante la averiguación previa tiene la función primordial de estar presente en todo interrogatorio que se haga al inculcado, para cerciorarse de que se respeta su derecho a guardar silencio, o para verificar que sus declaraciones son libremente emitidas. Esta protegida la libertad del indiciado en el momento de rendir su declaración en la averiguación previa, para que el proceso judicial no se inicie sobre la base de una de una confesión coaccionada.

El inculcado puede designar a personas de su confianza para que lo defiendan, pero en caso de que la designación no recaiga sobre quién tenga cédula profesional de licenciado en derecho o autorización de pasante, conforme a la Ley que reglamenta el ejercicio de las profesiones, el tribunal dispondrá que intervenga, además del designado un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculcado en todo lo que concierne a su adecuada defensa.

V. ABUSO DE AUTORIDAD EN LAS DETENCIONES. AMPARO CONTRA LAS DETENCIONES ARBITRARIAS

El juicio de amparo en materia penal tiene por objeto proteger los bienes jurídicos de las personas como son la vida, la libertad y la integridad física y moral.

La garantía individual es un derecho, implica una relación jurídica entre una facultad y una obligación. Los sujetos de esta relación jurídica son el individuo titular de esa facultad como sujeto activo, y la autoridad obligada como sujeto pasivo.

***AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO.** El término autoridades para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen.*⁴⁵

"Estimo que la jurisprudencia transcrita, parte de un grave error conceptual, dado que da por sentada la idea (equivocada), de que todo acto autoritario implica como requisito *sine qua non* su ejecución, y más aún, que ésta habrá de llevarse a cabo mediante la fuerza pública de la que deben disponer, de hecho o de derecho.

Son muchos los actos que sin necesidad de ejecutarse, pueden ser reclamables en amparo; tantos que resulta prolijo mencionarlos, pero que a guisa meramente enunciativa señalaré algunos: Vgr., la violación al artículo 8° constitucional, cuando la autoridad simplemente se abstiene de responder en breve término al peticionario. ¿Qué acaso lleva implícita ejecución? ¿Es necesaria la fuerza pública en este supuesto? La respuesta negativa salta a la vista, y no por ello dejaremos de reconocer el carácter autoritario del acto omisivo para los efectos de reclamarlo en el juicio de garantías que se instaure.

En otro caso, las resoluciones de los jueces en que niegan el levantamiento de embargo, o las resoluciones interlocutorias que declaran infundado el incidente de falta de personalidad, ¿Requieren alguna ejecución? ¿Requieren de disposición de fuerza pública? Evidentemente que no, y por ello estimo que no es del todo acertado el concepto que de autoridad para los efectos del juicio de amparo quedó indicado en la jurisprudencia mencionada.*⁴⁶

⁴⁵ Jurisprudencia Núm. 75, visible en el Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Octava Parte, Jurisprudencia Comunal Pleno y las Salas, p. 122

⁴⁶ Martínez Garza, Valdemar. La Autoridad Responsable en el Juicio de Amparo en México. Primera edición. Editorial porra, México DF 1994, p. 50

AUTORIDADES. QUIÉNES LO SON. El carácter de autoridad responsable de una determinada entidad, para los efectos del juicio de garantías, no depende de su naturaleza jurídica, sino de la participación que tenga o puede tener, con o sin facultades, en la gestación o ejecución de los actos reclamados y esta cuestión sólo puede dilucidarse con pleno conocimiento de causa en la audiencia constitucional, con vista de los informes justificados y de las pruebas que rindan las partes, pues de otra manera se estaría prejuzgando sobre el particular; en consecuencia, debe admitirse la demanda respecto de tal autoridad, sin perjuicio de que en la audiencia se resuelva si tiene o no el indicado carácter.⁵⁰

RESPONSABLES DEL ACTO OBJETIVO DE AMPARO. Lo son, no solamente la autoridad superior que ordena el acto, sino también las subalternas que lo ejecuten o traten de ejecutarlo, y contra cualquiera de ellas procede el amparo.⁵¹

Del derecho de acción en el juicio de amparo indirecto, se establece en el artículo 114 de la ley de la materia, y se tiene:

1. Al reclamar leyes y reglamentos inconstitucionales, por su expedición; o, en su primer acto de aplicación
2. Contra los actos de tribunales que no sean judiciales, administrativos o del trabajo. El acto que se reclame será la resolución definitiva que se dicte si se brindó satisfacción a la garantía de audiencia. Igual, serán reclamables las violaciones procesales que se hubiesen cometido en ese juicio, que dejen sin defensa al particular
3. Contra los actos de Tribunales Judiciales, Administrativos o del Trabajo, ordenados, ejecutados o que se traten de ejecutar fuera o después de concluido el juicio. Los actos de ejecución de sentencia, son reclamables en amparo cuando se dicte la última resolución en ese procedimiento, y se podrán hacer valer las violaciones procesales que hayan dejado sin defensa al quejoso. En los remates de bienes, la acción de amparo se actualiza contra la resolución definitiva que apruebe o desaprove su realización

⁵⁰ Informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 1976 Tercera Parte. Colegiados Sección Segunda. Tercer tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito p. 172

⁵¹ Jurisprudencia Num. 76. visible en el Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Octava Parte. Jurisprudencia Común al Pleno y las Salas, p. 123

4. Contra los actos ejecución en las personas o en las cosas sea de imposible reparación en el juicio ordinario. Al ser afectación de derechos reales o personales, que no integren el litigio y no sea revisada su legalidad en la sentencia de ese juicio.

5. Por las personas extrañas a juicio, en contra de los actos ejecutados dentro o fuere de ese proceso, cuyas resoluciones trasciendan a su esfera de derecho.

6. Contra las leyes o actos de lo Poderes Públicos de los gobiernos federal y de los Estados, que invadan su esfera de competencia entre sí.

Tratándose del amparo penal indirecto, este procede contra actos de dos tipos de autoridades:

1. Las autoridades judiciales, ya sean federales (jueces de Distrito o Tribunales Unitarios de Circuito) o locales (jueces de cuantía menor, de primera instancia o Salas de Tribunal Superior de Justicia) (arts. 107, fracs. III, IV y V, Const. Y 114, frac IV, L.A.).

2. Las autoridades administrativas, tanto federales (Procurador General de la República, Agentes del Ministerio Público Federal y/o Directos de la Policía Judicial Federal), como locales (Procurador General de Justicia de cualquier entidad federativa, Agente del Ministerio Público del fuero común, Director de la Policía Judicial local y/o Titular de la Policía Preventiva local) (arts 107. frac VII, Const Y 114, frac II, L.A)

La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación señala la competencia de los jueces de Distrito y así tenemos que el artículo 51, fracción III señala que los jueces de Distrito en materia penal conocerán: De los juicios de amparo que promuevan contra resoluciones judiciales del orden penal, contra actos de cualquier autoridad que afecten la libertad personal, salvo que se trate de correcciones disciplinanas o medidas de apremio impuestas fuera del procedimiento penal y contra los actos que importen peligro de privación de la vida, deportación destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal.

*Término prejudicial en amparo en materia penal *Art 22. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:

"II.- Los actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal, deportación, destierro, cualquiera de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución, o la incorporación forzosa al servicio del Ejército o Armada Nacionales.

"En estos casos, la demanda de amparo podrá interponerse en cualquier tiempo."

"LIBERTAD PERSONAL, ATENTADOS CONTRA LA. Conforme al artículo 4°, de la Ley Orgánica del Juicio de Garantías, puede promover amparo contra el detenido ilegalmente, y además, incapacitado para solicitarlo su representante o su defensor, si se un acto que corresponda a una causa criminal, y un pariente y hasta una persona extraña, en los casos que lo permita la ley, y el artículo 17 de la ley antes mencionada concede esa facultad a cualquiera persona cuando se trate de ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, debiendo lo jueces de Distrito dictar las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado y, una vez habida, ordenar que se requiera para que dentro de tres días, ratifique la demanda y sólo que no lo haga desecharla; pero no deben repelerla de plano."⁵²

El principio de instancia de parte agraviada, en el amparo penal. En caso de actos que imponen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial (por órdenes de autoridad administrativa, como lo son los Procuradores y los Agentes del Ministerio Público), la demanda la puede formular cualquier persona, incluso, un menor de edad y el juez que reciba ese escrito, mandará ratificar por el término de tres días ese recurso, para que el amparo se substancie en todas sus partes. Si no se ratifica, se tienen por no presentada la demanda y se dejan insubsistentes todas las providencias que se hubiesen decretado (art 17. L.A).

Otorgamiento de la suspensión del acto reclamado en amparo penal indirecto.

La suspensión del acto reclamado es la institución fundamental del amparo, que estriba en la resolución judicial por medio de la cual el juez de

⁵² Quinta Época tomo LXV, pag. 4,078 Sanchez, Juan, visible en el apéndice 1917-1985, Segunda Parte I, Primera sala, pag. 319

amparo ordena que se mantengan las cosas en el estado que guardan, impidiendo así que la autoridad designada como responsable materialice ese acto y vuelva improcedente el juicio de garantías, por representar entonces la presencia de un acto consumado de modo irreparable, lo que actualizaría preferentemente en la materia de amparo penal cuando se impugne como acto, la pretendida privación de la vida o la imposición de una pena prohibida por el artículo 22 constitucional.

Presentada la demanda de amparo, el juez federal deberá admitirla a trámite y en ese auto se hará la siguiente manifestación con relación a la suspensión del acto reclamado:

1. Si se trata de la suspensión de oficio (actos que importen peligro de privación de la vida, deportación, destierro o la aplicación de una pena prohibida por el artículo 22 de la Constitución), en el auto que admita a trámite la demanda de amparo se otorgará ésta, SIN QUE LE SEA PERMITIDO AL JUEZ NEGARLA, BAJO RESPONSABILIDAD CONFORME A LOS ARTICULOS 199 Y 200 DE LA LEY DE AMPARO

2. Cuando se trate de actos que importen ataques a la libertad personal (dentro o fuera de procedimiento judicial), su el quejoso solicita la suspensión del acto reclamado, el juez ordenará que se abra el cuaderno incidental y ahí decidirá si otorga o niega tal protección. Ahora bien, cuando el acto reclamado lo constituya un ataque a la libertad personal por autoridad administrativa (ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial), LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL SE CONCEDERÁ EN TODOS LOS CASOS, SIEMPRE Y CUANDO SEA SOLICITADA POR EL QUEJOSO (ART 130, L A)

DETENCIÓN. Cuando el amparo se pida contra la detención sufrida por el quejoso debe considerarse que han cesado los efectos del acto reclamado, si se ha dictado ya el auto de formal prisión respectivo, porque éste cambia la condición jurídica del detenido.⁵³

DETENCIÓN. Cuando el acto reclamado en el amparo, consiste en la detención del quejoso, llevada a cabo por una autoridad administrativa, debe

⁵³ Tesis de Jurisprudencia Definida numero 115. Apéndice 1917-1975. Segunda Parte. Primera Sala. p. 253

considerarse que han cesado los efectos del acto reclamado, cuando el quejoso ha sido consignado al juez competente.⁵⁴

APREHENSIÓN SIN ORDEN JUDICIAL. VIOLACIÓN NO REPARABLE EN AMPARO. Si los agentes aprehensores privaron de su libertad al quejoso, sin mandamiento escrito de autoridad competente, ni levantaron acta en la que hiciera constar el día, lugar y hora de la detención, esta violación no es atribuible a la autoridad responsable ordenadora, ni reparable en el amparo directo; sin embargo, la actuación de los agentes policiacos pudiera ser motivo de responsabilidad, ya que entraña un proceder ilícito⁵⁵

Ley de amparo. Art. 210. Siempre que al concederse definitivamente al quejoso el amparo de la Justicia Federal apareciere que la violación de garantías cometidas constituye delito, se hará la consignación del hecho al Ministerio Público.

Hemos visto que en caso de que la autoridad administrativa, dicte o ejecute una orden de detención a causa de un supuesto delito que el indiciado haya cometido, éste tiene derecho a una acción de amparo en contra de dichas autoridades, siempre y cuando la autoridad haya actuado arbitrariamente y se le violen sus garantías individuales y dentro del proceso penal, pero cuando el juez competente ha ratificado dicha detención o ha dictado auto de formal prisión, entonces cambia la situación jurídica del indiciado y por lo tanto han cesado los efectos del acto reclamado

Independientemente de la acción en materia de amparo que tiene aquél que es privado de su libertad por parte de la autoridad administrativa sin haber cumplido con los requisitos legales para ello, el inculcado tiene derecho en materia penal a denunciar los hechos respecto a aquellos actos que pudieran ser constitutivos de delitos, tratándose de autoridades el Código Penal Federal contempla los siguientes.

Código de Penal Federal. ABUSO DE AUTORIDAD. Art. 215. Cometen el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes

⁵⁴ Tesis de jurisprudencia Definida número 116. Apéndice 1917-1975. Segunda Parte. Primera Sala p 254

⁵⁵ Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volúmenes 91-96. Segunda parte. Julio-diciembre 1976. Primera Sala p 8

VII. Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no la haga cesar, también inmediatamente, si esto estuviere en sus atribuciones.

DELITOS COMETIDOS POR LOS SERVIDORES PUBLICOS. Art 225. Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes:

X. Detener a un individuo durante la averiguación previa fuera de los casos señalados por la ley, o retenerlo por más tiempo del señalado por el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional.

CAPITULO TERCERO

ORDEN DE APREHENSIÓN Y DE REAPREHENSIÓN DICTADAS POR EL JUEZ PENAL

I. EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA ACCIÓN PENAL

1. Acción Penal.

A) Concepto de acción penal.

La acción penal es la institución de orden público y procesal establecida por el Estado, a través del cual el Ministerio Público puede llevar a conocimiento de la función jurisdiccional competente el conocimiento de un ilícito, a fin de que el órgano correspondiente inicie el proceso en contra del supuesto infractor.

Eugenio Florian, al hablar sobre el concepto de la acción penal, dice:

En el proceso civil se sostiene que la acción es un derecho potestativo, es decir una mera facultad que su titular puede ejercitar, pero sin estar obligada a ello, y su ejercicio no produce obligación para el adversario. Esta concepción no puede imponerse en el proceso penal. El Estado (o sus órganos) en el ejercicio de la acción penal no ejerce una facultad, sino que cumple un deber, aunque éste dependa de ciertos requisitos. La acción penal se puede considerar como el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal. Paralelamente, la acción penal consiste en la actividad que se despliega con tal fin ⁵⁶

⁵⁶ Castillo Sobreres, Miguel Angel. El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. 1992. pp. 36 a 37

B) Características de la acción penal.

Pública. Sirve para la realización de una exigencia como requisito de procedibilidad como el deber de atribución del Estado. El deber de ejercitar la acción penal define por sí mismo intereses sociales.

Autónoma. Por ser independiente en forma total a la función jurisdiccional del Estado.

Única. En el conocimiento del delito que se hubiere cometido, el ministerio público se encargará de reunir todas las pruebas que acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, en forma general y nunca será en forma especial para cada delito.

Indivisible. Siempre va a abarcar un todo, siempre se considerará a todas las personas que han participado en la comisión u omisión del delito y nunca en forma parcial o dividida.

Irrevocable. El Ministerio Público no está facultado para desistirse de la acción penal, como si se tratará de un derecho propio, si existe delito y obteniendo las pruebas de éste se deberá ejercitar dicha acción.⁵⁷

La normatividad reglamentaria de la materia establece lo siguiente respecto a la acción penal:

Código Federal de Procedimientos Penales. Art. 136. En ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público:

- I. Promover la incoación del proceso penal,
- II. Solicitar las órdenes de comparecencia para preparatoria y las de aprehensión, que sean procedentes;
- III. Pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño,
- IV. Rendir las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculcados;
- V. Pedir la aplicación de las sanciones respectivas; y

⁵⁷ Pineda Pérez, Benjamín Arturo. El Ministerio Público como Institución Jurídica Federal y como Institución Jurídica del Distrito Federal. Primera edición, editorial Porrúa, México D.F. 1991 pp. 118 a 120.

VI. En general, hacer todas las promociones que sean conducentes a la tramitación regular de los procesos.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Art. 8. La persecución de los delitos del orden federal comprende:

Ante los órganos jurisdiccionales:

a) Ejercer la acción penal ante el órgano jurisdiccional competente por los delitos del orden federal cuando exista denuncia o querrela esté acreditado el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad de quien o quienes en él hubieren intervenido, solicitando las ordenes de aprehensión o de comparecencia, en su caso.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Art. 3. Corresponde al Ministerio Público:

I. Dirigir a la Policía Judicial en la investigación que esta haga para comprobar el cuerpo del tipo ordenándole la práctica de las diligencias que a su juicio, estime necesarias para cumplir debidamente con su cometido, o practicando él mismo aquellas diligencias;

II. Pedir al Juez a quien se consigne el asunto, la práctica de todas aquellas diligencias que a su juicio, sean necesarias para comprobar la existencia del delito y de sus modalidades.

III. Ordenar, la detención o retención según sea el caso, y solicitar cuando proceda la orden de aprehensión;

IV Interponer los recursos que señala la ley y seguir los incidentes que la misma admite.

V. Pedir al juez la práctica de las diligencias necesarias para comprobar la responsabilidad del acusado.

VI Pedir al Juez la aplicación de la sanción que en el caso concreto estime aplicable, y

VII. Pedir la libertad del detenido, cuando ésta proceda

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Art. 4. Las atribuciones respecto a la persecución de los delitos del orden común en el Distrito Federal, respecto de la consignación y durante el proceso comprenden:

I. Ejercer la acción penal ante el órgano jurisdiccional competente por los delitos del orden común, cuando exista denuncia o querrela, esté acreditado el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad de quién o quienes hubieren intervenido, solicitando las órdenes de aprehensión, de comparecencia o de presentación, en su caso.

Por su parte son aplicables al tema las siguientes tesis jurisprudenciales: "ACCIÓN PENAL. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial; por lo tanto, si las diligencias de un proceso se llevan a cabo sin la intervención del agente del Ministerio Público, deben considerarse, si no nulas, por lo menos anticonstitucionales, y, en estricto rigor, no pueden llamarse diligencias judiciales; sin que la intervención posterior del Ministerio Público, pueda transformar diligencias ilegales en actuaciones válidas. Es cierto que la ley no declara, de manera expresa, la nulidad de las diligencias que se practiquen sin la intervención del Ministerio Público; pero como la disposición del artículo 21 constitucional es terminante, las diligencias practicadas sin esa intervención, por ser anticonstitucionales, carecen de validez".⁵⁸

"MINISTERIO PÚBLICO, EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL. Conforme al artículo 21 de la Constitución Federal, el ejercicio de la acción penal es función propia y privativa del Ministerio Público en la persecución de los delitos y en cualesquiera de sus fases de investigación, persecutoria o acusatoria; la actividad de un juez que ordene sin pedimento del Ministerio Público una aprehensión y secuestro de propiedades del quejoso, resulta oficiosa y, consecuentemente, violatoria de las garantías constitucionales, por lo que es procedente conceder el amparo, sin que obste en contrario que el Ministerio Público haya turnado al Juez el expediente para la comprobación del cuerpo del delito, pues esto no puede considerarse como el ejercicio de la acción penal".⁵⁹

"EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL. Se realiza cuando el ministerio Público ocurre ante el Juez y le solicita que se avoque al conocimiento del caso; y la marcha de esa acción pasa durante el proceso por tres etapas; investigación, persecución y acusación. La primera tiene por objeto preparar

⁵⁸ Sentencia de amparo visible en el tomo LVXII, p. 1,358, bajo el rubro "Amparo penal en revisión 7558/40, Montes. Juan José y coag. 12 de febrero de 1941, unanimidad de 5 votos

⁵⁹ Idem

el ejercicio de la acción que se fundará en las pruebas obtenidas; en la persecución hay ya ejercicio de la Acción ante los tribunales y es lo que constituye la instrucción y, en la tercera, o sea la acusación, la exigencia punitiva se concreta y el Ministerio Público puede ya establecer con precisión las penas que serán objeto del análisis judicial y, por lo mismo, esta etapa es la que constituye la esencia del juicio, ya que en ella pedirá, en su caso, la aplicación de las sanciones privativas de libertad y pecuniarias, incluyendo en éstas la reparación del daño, sea por concepto de indemnización o de restitución de la cosa obtenida por el delito".⁶⁰

2. No ejercicio de la acción penal.

El no ejercicio de la acción penal, es un acto unilateral en el que el agente investigador del Ministerio Público, es su carácter de representante del Estado, determina que por no estar satisfechos lo requisitos exigidos en el artículo 16 constitucional, no a lugar al ejercicio de la acción penal.⁶¹

***NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.** El ejercicio de la acción penal compete exclusivamente al Ministerio Público y no a los particulares, de donde se deduce que dicha acción no está, ni puede estar comprendida en el patrimonio de éstos, ni constituye un derecho privado de los mismos; de manera que la abstención del ejercicio de esa acción, por el Ministerio Público, aún en el supuesto de que sea indebida, no viola ni puede violar garantía individual alguna".⁶²

Artículo 21 Constitucional Párrafo cuarto. Las Resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.

Código Federal de Procedimientos Penales. Art. 137. El Ministerio Público no ejercitará la acción penal.

⁶⁰ Tesis Jurisprudencial visible en Sexta Época, Segunda Parte, Vol. XXXIV, pág. 9 A.D.146/60. Luis Castro Malpica Unanimidad de cuatro votos

⁶¹ Colín Sánchez, Guillermo Ob Cit pp 353 a 355

⁶² Tesis Jurisprudencial visible en Quinta Época Tomo XXXIV, pag.2593 Cta Mexicana de Garantías

I. Cuando la conducta o los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la Ley Penal;

II. Cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo participación en la conducta o en los hechos punibles, y sólo por lo que respecta a aquél;

III. Cuando, aun pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos de que se trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable;

IV. Cuando la responsabilidad penal se haya extinguida legalmente en los términos del Código Penal, y;

V. Cuando de la diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal.

Código de procedimientos penales para el Distrito Federal. Art. 3. Bis. En las averiguaciones previas en que se demuestre plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, previo acuerdo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, el Ministerio Público lo pondrá en libertad y no ejercerá acción penal.

Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal

Art. 10 Las determinaciones sobre la averiguación previa del ministerio Público que resulten de la persecución de los delitos del orden común, serán de ejercicio de la acción penal, de no ejercicio de la acción penal o de incompetencia

Art. 21. El denunciante, querellante u ofendido tendrá derecho a inconformarse respecto a la determinación de no ejercicio de la acción penal, expresando las razones por las cuales la estima improcedente, en un término que no podrá exceder de 10 días hábiles contados a partir de su notificación.

Art. 22. El escrito de inconformidad se interpondrá ante el responsable de la agencia del conocimiento en los casos en que la averiguación que motive la propuesta de no ejercicio de la acción penal verse sobre delitos no graves, pena alternativa o exclusivamente multa, quien lo

remitirá al fiscal de su adscripción, en un término que no podrá exceder de tres días hábiles contados a partir de su presentación, para que la fiscalía resuelva lo conducente en un plazo que no excederá de quince días hábiles a partir de la presentación del escrito.

Art.23. El escrito de inconformidad se interpondrá ante la Coordinación de Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador, cuando la averiguación verse sobre delitos graves, la que remitirá el escrito, en un término que no podrá exceder de tres días hábiles contados a partir de su presentación, al Subprocurador de Averiguaciones Previas correspondiente. El Subprocurador considerará los planteamientos del incorforme y resolverá en un plazo que no excederá de quince días hábiles contados a partir de la recepción del escrito de inconformidad.

***MINISTERIO PÚBLICO.** Cuando ejercita la acción penal en un proceso, tiene el carácter de parte y no de autoridad, y, por lo mismo, contra sus actos, en tales casos, es improcedente el juicio de garantías, y por la misma razón, cuando se niega a ejercer la acción penal. Las facultades del Ministerio Público no son discrecionales, puesto que debe obrar el modo justificado y no arbitrario, y en el sistema legal que garantice a la sociedad el recto ejercicio de las funciones de esta institución, puede consistir en la organización de la misma, y en los medios de exigirle la responsabilidad consiguiente, y si los vacíos de la legislación lo impiden, esto no es motivo para que se viole lo mandado por el artículo 21 constitucional".⁶³

3. Consignación.

La consignación, es el acto procesal, a través del cual, el Estado por conducto del agente del Ministerio Público ejercita la acción penal.

Esta fase investigadora, debe realizarse antes de que hayan transcurrido 48 horas que establece el artículo 16 constitucional, salvo la excepción que en el mismo precepto se establece para tal efecto

El pliego consignatorio inicia con la ciudad, la fecha y refiere que se encuentra a la vista para resolver la avenguación previa instruida por la

⁶³ Jurisprudencia que se integra con las ejecutorias visibles en tomo XXV, p. 1551. Lopez Revueltas, Juan, tomo XXVII, p. 1055. Netken Howard, tomo XXVII, p. 1668. Elzondo, Ernesto, tomo XXXI, p. 594. Arciniega, Anastacio, tomo XXXIV, p. 594. Cía Mexicana de Garantías, Quinta Época

representación social en contra del inculpado "x", como probable responsable de la comisión de un delito contra la salud. Luego sigue el RESULTANDO, en éste apartado, se hace un breve resumen de cómo dio inicio la indagatoria y las diligencias practicadas por el representante social.

En el CONSIDERANDO se especifican en una forma más amplia los medios de convicción; al final se realiza un estudio y análisis de los elementos del delito o delitos por el cual se consignan, valorando todas y cada una de las diligencias practicadas, fundamentándolas en los artículos en donde se tipifica el delito y los demás numerales que nos indique la valoración jurídica de la prueba.

Una vez hecho lo anterior se entra al estudio de la responsabilidad penal, se analizan las imputaciones que obran en autos los cuales se infieren en contra del indiciado, relatando como sucedieron los hechos, basándose para tal efecto, en el parte informativo, declaración ministerial del indiciado, testimoniales, relacionándose todas y cada una de las pruebas que obran en autos.

Los puntos RESOLUTIVOS serán:

- a) El Ministerio Público de la Federación ejercita acción penal en contra de quien resulte responsable.
- b) El delito imputado para consignar la averiguación previa.
- c) Dejando a disposición del juez del conocimiento, internados en el Centro penitenciario a los indiciados, como también el narcótico, vehículo y demás bienes asegurados, y son puestos a disposición del Órgano Jurisdiccional.
- d) Se solicita al titular del Órgano Jurisdiccional, previo estudio de todas y cada una de las constancias que integran la indagatoria, gire las correspondientes órdenes de aprehensión (en caso de que existan medios de prueba suficientes para solicitarlas), conforme al artículo 16 de la Constitución de los estados unidos Mexicanos.
- e) Se solicita al Juez que dé la intervención al Agente del ministerio Público de la federación adscrito a este Juzgado, que legalmente le compete.

II. RATIFICACIÓN QUE HACE EL JUEZ DE LA RETENCIÓN

El artículo 16 constitucional en el párrafo sexto dispone:

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

El párrafo tercero del artículo 134 del Código Federal Procedimental establece:

"El Juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o no, en el primer caso ratificará la detención y en el segundo decretará la libertad con reservas de ley".

Se establece una obligación a cargo de los órganos jurisdiccionales en materia penal para resolver de inmediato sobre la constitucionalidad o no de la detención de las personas que le son consignadas.

En esta hipótesis legislativa se tiene como presupuesto la existencia y tramitación de una averiguación previa con detenido, lo cual sólo puede acontecer cuando la indagatoria se haya iniciado con flagrancia en la detención del probable responsable o bien cuando el órgano investigador haya ordenado la detención del mismo, argumentando el caso urgente.

Los jueces penales que reciban alguna consignación con detenido, en forma inmediata, esto es, después de haber pronunciado el auto de radicación y sin llevar a cabo ningún otro trámite, deberán estudiar las constancias del expediente para resolver si en el caso concreto existen los datos suficientes que acrediten la legítima privación de la libertad del indiciado. Por lo tanto, esta resolución judicial deberá decretarse antes de la celebración de la audiencia de declaración preparatoria

Si en el caso concreto se evidencia el legal proceder del órgano investigador, el procedimiento penal habrá de continuar, en caso contrario, el juzgador penal decretará la libertad de los consignados, sin perjuicio de que con posterioridad el Ministerio Público pueda solicitar las ordenes de aprehensión correspondientes si procedieren

Se considera que la libertad así ordenada es una libertad constitucional y de que no existe reserva alguna respecto de la misma; esto es la libertad es lisa y llana, pues sobre ésta el juez no debe establecer ninguna condición, ni solicitar caución o garantía, ni protesta del liberado. El auto que ordena la libertad en tales condiciones habrá de notificarse en forma inmediata al encargado o responsable de la prisión donde el indiciado se encuentre para que libere a las personas beneficiadas, sin perjuicio de que el Ministerio Público, el ofendido o víctima del delito, se inconformen con dicha resolución.

En caso de que la detención de alguna persona exceda de los parámetros constitucionales, el servidor público que haya ordenado la privación de la libertad del probable responsable o haya mantenido la detención en forma ilegal, será responsable penalmente por ese sólo hecho.

En cuanto a la facultad que la carta magna le otorga a los jueces penales para resolver sobre la constitucionalidad de la detención, se considera que la misma no se opone al régimen de derecho del Estado mexicano, pues si bien es cierto que el control constitucional se encuentra reservado para los órganos especializados del poder Judicial de la Federación, también es cierto que de acuerdo con los numerales 128 y 133 de la Ley Suprema, todo servidor público, incluyendo los jueces penales tienen la obligación de respetar los mandatos de la Constitución Federal y hacerlos valer en el ámbito de sus particulares atribuciones ⁶⁴

Art. 28 constitucional. *"Todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen".*

El artículo 168 del Código Federal Adjetivo se refiere a que el órgano jurisdiccional revisará, si fue integrada correctamente o no la averiguación previa

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

⁶⁴ González Méndez, Alfredo Genis. La libertad en el derecho procesal penal mexicano. Primera edición, editorial Porrúa, México DF, 1999, p. 119 a 121

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos, en caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

En el supuesto de que el juez de Distrito dicte el auto de ratificación de la detención, justificando la detención, y el procesado o su abogado defensor consideran que es violatorio de garantías dicho auto por no establecer los requisitos antes mencionados, ese auto podrá ser apelable, con fundamento en el artículo 367, fracción III Bis, del Código Federal de Procedimientos Penales. * Son apelables en efecto devolutivo: Fracción III Bis.- Los autos que ratifiquen la constitucionalidad de una detención a que se refiere el párrafo sexto del artículo 16 Constitucional

La voz "detención" que se usa al disponerse en la Constitución y en los códigos procesales que el juez examinará la legalidad de la detención de las personas que le sean consignadas, lo coloca en la obligación de examinar el estado de privación de libertad del consignado no sólo en el momento en que se inicio tal estado, sino también durante todo su transcurso y hasta el momento en que se haya recibido la consignación. De modo que, si la privación de libertad se inicio violandose las garantías del indiciado, el juez lo pondrá en libertad para reparar esa violación y, aunque la privación de la libertad se haya iniciado sin inconstitucionalidad alguna, al advertirse que su prolongación si cayo en ese vicio se aplicará la misma medida liberatoria ⁶⁵

⁶⁵ Reyes Tavabas, Jorge. El nuevo medio de control judicial de la legalidad de las detenciones administrativas. Procuraduna General de la Republica 1994. p. 33

III. ORDEN DE APREHENSIÓN

1. Formalidades que debe reunir.

La autoridad judicial, única facultada para ordenar aprehensiones, debe dictarlas cuando se reúnan los elementos enumerados en la Constitución, y abstenerse de hacerlo cuando falte alguno de dichos elementos. De donde resulta que reviste la máxima importancia el determinar, con claridad y precisión, cuales son los elementos que deben encontrarse presentes para que la orden de aprehensión sea legal. Dichos elementos son: A) Que preceda denuncia o querrela. B) que sea de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad. C) Que existan datos que acrediten los elementos que integran tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado. D) Que el Ministerio Público la solicite. E) Que conste en mandamiento escrito. Y por último F) Que la dicte una autoridad competente.

A) Que preceda denuncia o querrela.

Art. 16 Constitucional. "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela..."

Nuestra constitución prohíbe la pesquisa como medio para proceder a la averiguación y castigo de los delitos. Se conoce como pesquisa a la averiguación que la autoridad inicia de oficio, sin haber recibido noticia de que se ha cometido un delito, a fin de determinar quiénes han cometido delitos en general, o bien quiénes han incurrido en determinadas prácticas o creencias consideradas delictuosas. La pesquisa es pues una investigación que se lleva a cabo para determinar si existen razones para investigar.

La denuncia es la noticia que da cualquier persona a la autoridad competente (órgano investigador) sobre determinado hecho posiblemente constitutivo de un delito perseguible de oficio. Esa noticia puede provenir tanto de la víctima del delito como de un tercero, de un particular o de un empleado o funcionario público, de un procesado, de un reo, de un nacional o de un extranjero, de un mayor o de un menor de edad, e incluso del propio autor del delito.

La querrela es la noticia que dan las personas limitativamente facultadas a la autoridad competente, sobre determinado hecho posiblemente constitutivo de un delito perseguible a petición de parte, expresando su voluntad de que se persiga penalmente.

A diferencia de los delitos perseguibles de oficio, que pueden ser denunciados por cualquiera, sólo ciertas personas pueden actuar en un procedimiento a título de querellantes. En el proceso federal, la querrela debe presentarla el ofendido por el delito (Código Federal de Procedimientos Penales, artículo 114). Cuando éste sea menor de edad, pero mayor de dieciséis años, podrá querrellarse por sí mismo o por quien esté legitimado para ello. Tratándose de menores de edad o de incapaces, la querrela se presentará por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (art. 115 del mismo ordenamiento). Las querrelas formuladas en representación de personas morales, se admitirán cuando el apoderado tenga un poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial para formular querrela, sin que sean necesarios acuerdo o ratificación del Consejo de Administración o de la Asamblea de Socios o Accionistas, poder especial para el caso determinado, ni instrucciones concretas del mandante (Art. 120 del código mencionado).

En el proceso penal del Distrito Federal, cuando para la persecución de los delitos se haga necesaria la querrela de la parte ofendida, bastará que ésta, aunque sea menor de edad, manifieste verbalmente su queja. Se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de la querrela necesaria, a toda persona que haya sufrido un perjuicio con motivo del delito, y, tratándose de incapaces, a los ascendientes y, a falta de éstos, a los hermanos o los que representen a aquéllos legalmente. Las querrelas presentadas por las personas morales podrán ser formuladas por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del Consejo de Administración o de la Asamblea de Socios o Accionistas ni poder especial para el caso concreto. Para las querrelas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de rapto, estupro o adulterio, en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero del artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

La querrela tiene dos elementos, un primero que tiene en común con la denuncia, y que consiste en el aviso, comunicación o noticia dado a la autoridad competente, sobre determinado hecho posiblemente constitutivo de un delito, y un segundo que le es propio y reside en la manifestación de voluntad del ofendido por el delito de que se persiga penalmente al delincuente, no es necesaria solemnidad alguna para tener por expresada la voluntad del ofendido, el segundo elemento debe entenderse implícito en el primero.

***DENUNCIA DE PERSONAS MORALES DE DELITOS PERSEGUIBLES DE OFICIO.**- En los términos del artículo 120 del Código Federal de Procedimientos Penales, tratándose de personas morales, las denuncias pueden y deben ser hechas precisamente por los apoderados legales de dichas instituciones o personas morales. Pero suponiendo, sin conceder, que la denuncia adoleciera de alguna deficiencia o falta de legalidad, tratándose de delitos que conforme a derecho se persiguen de oficio, basta que el Ministerio Público tenga conocimiento de la comisión de un ilícito de este tipo para que de inmediato proceda a su investigación y, en su caso, ejercite la acción penal, ya que es deber impuesto por la Constitución el que cualquier persona que tenga conocimiento de un delito lo transmita a la autoridad competente, esto es, al Ministerio Público, para que hechas las investigaciones pertinentes determine el ejercicio o no de la acción penal correspondiente".⁶⁶

*** QUERRELLA NECESARIA** Cuando la ley exige la querrela para la persecución de un delito, basta, para que aquélla exista, que el ofendido ocurra ante la autoridad competente, puntualizando los hechos en que hace consistir el delito".⁶⁷

***DENUNCIA O QUERRELLA. ORDEN DE APREHENSIÓN SIN, Y DETENCIÓN SIN ORDEN JUDICIAL.** - Si el concepto de violación esgrimido se hace consistir en que el proceso no existe denuncia o querrela contra el acusado, debe decirse que si esto constituye un requisito para librar orden de aprehensión o detención, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de

⁶⁶ Amparo directo 5581/73 Luis Arias González 1º De julio de 1974. 5 votos Ponente: Mario G. Rebolledo F. Semanario Judicial de la Federación. Séptima época Volumen 67 Segunda parte Julio, 1974 Primera Sala p 20

⁶⁷ Tesis de Jurisprudencia Definida número 210. Apéndice 1917-1985 Segunda Parte. Primera Sala. p 462

la Nación no está en posibilidad de ocuparse de dicha violación, ya que legalmente sólo le es permitido conocer de violaciones contra las leyes que regulan el procedimiento, entre las cuales no se encuentra aquélla, o de las violaciones de garantías cometidas en la sentencia reclamada. Lo mismo debe afirmarse respecto a la detención sin orden de autoridad judicial, pues esto último debió ser reclamado en su oportunidad, por la vía de amparo indirecto, por la razón que ya se ha expuesto".⁶⁶

"DENUNCIAS MEDIANTE APODERADO - La desatención de parte de las autoridades investigadores del artículo 120 del Código federal de procedimientos Penales, en cuanto a que no debe admitirse apoderado jurídico para la presentación de denuncias, no desvirtúa la integración del delito, ni la responsabilidad en que incurra el inculpado, si se trata de un delito perseguible de oficio, resultando, por lo mismo, indistinto que la denuncia la realice persona distinta del ofendido".⁶⁶

B) Que sea un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad.

Art. 16 constitucional. " 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..."

La aprehensión de una persona tiene, como única finalidad, el ponerlo a disposición del juez para que éste, en su caso, pueda someterlo a prisión preventiva mediante el auto de formal prisión. El artículo 18 constitucional dispone que sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva.

La doctrina y la jurisprudencia concuerdan en afirmar que tampoco debe dictarse orden de aprehensión si el delito es sancionado con pena alternativa (prisión o multa), pues en esta hipótesis no se tiene la certeza de que, en caso de ser declarado culpable el inculpado será sancionado con pena de prisión, y sólo se sabrá cuando se dicte sentencia.

⁶⁶ Amparo directo 2212/73 Francisco Gutierrez Martínez 12 de noviembre de 1975. Unanimidad de 4 votos. Ponente Ernesto Aguilar Alvarez. Semanario judicial de la Federación Séptima Época. Volumen 83 Segunda Parte. Noviembre 1975. Primera Sala. p. 23.

⁶⁷ Séptima Época Segunda Parte. Vols. 175-180 p. 58. A.D. 8546/82. Alejandro Mena Díaz.

***ORDEN DE APREHENSIÓN TRATÁNDOSE DE PENA ALTERNATIVA.-** Si el delito que se imputa al indiciado, lo castiga la ley con pena alternativa, pecuniaria o corporal, la orden de aprehensión que se libre es violatoria del artículo 16 constitucional." ⁷⁰

C) Que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

El 9 de diciembre de 1997, el Ejecutivo Federal envió a la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, una iniciativa de decreto para reformar los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución, la cual, después de varias modificaciones fue aprobada por ambas cámaras, paso para su aprobación al Constituyente Permanente, y una vez aprobado por éste, el decreto de reformas, fue publicado en el Diario oficial de la Federación, el 8 de marzo de 1999

En dicha iniciativa se propuso reformar el artículo 16 constitucional, en los siguientes términos:

*Artículo 16...

"No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado ..."

La exposición de motivos es la siguiente:

"En el año de 1994, se reformó la Constitución para reestructurar y fortalecer al Poder Judicial de la Federación. Si bien se han presentado avances significativos en materia de impartición de justicia, la procuración no se ha desarrollado en la misma proporción. Nuestro sistema de justicia penal se sustenta en el binomio indisoluble de ambas materias. Corresponde a las procuradurías la investigación y persecución de los delitos y a los tribunales aplicar oportunamente la ley.

⁷⁰ Tesis de Jurisprudencia Definitiva número 211. Apéndice 1917-1975. Segunda Parte. Primera Sala p.4441

"Para generar el justo equilibrio entre ambas instituciones y lograr el mejoramiento integral del sistema de justicia se considera necesario revisar el marco constitucional de actuación de las autoridades responsables de procurar justicia, a fin de promover modificaciones que permitan atender el legítimo reclamo de la sociedad. Los mexicanos tenemos derecho a acceder a mejores condiciones de vida, a convivir en armonía y seguridad así como a confiar que nuestras son capaces de restablecer oportunamente el orden jurídico, cuando éste es quebrantado.

"La delincuencia ha venido aumentando a índices alarmantes. Las causas del fenómeno delictivo son diversas: el desempleo o subempleo derivado del período de crisis y austeridad económica, el crecimiento de la población, la corrupción de los elementos que integran los cuerpos de seguridad pública, la impunidad de quienes delinquen y el rezago de un marco jurídico que no ha evolucionado en la misma proporción que la delincuencia, entre otras.

"En México, el grado de organización de la delincuencia es elevado; existen agrupaciones delictivas que cuentan con grandes capitales obtenidos de sus actividades ilícitas, un enorme poder corruptor, tecnologías avanzadas y un sofisticado armamento a su servicio. El Estado requiere de mejores herramientas jurídicas para actuar oportunamente.

"A la luz de la legislación actual, las instancias procuradoras de justicia encuentran serios obstáculos para hacer frente a este fenómeno. Ciertos requisitos de la ley pensados en su momento para enfrentar una delincuencia carente de la organización que hoy despliega, limitan la actuación de la autoridad. Esta situación se ha interpretado erróneamente como ineficiencia y promoción de la impunidad.

"Desde la expedición de la Constitución de 1917, el artículo 16 no había sufrido modificación alguna. En 1993, se transformó substantivamente, imponiéndose a las autoridades encargadas de la procuración de justicia, mayores requisitos para obtener de la autoridad judicial, el libramiento de órdenes de aprehensión.

"Dicha reforma consideró posiciones y teorías de escuelas que han tenido éxito en otras naciones. Sin embargo, hoy queda claro que no correspondían plenamente al desarrollo del derecho penal mexicano.

*Antes de 1993, para que la autoridad judicial librara una orden de aprehensión se requería que el Ministerio Público acreditara la probable responsabilidad del indiciado. Con la reforma, se impuso el requisito de acreditar los elementos del tipo penal (objetivos, subjetivos y normativos) así como la probable responsabilidad del indiciado.

*Después de cuatro años de aplicación del nuevo texto constitucional se advierte que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados. Por el contrario, éste ha permitido que frecuentemente, por tecnicismos legales, presuntos delinquentes evadan la acción de la justicia. Basta decir que en 1997, de todas las averiguaciones previas consignadas ante la autoridad judicial, no se obsequiaron órdenes de aprehensión en más del 20%.

*Lo anterior muestra que el grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al Ministerio Público desde la averiguación previa, evita el enjuiciamiento de presuntos responsables, provocando, mayor delincuencia e impunidad.

*La iniciativa que sometemos a la consideración de esa Soberanía, propone flexibilizar los requisitos que establece el artículo 16 constitucional para obtener una orden de aprehensión. Se sugiere sea suficiente la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como la probable responsabilidad del indiciado. Esta medida conserva plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos de los gobernados tutelados en las garantías individuales, y permitirá hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia *

De la anterior exposición de motivos, se destaca que la iniciativa propuso flexibilizar los requisitos que anteriormente establecía el artículo 16 constitucional, para obtener una orden de aprehensión. Y con ello se sugirió fuera suficiente la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como la probable responsabilidad del indiciado. Señalando que esta medida legislativa conserva plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos de los gobernados tutelados en las garantías individuales, y permitiría hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia. Lo cual, es contrario a lo señalado por las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos

Constitucionales y de Justicia del Congreso de la Unión, en el dictamen a la reforma de este mismo precepto, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 3 de septiembre de 1993, al referirse que el propósito fundamental de la misma, era, precisamente, la de guardar en equilibrio el conjunto de las libertades con la pretensión punitiva del Estado. Y en esta reforma de 1993 del artículo 16 constitucional, se modificaban, precisamente, los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión, exigiéndose el acreditamiento de los elementos del tipo penal del delito que se tratare y la probable responsabilidad del indiciado; instalándose, de esa manera en México, por primera vez, en nuestro sistema jurídico penal, la teoría finalista del delito, sustituyendo a la causalista. La teoría causalista ubica al dolo y la culpa al nivel de la culpabilidad, a diferencia de la teoría final de la acción que los sitúa en los elementos del tipo penal, particularmente dentro de los elementos del delito conocido como tipicidad legal, en el cual se localizan, al mismo tiempo, los aspectos objetivos y subjetivos del delito; y, en el aspecto objetivo de los tipos penales de comisión dolosa, encontramos: los elementos descriptivos, normativos, el resultado, el nexo de causalidad, el sujeto activo y el sujeto pasivo.

Por lo que respecta al aspecto subjetivo de los tipos de comisión dolosa, se encuentran en él, el dolo y los elementos subjetivos específicos distintos de dolo, como son: el ánimo, la tendencia, el fin específico, etc.

Por su parte, en los tipos penales de comisión culposa, localizamos en el aspecto objetivo: la violación del deber de cuidado, la causalidad, el resultado y la relación de determinación. En el aspecto subjetivo de los tipos penales de comisión culposa, están la voluntad de la conducta en la forma seleccionada o elegida y la previsibilidad de la producción del resultado típico

Dentro del elemento tipicidad legal del delito, también se presenta la forma de comisión omisiva, en cuyo aspecto objetivo, se localizan los elementos conocidos como omisión propia e impropia. En el aspecto subjetivo están el dolo y otros elementos subjetivos específicos distintos del dolo.

Al pretender exigir la iniciativa de reforma, para el libramiento de la orden de aprehensión, sólo el acreditamiento de los elementos objetivos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, significa, no sólo

flexibilizar dichos requisitos, sino fundamentalmente, regresar al sistema de la teoría causalista del delito. Además, disminuir la seguridad jurídica en perjuicio de los gobernados, y poner en peligro a los individuos, ante el eventual abuso de la autoridad encargada de la persecución de los delincuentes, esto es, el Ministerio Público y la Policía Judicial.

Los elementos del tipo penal se encontraban desglosados en los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en los siguientes términos: I. La correspondiente acción u omisión y de la lesión, o en su caso, el peligro ha que se ha expuesto el bien jurídico protegido; II. La forma de intervención de los sujetos activos; III. La realización culposa o dolosa de la acción ; así como también, si el tipo lo requiere: a) Las cualidades del sujeto activo y pasivo; b) El resultado y su atribución a la acción u omisión; c) El objeto material; d) Los medios utilizados; e) Las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión; f) Los elementos normativos; g) Los elementos subjetivos específicos, y h) Las demás circunstancias que la ley prevea.

Los elementos objetivos que se pretendieron exigir para el libramiento de una orden de aprehensión son : 1) La correspondiente acción u omisión; 2) El bien jurídico tutelado; 3) Los sujetos activos y pasivos; 4) el resultado típico tratándose de delitos de resultado; 5) Los elementos normativos, y 6) Las circunstancias objetivas de agravación o atenuación que se contengan en el tipo penal de que se trate.

A la suma de estos elementos, anteriormente se les conocía, y aún se les conoce, como cuerpo del delito, esto es el conjunto de los elementos objetivos o externos que configuran a su vez la materialidad de la figura delictiva descrita en la ley penal. Es decir, son los elementos del tipo penal que se aprecian a través de los órganos de los sentidos, quedando fuera de ellos el dolo y la culpa, que se conciben como elementos subjetivos del delito, los cuales son ubicados al nivel de la culpabilidad por la teoría causalista del delito; la cual constituye, mucho menor seguridad jurídica para el gobernado.⁷¹

Con la reforma al artículo 16 constitucional, publicada en el diario oficial de la federación el 8 de marzo de 1999, y en vigor a partir del día

siguiente, ahora se exige para el libramiento de la orden de aprehensión, entre otros requisitos, que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Derivado de esa reforma constitucional, el legislador ordinario, aprobó diversas reformas a la legislación penal secundaria, entre las cuales aparece la que modifica el contenido del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, en cuyo párrafo segundo define que: "Por cuerpo de delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos, en caso de que la descripción típica lo requiera." Esta definición jurídica de cuerpo del delito fue tomada de la jurisprudencia emitida en su oportunidad por la Suprema Corte de justicia de la Nación, añadiéndosele la exigencia de los elementos normativos que en su caso lo exija la descripción típica del delito.

"CUERPO DEL DELITO CONCEPTO DE.- Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal".⁷²

D) Que el Ministerio público solicite la orden de aprehensión.

Este elemento resulta del monopolio de la acción penal que el artículo 21 constitucional otorga al Ministerio Público, diciendo "La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público.", al mismo tiempo el artículo 102 constitucional dispone que en ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público solicitar la orden de aprehensión, y el tribunal no puede librar dicha orden si no se ha formulado dicho pedimento.

"ORDEN DE APREHENSIÓN. Para dictarla es necesario que lo pida el ministerio Público, y si éste no solicita dicha orden, el juez no tiene facultades para expedirla".⁷³

⁷² Lara Espinoza, Saul. Las garantías constitucionales en materia penal. Segunda edición. Editorial Porrúa, México D.F. 1999, pp. 140 a 146.

⁷³ Sexta Época, Segunda Parte. Vol. XIV, p. 86-A.D. 110/57 - Víctor Manuel Gómez Gómez - Unanimidad de 4 votos. Vol. XVII, p. 77-A.D. 2677/58 - Juan Villagrana Hernández - 5 votos. Vol. XLIV, p. 54-A.D. 6698/00 - José Zamora Mendoza - 5 votos. Apéndice 1917-1985. Primera Sala. Num. 81 p. 185.

⁷⁴ Tesis de Jurisprudencia definida número 206. Apéndice 1917-1975. Segunda Parte. Primera Sala p. 432.

E) Que conste en mandamiento escrito.

Para que se satisfaga la garantía formal de mandamiento escrito no basta que éste se emita para realizar algún acto de molestia en alguno de los bienes jurídicos que menciona el artículo 16 constitucional, sino que es menester que al particular afectado se le comunique o se le dé a conocer. Esta comunicación o conocimiento pueden ser anteriores o simultáneos a la ejecución del acto de molestia, pues la exigencia de que éste conste en mandamiento escrito, sólo tiene como finalidad que el gobernado se entere de la fundamentación y motivación legales del hecho autoritario que lo afecte, así como de la autoridad de quien provenga.⁷⁴

El mandamiento escrito debe contener la firma auténtica del funcionario público que lo expida.

F) Que lo dicte una autoridad competente.

La correcta interpretación del artículo 16 constitucional que dispone que "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial..." nos obliga a concluir que sólo pueden dictar dichas órdenes los jueces competentes para ello, es decir los jueces penales. En consecuencia, son inconstitucionales las ordenes de aprehensión dictadas por jueces civiles, concursales, familiares o del arrendamiento, pues todos ellos son incompetentes por materia

También es inconstitucional la orden de aprehensión, dictada por el juez incompetente por razón de territorio, o de fuero (federal o local), aun cuando se trate de un juez penal, y el agraviado puede solicitar el amparo y protección de la justicia federal en su contra, y dicho amparo debe serle concedido, siempre y cuando la orden no haya sido aún cumplida. La situación cambia si el inculpado es aprehendido, pues, en este caso, nuestros códigos procesales le ordenan al juez que practique las diligencias que no admitan demora y dicte el auto de formal prisión o el de libertad, reservando la substanciación de la competencia para un momento posterior. (Código Federal de Procedimientos Penales art. 432, y del D.F. art. 449).

⁷⁴ Burgoa Onhueca. Ignacio Ob. Cit. p. 544

Esta garantía, antes de la reforma constitucional y legal de 1999, era una de las que otorgaba mayor seguridad y certeza jurídica a favor de los gobernados, puesto que implicaba un trabajo sumamente técnico en la integración de la averiguación previa, que culminaba con una resolución del Ministerio público, a través de la cual, se tenían que acreditar los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, cumpliéndose con todas esas exigencias se ponía en duda si se podía hablar todavía de un probable responsable.

2. Juicio de amparo contra órdenes de aprehensión

El artículo 103-I constitucional, da derecho de acción de amparo a todos los habitantes de la República, contra actos de autoridad, que estimen violatorios de garantías individuales.

La orden de aprehensión, es un acto que incide en la esfera jurídica de los particulares, al ser pública la fuerza de la autoridad que la expide y ejecuta, y es válida constitucionalmente, cuando se libra por autoridad judicial competente, previo ejercicio de la acción penal sustentándose en pruebas que acrediten que la conducta es delictiva y la probable responsabilidad penal del indiciado. Es lícita en sus efectos, la aprehensión ejecutada por el acto público que así lo ordene ⁷⁵

La aprehensión puede ser dispuesta por autoridades administrativas o judiciales incompetentes. Cumpliendo las formalidades o no, de consagrarse por escrito, fundarse o motivarse, y firmarse por quien la expide.

Es el derecho de acción lo que permite a su titular, obrar para que en el juicio de amparo se examine la constitucionalidad de la orden de aprehensión, independientemente de su naturaleza la cual puede ser:

a) En cuanto a las órdenes de aprehensión administrativas, estas son una violación directa de las garantías individuales. La autoridad judicial con atribuciones es la única que posee facultades para dictar órdenes de aprehensión. Los presidentes municipales, el Ministerio Público o la Policía judicial, carecen de atribuciones para expedirlas

⁷⁵ Mancilla Ovando, Jorge Alberto. El Juicio de Amparo en Materia Penal. Tercera edición. Editorial Porrúa. México 1993. p. 123-125.

***ORDEN DE APREHENSION O DE COMPARECENCIA LIBRADA POR UN PRESIDENTE MUNICIPAL.** La autoridad municipal no está capacitada legalmente para librar órdenes de aprehensión, lo que sólo compete a la autoridad judicial, a pedimento de ministerio público y mediante los requisitos que establece el artículo 16 constitucional, y ni a título de citación de comparecencia, a fin de esclarecer lo relativo a un delito, dichos funcionarios pueden molestar a un individuo en su persona, sin infringirle aquel precepto constitucional".⁷⁶

*** ORDEN DE APREHENSIÓN.** La orden de aprehensión que pretenda ejecutar el Jefe de la Policía Judicial del Estado es en sí misma inconstitucional porque esa autoridad carece de facultades legales para decretar tales resoluciones o ejecutarlas, si no existen. En consecuencia, el quejoso no tiene la carga de probar, con fundamento en el artículo 149 de la Ley de Amparo, la inconstitucionalidad de la orden de aprehensión cuando ésta emana del Jefe de la Policía Judicial del Estado, pues éste es quien debe demostrar que la citada orden ha sido dictada por un juez penal, lo que puede hacerlo fácilmente con tan sólo acompañar a su informe justificado la copia de la orden de aprehensión que le hubiera sido entregada para su ejecución".⁷⁷

b) Órdenes de aprehensión judiciales.

El juez penal con competencia por razón de la materia, fuero, territorio, tiene la facultad de librar la orden de aprehensión que le solicite el ministerio público, previo el ejercicio de la acción penal, una vez que haya apreciado las pruebas de la averiguación de donde quede acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado. Dicha orden es inconstitucional cuando falte alguno de los requisitos previamente analizados, que haya prescrito el ilícito penal o no se pruebe suficientemente que la conducta constituye delito y la probable responsabilidad.

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

⁷⁶ Tesis visible en el tomo LII, p. 2,069, bajo el rubro "amparo penal en revisión 1,412/32, Álvarez, Ruperto 12 de juni de 1937

⁷⁷ Amparo penal en revisión 391/69, Vladimir Marquez Saenz, 6 de noviembre de 1969

puedan constituir un delito que la ley castigue con pena corporal, y el juez de Distrito debe hacer un estudio de las circunstancias en que el acto fue ejecutado para dilucidar si la orden de captura constituye o no, violación de garantías".⁷⁸

"ORDEN DE APREHENSIÓN. Si la orden de aprehensión se dicta por un hecho al que indebidamente se considera como delito, por faltarle uno de los elementos esenciales para que constituya un acto delictuoso, dicha orden es violatoria de garantías".⁷⁹

"ACCIÓN PENAL, PRESCRIPCIÓN DE LA. La prescripción producirá sus efectos aunque no la alegue como excepción el acusado; los jueces la suplirán de oficio en todo caso, tan luego como tengan conocimiento de ella, sea cual fuere el estado del proceso"⁸⁰

La autoridad judicial sin competencia por razón de la materia, fuero o jurisdicción, no tiene atribuciones para librar órdenes de aprehensión con validez y licitud. Esto hace inconstitucional el acto de autoridad.

Cuando el acto de autoridad es la orden de aprehensión, la vía para reclamar su inconstitucionalidad es el juicio de amparo indirecto.

En el juicio de amparo contra órdenes de aprehensión administrativas, la demanda que consagra la acción puede formularse:

1. Cuando se trate de actos que importen ataque a la libertad personal en forma directa, por la inmediatez de los hechos, es de ejercitarse la acción por comparecencia ante el Juez de Distrito. Bastará que el quejoso manifieste el acto reclamado, la autoridad que lo acuerde o lo ejecute. El acta administrativa que se levante por el juzgador, es la demanda de amparo (Art. 117 de la Ley de Amparo)

2. Cuando el Juzgado de Distrito tenga jurisdicción territorial, pero materialmente no se encuentre en el lugar donde ocurre el ataque a la libertad personal fuera de todo procedimiento judicial, el particular podrá plantear su demanda de amparo en la vía telegráfica

⁷⁸ Tesis que se integra con las siguientes ejecutorias de amparo: tomo XVII, p. 1, 076. Aca Apolinar y Coag., tomo XVIII, p. 1, 125. Gaminde, Teresa y Coag., Quinta Época

⁷⁹ Ejecutoria visible en el tomo XXXIV, p. 723. Zenil, Herminio, Quinta Época

⁸⁰ Tesis que se integra con las sentencias de amparo: visible en el tomo XIX, p. 1,058, bajo el rubro Toscano, Jesús, la visible en el tomo XXI, p. 470, bajo el rubro Sepúlveda, Eliseo, la visible en

En todos los demás casos, la demanda de amparo que reclame la inconstitucionalidad de orden de aprehensión, administrativa o judicial, deberá plantearse ante el Juez de Distrito, por escrito en los siguientes días a que se tenga conocimiento del acto público, describiendo cada uno de los requisitos que prevé el artículo 116 de la Ley de Amparo.

Cuando el acto reclamado es la orden de aprehensión el juicio de amparo es el proceso que da satisfacción a la garantía de audiencia del gobernado.

Para demostrar la existencia de dicho acto y probar su inconstitucionalidad, el quejoso tiene facultades probatorias plenas.

En las ordenes de aprehensión administrativas, tiene la facultad de ofrecer como pruebas todas las que no sean contrarias a la moral y al derecho, además existe presunción legal de ser cierto el acto reclamado ante la falta de informe justificado.

Ley de Amparo. Artículo 149. Las autoridades responsables deberán rendir su informe con justificación, exponiendo las razones y fundamentos legales que estimen pertinentes para sostener la constitucionalidad del acto reclamado o la improcedencia del juicio, y acompañarán, en su caso, copia certificada de las constancias que sean necesarias para apoyar dicho informe. Cuando la autoridad responsable no rinda su informe con justificación se presumirá cierto el acto reclamado, salvo prueba en contrario, quedando a cargo del quejoso la prueba de los hechos que determinen su inconstitucionalidad cuando dicho acto no sea violatorio de garantías en sí mismo, sino que su constitucionalidad o inconstitucionalidad dependa de los motivos, datos o pruebas en que se haya fundado el propio acto.

Tratándose de amparos contra ordenes de aprehensión judicial, el quejoso, aún en la ausencia del informe justificado, deberá de probar materialmente la orden de aprehensión, exhibiendo las constancias de la averiguación previa. Sólo así el juzgador tendrá facultades para determinar su constitucionalidad. Además puede ofrecer nuevos elementos que acrediten la inconstitucionalidad de acto reclamado.

El Tribunal de Amparo, por virtud de la suplencia de la queja, con base en lo probado, podrá resolver la inconstitucionalidad de la orden de aprehensión, aunque ello no se hubiere consagrado como concepto de violación. Al valorar las pruebas, dicho tribunal tiene facultades plenas, pudiendo sustituirse al juez penal, analizando los datos que arrojen la averiguación previa y los del proceso de amparo.

Los efectos jurídicos de la sentencia de amparo en relación al tema son los siguientes:

La inconstitucionalidad de la orden de aprehensión declarada con sustento en no ser la conducta delito prevista en la ley, que el delito haya prescrito o que opere a favor del indiciado excluyente de incriminación, impide que se perfeccione la acción penal y que el juez de la causa, pueda librar nueva orden de aprehensión

Si por la insuficiencia probatoria se determina la inconstitucionalidad de la orden de aprehensión, el ministerio Público puede perfeccionar su acción penal con pruebas supervinientes y la autoridad responsable librar una nueva orden de aprehensión. Cuando la conducta es delictiva y el indiciado tiene responsabilidad penal, puede probarse en tanto no prescriba el delito.

***ORDEN DE APREHENSIÓN. PRUEBAS EN EL AMPARO RESPECTO DE LA** Cuando el amparo se promueve contra una orden de aprehensión el quejoso puede presentar, ante el juez constitucional, las pruebas que estime pertinentes para demostrar la inconstitucionalidad del acto reclamado, aun cuando no las haya tenido a la vista la autoridad responsable, toda vez que no teniendo conocimiento el inculpadó, en la generalidad de los casos del procedimiento que se sigue en su contra, sino al ser detenido, no tiene oportunidad ni medios de defensa, si no es ante el juez que conozca del juicio de garantías".⁶¹

***ORDEN DE APREHENSIÓN** Para dictarla, deben llenarse únicamente los requisitos exigidos por el artículo 16 constitucional, entre los cuales no se encuentra que esté comprobado el cuerpo del delito; comprobación que sólo es indispensable para dictar la formal prisión, pero los datos en que debe apoyarse una denuncia deben ser bastantes para

⁶¹ Jurisprudencia. Apéndice 1975. Segunda Parte. Primera Sala. tesis 210, p. 441

hacer probable la responsabilidad del acusado; no quedando solamente a juicio de la autoridad responsable, la apreciación de las pruebas, cuando se trata de ordenes de aprehensión, o de autos de formal prisión, pues si en otros casos es soberana la facultad de los jueces, para la apreciación de las pruebas respectivas, sin que estos constituya una violación de garantías, sino cuando se infringen las leyes reguladoras de la prueba, en los casos a que se refieren los artículos 16 y 19 constitucionales, la Suprema corte puede sustituirse al juez a quo, para el análisis de los datos que arroje la averiguación, a fin de resolver si ellos son, o no, suficientes para presumir probable la responsabilidad del inculcado, pues al establecer la constitución, como una garantía individual, la eficiencia de la prueba, que hasta entonces arroje la averiguación, faculta seguramente a los Tribunales Federales para apreciarla según su propio juicio, a fin de resolver si existe, o no, la violación alegada; de otra suerte, no habría autoridad que valorizara en definitiva los repetidos datos, ni sería posible otorgar la garantía constitucional en la vía de amparo, aunque esos datos fueran insuficientes, con grave perjuicio de los acusados, quienes podrían ser víctimas de posibles y lamentables errores o atropellos".⁸²

IV. PLAZO CONSTITUCIONAL DE 72 HORAS Y SU AMPLIACIÓN

El texto vigente del artículo 19 constitucional es el siguiente:

"Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

"Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento donde se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o

⁸² Ejecutoria de amparo visible en el tomo XIX, p. 1,095, bajo el rubro amparo penal en

de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al inculcado en libertad.

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

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

Este dispositivo jurídico fue reformado en 1993 y en 1999

Las principales modificaciones que sufre el artículo 19 constitucional, con la reforma de 1993 son las siguientes:

Se precisó que el plazo perentorio de 72 horas sólo corre para el juez, a partir de la puesta a disposición del consignado.

Se cambió el término de "cuerpo del delito" por el concepto "elementos del tipo penal", con lo que se clarifican los requisitos que deben ser considerados por el juez para fundar y motivar su auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y de esta manera se establece la seguridad jurídica de los gobernados, al puntualizarse la obligación por parte de la autoridad de verificar la existencia del hecho delictuoso, además de la probable responsabilidad del inculcado.

Se dispuso que "los custodios que no reciban copia certificada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado (72 horas), deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculcado en libertad".

La reforma del artículo 19 constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo de 1999 sustituye la exigencia para el auto de

formal prisión de elementos integrantes del tipo por el de cuerpo del delito. El texto de Iniciativa del Ejecutivo Federal, enviada a la Cámara de Senadores, el 9 de diciembre de 1996 contenía:

Los motivos que se expresan en dicha iniciativa, respecto de la modificación del artículo 19 de la Carta Magna son los siguientes:

*La reforma de 1993, también modificó el artículo 19 constitucional a fin de hacer patente la garantía de seguridad jurídica a favor del inculcado, precisando la materia del debido proceso legal, a través del auto de procedimiento o de término constitucional. Este auto tiene por objeto, entre otros, determinar con claridad el término del proceso penal, es decir, el tipo de conducta delictiva que se le atribuye a un individuo por el cual deberá juzgarsele. Este artículo también precisa el imperativo constitucional de que un proceso penal debe seguirse forzosamente por el delito o delitos señalados el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

*La reforma sustituyó el concepto cuerpo del delito por elemento del tipo penal. Antes de 1993, para que se librara un auto de formal prisión únicamente debían estar acreditados los elementos objetivos del delito y después de la reforma, se debían acreditar todos los elementos del tipo penal(objetivos, subjetivos y normativos), así como la probable responsabilidad del indiciado.

*Cabe mencionar que los últimos criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, concretamente el expresado en la tesis jurisprudencial 6/97, han hecho aún más rígido el acreditamiento de los elementos del tipo penal, al señalar, con toda claridad, que en el auto de formal prisión deben estar acreditados, según sea el caso. 1) La existencia de una acción u omisión que lesione un bien jurídico o lo ponga en peligro, 2) La forma de intervención del sujeto activo, 3) Si la acción u omisión fue dolosa o culposa, 4) La calidad de los sujetos activo y pasivo, 5) El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión, 6)El objetivo material, 7) Los medios utilizados, 8) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, 9) Los elementos normativos, y 10)Los elementos subjetivos específicos; así como la probable responsabilidad del inculcado. Además deben señalarse todas la modificaciones del delito o sus calificativas que pesen sobre el inculcado en la comisión de una conducta delictiva

"La presente iniciativa propone reformar el segundo párrafo del artículo 19 de la carta Magna, para que en el libramiento de un auto de formal prisión se acredite la plena existencia de los elementos objetivos del tipo penal, y la probable existencia de los demás elementos del delito de que se trate, así como la probable responsabilidad del indiciado.

* La reforma de los artículos 16 y 19 propuesta, pretende evitar que la actividad del Ministerio Público y del juez, durante la fase de preinstrucción antes del proceso legal, sea una verdadera etapa de instrucción, es decir, un juicio sumario. El proceso penal no debe estar limitado únicamente a la acreditación de la plena responsabilidad del inculcado, pues como se señaló anteriormente, es durante la averiguación previa y la consignación cuando se acreditan todos y cada uno de los elementos del tipo penal.

*Es importante precisar que la exigencia probatoria a cargo del ministerio Público no se reduce con la reforma. Simplemente esta exigencia se complementa en las etapas procesales idóneas.

La principal modificación que se advierte respecto de la reforma del primer párrafo, consiste en que para el libramiento del auto de formal prisión, se propuso como requisitos; a) que existan datos suficientes que acrediten la plena existencia de los elementos objetivos y la probable existencia de los demás elementos del tipo penal del delito que se impute a indiciado, y b) que esos datos hagan probable su responsabilidad

Puede observarse que se regresó al sistema causalista de la teoría del delito, en sustitución a al teoría finalista de la acción, lo que significa reducir el campo de seguridad jurídica en perjuicio del gobernado ⁶³

En cuanto al segundo párrafo que se propuso adicionar al artículo 19 constitucional, sólo se advierte que se perfecciona para mayor seguridad jurídica del gobernado, lo contenido actualmente en la segunda parte del primer párrafo de dicho artículo, para precisar que el término de 72 horas sólo podrá prorrogarse a petición del indiciado, en la forma que señala la ley, de este modo se evita innecesariamente la prisión preventiva, en aquellos casos en los que el inculcado tenga la oportunidad de aportar pruebas.

El artículo 19 constitucional contiene las siguientes garantías:

⁶³ Saúl Lara, Espinoza Ob Cit pp 138 a 145

a) La garantía de que un detenido ante autoridad judicial no podrá permanecer en esa condición por un plazo mayor de setenta y dos horas, sin que se justifique con auto de formal prisión.

b) La garantía de que todo proceso se siga por el delito señalado en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

c) La prohibición de maltrato en aprehensiones o prisiones.

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión...

Dicho plazo comienza a computarse, a partir de que el indiciado es puesto a disposición de la autoridad judicial; la cual, como primer paso procederá de inmediato a determinar si la detención fue apagada o no al mandamiento constitucional. En el primer caso la ratificará, y en el segundo, decretará la libertad con las reservas de ley.

El plazo de 72 horas podrá prorrogarse únicamente cuando lo solicite el indiciado, por sí o por su defensor, al rendir su declaración preparatoria, o dentro de las tres horas siguientes, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica.

La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal

La fracción XVII del artículo 255 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en materia Federal, tipifica como delito cometido en contra de la administración de la Justicia: "No dictar auto de formal prisión o de libertad de un detenido, dentro de las setenta y dos horas siguientes a que lo pongan a su disposición, a no ser que el inculpado haya solicitado ampliación del plazo, caso en el cual se estará al nuevo plazo"; estableciendo como sanciones, pena de prisión de dos a ocho años de prisión y de doscientos a cuatrocientos días multa

Es importante destacar que dentro del mismo plazo constitucional de setenta y dos horas, existe otro de cuarenta y ocho horas, consagrado como garantía del proceso penal en favor del inculpado, por la fracción II del artículo 20 de la Ley Suprema, en el cual habrá de rendir su declaración

preparatoria, en cuya diligencia (audiencia pública) se le hará saber el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo.

Las resoluciones que se pueden dictar al vencerse el término de setenta y dos horas son las siguientes:

Auto de formal prisión: Es la resolución judicial que determina la situación jurídica del procesado al vencerse el término de setenta y dos horas, o en su caso el de 144 horas, por estar comprobados los elementos integrantes del cuerpo del delito y los datos suficientes para presumir la responsabilidad, y así señalar la conducta o hecho por la que ha de continuarse el proceso.

Auto de sujeción a proceso: Es la resolución dictada por el juez, para los delitos que se sancionan con pena no corporal o alternativa, en el que se determina el o los hechos por los que habrá de seguirse el proceso, previa comprobación del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad.

Auto de libertad por falta de elementos para procesar: Es la resolución dictada por el juez al vencerse el término de 72 horas, por no estar acreditados los elementos del tipo penal ni la probable responsabilidad o habiéndose dado lo primero, no existe lo segundo y cuya consecuencia es la orden para que el procesado sea restituido en el goce de su libertad.

***AUTO DE FORMAL PRISIÓN.** – La interpretación que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha dado al artículo 19 constitucional en la parte que establece: todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión, es la siguiente: que el espíritu de la ley es que el reo tenga conocimiento exacto de los cargos de que habrá de defenderse, y fijar los hechos por los que debe seguirse la averiguación; pero conforme al artículo 21 de la propia constitución, el ejercicio de la acción penal corresponde, de modo exclusivo al Ministerio Público, éste debe basar su pedimento en los hechos precisados en el auto de formal prisión, y al juez no le es dable sentenciar fuera de los términos de ese pedimento, porque de lo contrario se dejaría al procesado sin defensa. En tal virtud, puede sentenciarse por delito diverso de aquel se dictó la formal prisión, si los hechos son los mismos, sólo ha habido una errónea clasificación técnica, el ministerio Público los clasifica de distinta manera, y se condena de acuerdo

con esa nueva clasificación; porque si se le condenara por hechos diversos de aquellos por los cuales fue acusado, se le dejaría sin defensa. Es pues indudable que la finalidad del precepto constitucional citado es que se dicte sentencia por el delito señalado en el auto de formal prisión, independientemente de la clasificación técnica que se le dé. El hecho de que el juez tenga por desistido al Ministerio Público de la acusación basada en la clasificación primera tampoco constituye, violación de garantías, si la acción penal sigue ejercitándose con fundamento en la nueva clasificación; y no puede estimarse violación del artículo 23 constitucional, el que se siga adelante el proceso por virtud de esa nueva acusación, teniéndose por desistido al Ministerio Público, de la que al principio sirvió de base para dictar el auto de formal prisión".⁸⁴

***AUTO DE FORMAL PRISIÓN, PROCEDENCIA DEL AMPARO CONTRA EL SI NO SE INTERPUSO RECURSO ORDINARIO.**- Cuando se trata de las garantías que otorgan los artículos 16, 19 y 20 constitucionales, no es necesario que previamente al amparo se acuda al recurso de apelación".⁸⁵

***AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL, OBLIGACIÓN INELUDIBLE DE LA AUTORIDAD JUDICIAL DE DICTAR.**- El artículo 19 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, impone a los jueces la obligación de resolver acerca de la situación jurídica del acusado dentro del término de setenta y dos horas, contando a partir del momento en que fue hecha su consignación sin que constituya impedimento para dictar dicha resolución, la supuesta o verdadera incompetencia del juez del conocimiento; siendo inexacto que de resultar cierta tal incompetencia, se le violen garantías individuales al indiciado, toda vez que la ley procesal declara válidas las primeras diligencias practicadas por un juez aun cuando resultase incompetente, siempre que las mismas no admitan demora, como lo son la recepción de la declaración preparatoria del inculcado y el propio auto de término. Es más, el Código Federal de Procedimientos Penales autoriza al juez que previene, para actuar hasta que las partes formulen conclusiones. Un razonamiento contrario al anterior, implicaría el incumplimiento de la disposición constitucional o bien la impunidad de un gran número de delitos a

⁸⁴ T. XXXII, p. 107. Amparo Penal en Revisión, 4375/28, Álvarez José, 8 de mayo de 1931, Mayoría de 3 votos

⁸⁵ Jurisprudencia publicada bajo el número 43, en la parte segunda del Apéndice 1917-1975

que los presuntos responsables fueren equivocadamente consignados ante juez incompetente".⁸⁶

V. OBLIGACIONES QUE TIENE LA PERSONA SUJETA A PROCESO Y LA ORDEN DE REAPREHENSIÓN

La sujeción a proceso establece determinadas obligaciones para las personas que se encuentran en esta situación jurídica.

Quienes están sujetos a proceso. Las personas que mediante el auto del mismo nombre se les sujete a determinadas obligaciones procesales, es decir en aquellos casos para los delitos que les sean imputados se sancionen con pena corporal o alternativa. Pero además también aquellas personas a las cuales se les halla concedido la libertad bajo caución, sin caución o bajo protesta, tienen determinadas obligaciones procesales.

En general, en los ordenamientos jurídicos adjetivos, se imponen como deberes, al sujeto beneficiado con la libertad caucional, los siguientes: presentarse ante el juez, cuantas veces sea citado o requerido, comunicar al mismo los cambios de domicilio que tuviere y presentarse ante el juzgado o tribunal que conozca de su causa el día que se señale de cada semana.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Art. 301. Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable, el imputado no debe ser internado en prisión preventiva y existen elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el ministerio público podrá solicitar al juez fundada y motivadamente o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del término en que deba resolverse el proceso

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal Art. 567. Al notificarse al indiciado el auto que le concede la libertad caucional, se le hará saber que contrae las siguientes obligaciones: presentarse ante el Ministerio Público o ante el Juez cuantas veces sea citado o requerido para ello; comunicar a los mismos los cambios de domicilio que tuviere, y presentarse ante el Ministerio público, juzgado o tribunal que conozca de su

⁸⁶ Tesis publicada en la página 514 de la Parte Segunda del Apéndice 1917-1988

causa el día que se le señale de cada semana. En la notificación se hará constar que se hicieron saber al indiciado las anteriores obligaciones, pero la omisión de este requisito no libra al indiciado de ellas ni de sus consecuencias.

En los casos a que se refiere el artículo 133 bis referente a la libertad sin caución alguna el Juez, al notificar el auto de sujeción a proceso le hará saber que ha contraído las dos primeras obligaciones señaladas en el primer párrafo de este mismo artículo.

Artículo 568. El juez podrá revocar la libertad caucional cuando a su criterio el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones previstas en el artículo anterior. Asimismo, se revocará la libertad caucional en los siguientes casos:

I. Cuando desobedeciere, sin causa justa y comprobada, las órdenes legítimas del tribunal que conozca de su asunto, o no efectúe las exhibiciones dentro de los plazos fijados por el tribunal, en caso de haberseles autorizado a efectuar el depósito en parcialidades;

II. Cuando fuere sentenciado por un nuevo delito intencional que merezca pena privativa de libertad, antes de que la causa en que se le concedió la libertad esté concluida por sentencia ejecutoria;

III. Cuando amenazare a la parte ofendida o a algún testigo de los que hayan depuesto o tengan que deponer en su causa, o tratare de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos, al juez, al agente del Ministerio Público o al secretario del juzgado o tribunal que conozca su causa,

IV. Cuando lo solicite el mismo inculpaado y se presente a su juez;

V. Si durante la instrucción apareciere que el delito o los delitos materia del auto de formal prisión son de los considerados como graves;

VI. Cuando en su proceso cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia

Consecuencias de la revocación de la libertad bajo caución.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Art. 569. En caso de revocación de la libertad caucional se mandará reaprehender al procesado y se hará efectiva a favor de la víctima o del ofendido por el delito

de la garantía relativa a la reparación del daño; las que versen sobre las sanciones pecuniarias y para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del proceso, se harán efectivas a favor del Estado.

***AUTO DE SUJECIÓN A PROCESO. DEMANDA DE AMPARO EN SU CONTRA PUEDE INTERPONERSE EN CUALQUIER TIEMPO.** El auto de sujeción a proceso ataca la libertad del procesado al sujetarlo a determinadas obligaciones como son el comparecer periódicamente ante el órgano jurisdiccional, el concluir a las diligencias que se practiquen en el proceso relativo, el no poder hacer uso de su libertad de tránsito sino es con autorización del propio juzgador, bajo cuya jurisdicción se encuentra sometido, el que se le dicte, en dado caso, el arraigo domiciliario, así como a todas aquellas circunstancias inherentes, a las cuales queda sujeta una persona sometida a un proceso penal. Por lo tanto, dicho acto queda comprendido dentro de la excepción prevista en la fracción II del artículo 22 de la ley de Amparo, la cual permite el ejercicio de la acción constitucional sin limitación temporal alguna, cuando se trate de actos que lesionen, ataquen o transgredan valores fundamentales del ser humano como son la vida, la libertad, o la integridad personal, toda vez que la expresión ataque a la que alude la fracción en comento, no debe entenderse limitada a una privación total de la libertad, sino a una afectación de la misma, en función, precisamente, del alto valor que se protege y cuya defensa mediante el juicio de garantías no debe quedar sujeta a requisitos de temporalidad".⁸⁷

***LIBERTAD PROVISIONAL. REVOCACIÓN DE LA EN LOS CASOS DE GRAVE INCUMPLIMIENTO O DESACATO A UNA ORDEN DEL JUEZ, NO ES INDISPENSABLE OÍR PREVIAMENTE AL PROCESADO PARA DECRETAR LA REVOCACIÓN DE LA** - Una vez ejercitado, el derecho a la obtención de la libertad provisional, previsto en la fracción I del artículo 20 de la ley fundamental, se convierte en un beneficio cuya permanencia o vigilancia está regulada por la ley adjetiva, dependiendo fundamentalmente de la conducta que observe el procesado, vinculada al proceso. Dados los fines de celeridad y continuidad (que se traducen en la satisfacción del ideal de pronta y eficaz impartición de justicia), que la sociedad, el Estado y el propio inculpado persiguen en el proceso, el legislador ordinario ha

⁸⁷ Semanario Judicial de la Federación. Jurisprudencia número 11/97. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal en sesión del 19 de febrero 1997. p. 269

establecido, causas de revocación del beneficio, entre las cuales, figura el incumplimiento por parte del procesado a una orden legítima del juez que le ha sido legal y oportunamente notificada. Pero no cualquier incumplimiento puede originar la revocación de la libertad provisional, sino sólo aquellos casos que sean de tal manera graves que lleven al juez a la convicción de que el procesado intenta evadir la acción de la justicia, sustrayéndose a la autoridad del órgano jurisdiccional; u otros que, por su frecuencia y reiteración, afecten severamente la marcha normal del proceso, retardándolo. Como ejemplo del primero, puede citarse el caso del procesado que no acude al juzgado a firmar el libro de control de reos en libertad provisional durante un lapso prolongado sin que el juez tenga noticias de su paradero, o del fiador que es requerido para la presentación del procesado dentro del plazo que para ello se le concede e informa al juez que no obstante haber tratado de localizarlo en reiteradas ocasiones y de haberle dejado recados, no tuvo éxito. Para ilustrar el segundo, sirve el caso del procesado que acude a firmar el mencionado libro, pero que con frecuencia incumple otros mandatos legítimos del juez sin intentar justificar su proceder; por ejemplo, no acude a los careos legalmente decretados. Únicamente causas de esta naturaleza darían lugar a la revocación del beneficio sin audiencia previa del procesado, bastando para fundar y motivar el proveído respectivo que obrará constancia fehaciente en el expediente de los hechos que se estimaron graves y que dieron origen a tal determinación, satisfaciéndose con ello la garantía de legalidad establecida por el artículo 16 de la Constitución General de la República".⁸⁶

"REAPREHENSIÓN - Cuando la orden de aprehensión se funde en que una persona que está en libertad bajo protesta se ausente de la población sin el debido permiso del juez, éste puede decretar una orden de aprehensión en contra de esa persona sin necesidad de fundarla en los requisitos del artículo 16 constitucional, toda vez que dicha persona ya está sujeta a un auto de formal prisión, por los mismos hechos".⁸⁹

⁸⁶ Semanario Judicial de la Federación, jurisprudencia por contradicción de tesis, número 2/93, así lo resolvió por unanimidad de votos la primera sala penal, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

*REAPREHENSIÓN.- Cuando un reo se ha evadido de la cárcel en que se encuentra, el juez debe mandarlo aprehender de nuevo, y en ese caso la orden de aprehensión no significa el ejercicio de la acción penal, por lo cual puede hacerlo sin la petición del ministerio público, ya que solamente se trata de procurar que el reo continúe en la situación jurídica ya existente antes de la evasión".⁹⁰

⁹⁰ Apéndice 1917-1988. Segunda parte, pág. 1981.

CAPITULO CUARTO

DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE LAS FIGURAS CONSTITUCIONALES DENOMINADAS RETENCIÓN Y APREHENSIÓN

I. PROCEDENCIA DE LA RETENCIÓN Y DE LA APREHENSIÓN

La libertad personal constituye un derecho que es inherente al hombre ya que emana de su propia naturaleza reconocido por la ley es elevado al rango de garantía constitucional; y sólo puede ser restringido y suspendido, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, previstas en la propia Carta Magna.

Para proteger ese y otros derechos, el párrafo segundo del artículo 14 constitucional dispone que "nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho"

Esta disposición contiene la llamada garantía de audiencia, la cual consiste en el derecho que tiene el gobernado de ser oído en juicio, previo a la emisión del acto de autoridad, que tenga como finalidad, ya sea, privar de la vida, la libertad, las propiedades posesiones o derechos, en dicho juicio deben cumplirse las formalidades esenciales del procedimiento que establece la ley expedida con anterioridad al hecho de que se trate, siendo indispensable que se le permita al gobernado rendir pruebas en defensa de sus intereses.

El párrafo primero del artículo 16 constitucional, establece la prohibición absoluta de ocasionar molestias a las personas, a sus familias, domicilio papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de

autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los actos de molestia que se le pueden ocasionar en su persona al gobernado, están aquellos que restrinjan o perturban su libertad personal.

La regla general para que el gobernado pueda ser privado de su libertad personal, consiste en que debe existir orden de aprehensión librada por autoridad judicial competente, precedida de denuncia o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Las excepciones a esta regla general son: en los casos de delito flagrante en los que cualquier persona puede detener al indiciado, debiéndolo poner sin de mora, a disposición de la autoridad inmediata y ésta con la misma prontitud; a la del Ministerio público; y tratándose de casos urgentes, en que el Ministerio Público esta facultado para ordenar su detención, siempre y 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 para solicitar el libramiento de la orden de aprehensión, ya sea por razón de la hora, el lugar o cualquier otra circunstancia.

Para que proceda la orden de aprehensión, además de las garantías de seguridad jurídica que se exigen para todo acto de autoridad que implique molestia a los gobernados, como son de competencia constitucional, de legalidad, que gira en torno a la fundamentación y motivación; y de mandamiento escrito que operan para los diversos tipos de actos de autoridad, incluyendo en particular a la orden de aprehensión, existen diversas garantías específicas de seguridad jurídica para el libramiento de dicha orden las cuales son:

- a) Que la orden de aprehensión emane de autoridad judicial;
- b) Que preceda denuncia o querrela;
- c) Que se trate de un hecho que la ley señale como delito;
- d) Que dicho delito este sancionado cuando menos con pena privativa de libertad, y

e) Que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

A continuación se analizarán los requisitos de procedibilidad de las figuras constitucionales denominadas retención y aprehensión en cuanto a los aspectos generales comunes que operan para las dos y en cuanto a los requisitos propios de cada una.

1. Autoridades que ordenan la aprehensión y la retención.

A) Aspectos generales comunes sobre la competencia de las autoridades a ambas figuras.

El principio de legalidad previsto en el artículo 16 Constitucional primer párrafo consiste en lo siguiente *"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"*

Las autoridades, sean locales o federales, deben ceñir su actividad únicamente a las facultades concedidas por las leyes, siempre que estas no violen el Pacto federal y la propia constitución. Las formalidades que debe reunir todo acto de autoridad son: debe consagrarse por escrito, debe ser dictada por una autoridad competente, debe ser fundada y motivada. El acto de autoridad constitucional produce efectos jurídicos cuando se establece por escrito, esto es una forma de materialización de las facultades del poder público consagradas en la ley. Todo acto de autoridad debe ser firmado por el titular del órgano que lo dicte; y la firma tendrá que ser auténtica. Si el acto de autoridad consta por escrito y no está firmado por el titular del órgano del Estado, carece de validez constitucional por adolecer de autenticidad y su contenido no obliga a los particulares.

El acto de autoridad establecido por escrito, permite al gobernado probar la existencia de ese acto, ello significa certeza jurídica, pues a través del documento podrá acreditar sus términos sin que puedan variar sus dictados, estando consiente de los alcances de derechos y obligaciones que se materializan al aplicar la ley, lo que le brinda la oportunidad de defensa a través de los medios de impugnación previstos en la ley.

Además del requisito de mandamiento escrito, el acto de autoridad debe ser dictado por el órgano público competente.

La competencia es la facultad que la ley brinda al poder público para satisfacer las necesidades sociales para la que fue creada. La figura de la competencia puede estudiarse desde dos aspectos: uno con fundamento en la legitimidad del nombramiento del servidor público que representa al órgano del estado, examinándose a si la validez de los actos que dicta a nombre de la institución; y otro, con base en los actos de autoridad, analizando si se hace una correcta aplicación de la ley en concordancia con su ámbito de validez.

La competencia con fundamento en la legitimidad del nombramiento del servidor público que representa al órgano del estado es denominada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como incompetencia de origen; consiste en el examen de la legitimidad de quién ocupa el cargo público y dicta los actos de autoridad que afectan la esfera jurídica de los gobernados.

INCOMPETENCIA DE ORIGEN La Corte ha sostenido el criterio de que la autoridad judicial no debe intervenir para resolver cuestiones políticas, que incumben constitucionalmente a otros poderes; en el amparo no debe juzgarse sobre la ilegalidad de la autoridad, sino simplemente sobre su competencia; pues si se declara que una autoridad señalada como responsable, propiamente no era autoridad, el amparo resultaría notoriamente improcedente. Sostener que el artículo 16 de la constitución prejuzga la cuestión de legitimidad de las autoridades, llevaría a atacar la soberanía de los estados, sin fundamento constitucional y por medio de decisiones de un poder que, como el judicial carece de facultades para ello, convirtiéndose en árbitro de la existencia de Poderes que deben ser independientes de él.⁹¹

El particular que sin legitimidad represente a una institución pública, tendrá responsabilidad política y responsabilidad penal; en el primer caso, estaría defraudando la confianza del pueblo como titular de la soberanía; y, en segundo caso estaría realizando la conducta tipificada como el delito de ejercicio indebido de servicio público.

⁹¹ Tesis visible en el Apéndice 1917-1965, sexta parte, jurisprudencia común al pleno y a las Salas, tesis 113, p. 217

Respecto a al tema nos comente el penalista Mancilla Ovando: "Al ciudadano de la República no le causa ningún agravio la incompetencia de origen; sus derechos y obligaciones son las que se establecen y emanan de la ley, de tal forma que el acto de autoridad que aplica la norma jurídica sólo lo materializa. De ahí que resulte intrascendente quien dista el acto; lo que va a afectar la esfera jurídica del particular es la ley en su aplicación de donde la competencia se va a revisar a al luz del principio de legalidad y con base en los ámbitos de validez de la norma jurídica".⁹²

La competencia con base en los actos de autoridad es denominada por la suprema Corte de justicia de la Nación como competencia constitucional y consiste en el acatamiento del principio de legalidad.

La competencia como requisito formal de validez constitucional de los actos de autoridad es realizar la función pública en los términos que manda la ley. El examen de esta competencia se hace a al luz de los ámbitos de validez de la disposición legal por razón del territorio, por razón de la vigencia, por razón de la materia y fuero, y por razón de la calidad jurídica de las personas a quien se aplica la ley.

Las formalidades que ordena la constitución para que los actos de autoridad tengan validez y licitud, como medios que brindan certeza jurídica al ciudadano son la fundamentación y la motivación de dichos actos

La motivación consiste en la expresión ajustada a situaciones verdaderas, de las causas o razones y circunstancias por virtud de las cuales se considere actualizada la hipótesis atendida en la norma jurídica que puede servir de fundamentación al acto de molestia y la fundamentación consiste a su vez, en que se cite en el mandamiento de la autoridad la norma o normas a las que se les esta dando aplicación con dicho acto

Sobre el tema la suprema Corte de justicia de la Nación ha determinado lo siguiente

MOTIVACION, CONCEPTO DE LA.- la motivación exigida por el artículo 16 constitucional consiste en el razonamiento, contenido en el texto mismo del acto autoritario de molestia, según el cual, quien lo emitió llevo a al conclusión de que el acto concreto al cual se dirige se ajusta exactamente a las prevenciones de determinados preceptos legales Es decir, motivar un

⁹² Ovando Mancilla, Jorge Alberto Ob Cit

acto es externar las consideraciones relativas a las circunstancias de hecho que formuló la autoridad para establecer la adecuación del caso concreto a la hipótesis legal.⁹³

FUNDAMENTACIÓN Y ACTOS DE AUTORIDAD.- Cuando el artículo 16 de nuestra ley suprema previene que nadie puede ser molestado en su persona, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, está exigiendo a las autoridades, no que simplemente se apeguen, según su criterio personal íntimo a una ley, sin que se conozca de que ley se trata y los preceptos de ella que sirvan de apoyo al mandamiento relativo de las propias autoridades, pues esto ni remotamente constituiría garantía para el particular; por lo contrario, lo que dicho artículo les está exigiendo es que citen la ley y los preceptos de ella en que se apoyen, ya que se trata de que justifiquen legalmente sus proveídos haciendo ver que no son arbitrarios. Forma de justificación tanto mas necesaria, cuanto que, dentro de nuestro régimen constitucional, las autoridades no tienen más facultades que las que expresamente les atribuye la ley.⁹⁴

B) La autoridad que ordena la aprehensión.

La autoridad que emite la orden de aprehensión es únicamente la autoridad judicial a petición del Ministerio público. El artículo 1º de la Ley Orgánica del poder Judicial de la Federación, se ejerce por la Suprema Corte de justicia de la Nación, el Tribunal Electoral, los Tribunales Colegiados de circuito, los Tribunales Unitarios de Circuito, los Juzgados de Distrito, el Consejo de la Judicatura Federal, el Jurado Federal de Ciudadanos y los Tribunales de Estados y del Distrito Federal.

Son aplicables al tema, sobre que autoridad dicta la orden de aprehensión las siguientes tesis jurisprudenciales

ORDEN DE APREHENSIÓN, AUTORIDAD COMPETENTE PARA DICTARLA.- El alcance del concepto "autoridad competente", que emplea el artículo 16 de la Constitución Federal, se refiere a la autoridad a la que debe ser consignado el responsable, una vez aprehendido, y en consecuencia, a

⁹³ Jurisprudencia visible en el informe de 1981 Segunda Sala, tesis, p. 9 Suprema Corte de Justicia de la Nación

⁹⁴ Jurisprudencia 904, Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, p. 1488

la competencia también para decretar el auto motivado de prisión o de libertad en sus respectivos casos.⁹⁵

ORDEN DE APREHENSIÓN, FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LA.- La fundamentación y motivación de una orden de aprehensión no se satisface con la relación de las diligencias indagatorias, sino con el análisis de dichos elementos y la expresión de las razones en que se apoyen, para concluir que se reunieron los preceptos del artículo 16 constitucional; y si esto no se hizo, la orden de captura es violatoria de las garantías contenidas en dicho precepto.⁹⁶

ORDEN DE APREHENSIÓN, DEBE PROVENIR DE AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE.- El artículo 16, segundo párrafo constitucional, establece respecto a la orden de aprehensión, entre otros requisitos, que debe ser emitida por autoridad judicial; a su vez, el primer párrafo del citado precepto constitucional, garantiza la protección de la persona, al exigir que todo acto que implique una afectación a ésta, debe provenir de autoridad competente, es decir, aquella que está facultada legalmente para emitir el acto de que se trate. Por ello, si la orden de aprehensión es un acto que afecta a la persona, pues tiene por efecto restringir de manera provisional su libertad personal o ambulatoria, con el objeto de sujetarla a un proceso penal, el juzgador que la emita, también debe ser legalmente competente para conocer el proceso penal que en su caso llegare a instruirse por el o por los delitos por los que la libra, atendándose desde luego, a los criterios para fijar la competencia, esto es, por territorio, materia, cuantía o conexidad.⁹⁷

⁹⁵ T. XLIII, p. 750, Amparo Penal en Revisión, 1958/33, Trejo Anguiano Moises, 8 de febrero de 1935, unanimidad de 5 votos

⁹⁶ Amparo en revisión 18/88 - Homero Ramirez Acosta - 11 de marzo de 1988 - Unanimidad de votos - Ponente Moises Duarte - Octava Epoca Tomo I, p. 446

⁹⁷ Contradecion de Tesis 6/98 - Entre el Cuarto Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito - 7 de abril de 1999 - 5 votos

C) Autoridad que decreta la retención o detención del inculpado.

El ministerio público decretará la retención del inculpado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merezca pena privativa de libertad cuando se trate de delito flagrante; o en su caso ordenará la detención en caso urgente, si el individuo no se encuentra en presencia del ministerio Público las demás detenciones serán ejecutadas por la Policía judicial mismo que deberá poner al detenido sin dilación alguna a disposición de Ministerio Público. Esto se desprende de la legislación ordinaria del Distrito federal de la materia.

Si una persona estuvo privada de su libertad y no fue puesta inmediatamente a disposición de la autoridad correspondiente (Ministerio Público), se presumirá que estuvo ilegalmente detenida y que las actuaciones encaminadas a la investigación del delito correspondiente carecerán de todo valor probatorio, y si el ministerio público legitima una situación como ésta, estará actuando fuera de la ley y sus actos serán violatorios de garantías. Además, existe la responsabilidad penal para el servidor público que soslaye esa situación.

Si estuviéramos en presencia de la detención de algún individuo por parte de cualquier persona por existir la figura de flagrancia en la comisión del delito, para entregarlo a las autoridades competentes, ocurriría el caso de que el ministerio público tomará conocimiento de los hechos delictivos con el sujeto o grupo de sujetos detenidos. En esta hipótesis, tendrá que revisar los hechos y circunstancias de la detención para poder pronunciarse sobre la constitucionalidad de la misma. Si la detención es legal, procederá a la retención del sujeto hasta por 48 horas o bien 96, en caso de que se argumente delincuencia organizada. Si no se justifica el concepto de la flagrancia en la detención del individuo el ministerio público tendrá que ponerlo en libertad, sin perjuicio de continuar con la integración de la indagatoria y eventualmente solicitar el arraigo judicial.

Tratándose de casos urgentes, el Ministerio Público está facultado para ordenar la detención del inculpado, siempre y 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 para solicitar el libramiento de la orden de aprehensión, ya sea por razón de la hora, el lugar o cualquier otra circunstancia.

2. La garantía de precedencia de denuncia o querrela.

A) Aspectos generales comunes respecto de la denuncia o querrela.

La precedencia de denuncia o querrela que se exige para el libramiento de la orden de aprehensión, implica la intervención del Ministerio Público y de la policía judicial como auxiliar de aquél, quienes están facultados para la investigación y persecución de los delitos, cuyo desarrollo se verifica en la etapa de la averiguación previa.

La denuncia, es la noticia que de palabra o por escrito se da al Ministerio Público por cualquier persona de la posible comisión de un delito perseguible de oficio.

La comunicación o noticia es la simple manifestación de hechos en que han incurrido los posibles indiciados, considerados por el denunciante como delictuosas, no entrañando tal manifestación el hecho de que se consigne a una autoridad judicial al autor de esos actos, pero sí siendo la obligación del ministerio público, iniciar la investigación.

La denuncia, acorde con nuestra legislación penal, es un acto potestativo del sujeto, considero que es un error afirmar que la denuncia es obligatoria para toda persona y que el omitirla hace incurrir en delito, ya que si el legislador hubiera querido revestir a la denuncia de un carácter de obligatoriedad, lo hubiera especificado en la ley como un hecho constitutivo de delito, sancionando con pena al que omitiere hacerla

Respecto a ala querrela la mayoría de los autores coinciden en la siguiente definición. La querrela es la manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o por el ofendido de un delito, con el fin de que el Ministerio público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal⁹⁸

⁹⁸ Osorio y Nieto, Cesar Augusto La Averiguación Previa. Pormu, Mexico, 1994, p. 444

Las personas autorizadas para formular querrela, son el sujeto pasivo, el ofendido o el legitimado para ello. El sujeto pasivo es la persona que reciente directamente la conducta del activo, mientras que el ofendido no necesariamente es quien reciente directamente la conducta delictiva, pero que sí puede resultar afectado. El legitimado para formular querrela ante el ministerio público, es la persona que mediante mandato se le autoriza para hacerlo.

B) La denuncia o querrela requisitos de la orden de aprehensión.

Es pertinente comentar que los anteriores requisitos de procedibilidad, eran la denuncia, querrela o acusación, ahora sólo se exigen a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 8 de marzo de 1999 a la constitución, con el cual se suprimió el requisito conocido como acusación. Es aplicable al tema la siguiente tesis jurisprudencial:

DENUNCIA O QUERRELA, ORDEN DE APREHENSIÓN SIN, Y DETENCIÓN SIN ORDEN JUDICIAL.- Si el concepto de violación esgrimido se hace consistir en que en el proceso no existe denuncia o querrela contra el acusado, debe decirse que si ese constituye un requisito para librar orden de aprehensión o detención, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no está en posibilidad de ocuparse de dicha violación, ya que legalmente sólo le es permitido conocer de violaciones contra las leyes que regulan el procedimiento, entre las cuales no se encuentra aquélla, o de violaciones de garantías cometidas en la sentencia reclamada. Lo mismo debe afirmarse respecto a la detención sin orden de autoridad judicial, pues esto último debió ser reclamado en su oportunidad, por la vía de amparo indirecto, por la razón que ya se ha expuesto.⁹²

C) Denuncia o querrela respecto a la retención practicada por el Ministerio Público

Comenzaremos por el estudio de los requisitos de procedibilidad para la retención en cosos de flagrante delito respecto al inculcado que es puesto

⁹² Criterio 001635 ESCJN, Sala Penal, Séptima Época Fuente Penal Sección. Num. Tesis. Apéndice. p. 23. Vol. tomo 83, Época 7ª

a disposición del Ministerio público y después veremos los casos de urgencia.

El decreto de la formal retención por parte del Ministerio público debe de cumplir con el requisito indispensable de la denuncia o querrela antes de la reforma de marzo de 1999 a la Constitución se contemplaba la acusación como requisito de procedibilidad, el autor César Augusto Osorio y Nieto nos da una definición, de lo que debe entenderse por acusación, siendo ésta la siguiente: "Es la imputación directa que se hace a una persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio o a petición de la víctima u ofendido".¹⁰⁰

De la definición anterior encontramos que el elemento constitutivo de la acusación es la imputación directa a una persona determinada, es decir, señalar que alguien realizó la acción u omisión de un hecho que se presume delito castigado por las leyes penales.

Vemos que la imputación directa opera en los casos de delito flagrante ya que el código federal de procedimientos Penales establece en su artículo 193, fracción III lo siguiente: "Se entiende que existe flagrancia cuando: el inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quién hubiere participado con él en la comisión de delito..."

No debe considerarse que por no estar prevista la acusación como requisito de procedibilidad en la Constitución, entonces lo dispuesto en el artículo anterior sea inconstitucional, es simplemente que la acusación entra dentro del concepto genérico de denuncia, es decir la acusación es un caso particular de la denuncia

Al respecto, considero que dicha imputación debe estar apoyada por otros datos, que hagan presumible el dicho de quien acusa para que se pueda equiparar a la flagrancia. En el Código Federal de procedimientos Penales, lo que debe entenderse respecto a que dicha imputación este apoyada por otros datos que concuerden con lo dicho por el acusador, en realidad sólo son otros supuestos considerados en forma aislada, los cuales al presentarse se equiparan a la flagrancia.

¹⁰⁰ Osorio y Nieto, César Augusto. La averiguación previa Op Cit P 7

Continuando con el numeral mencionado, establece, los otros dos supuestos independientes uno del otro que se equiparan a la flagrancia. "o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito:..."

Respecto de la querrela, puede suceder que un delito que se persiga a petición de parte se este cometiendo y que la víctima haga del conocimiento de la policía judicial o preventiva dicho hecho, entonces, estas autoridades lo pone inmediatamente a disposición del Ministerio Público cumpliéndose así el derecho que tiene el ofendido a fin de que el ministerio público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio e inicie la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal.

En los supuestos de flagrancia equiparada no cabe duda de que al establecer el legislador como una de las condiciones que se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito, y no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos (en el caso del Distrito Federal y de y de cuarenta y ocho horas respecto al ordenamiento Federal); y dado que dicha averiguación previa sólo se inicia con la demanda o querrela, entonces dichas figuras constituyen requisitos de procedibilidad de la retención aun detenido en el supuesto de flagrancia equiparada

En lo que corresponde a los casos urgentes en los que la representación social no pueda ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar la respectiva orden de aprehensión, se da por hecho que dicha autoridad tiene integrada la averiguación previa del inculpaado, la cual tiene como requisitos de procedibilidad la propia denuncia o querrela de un hecho considerado como delito

3. La precedencia de un hecho que la ley señale como delito.

Nos limitaremos a señalar que el delito es una conducta típica antijurídica y culpable, que tiene que estar previsto como tal en la ley penal.

A) Respetto a la orden de aprehensión

La característica del delito en lo que se refiere a la orden de aprehensión es que debe estar sancionado cuando menos con pena privativa de libertad.

Se prohíbe que un inculpado sea sometido a prisión preventiva cuando el delito que se le imputa merezca una pena alternativa, es decir de prisión o multa, ya que la orden de aprehensión tiene como finalidad ponerlo a disposición del juez y en su caso someterlo a prisión preventiva. Al respecto la Suprema Corte afirma: "Si el delito que se impute al indiciado, lo castiga la ley con pena alternativa, pecuniaria o corporal, la orden de aprehensión que se libre es violatoria del artículo 16 constitucional".¹⁰¹

Es oportuno señalar que antes de las reformas constitucionales del 3 de septiembre de 1993, no se exigía una precisa clasificación del delito para dictar la orden de aprehensión, sino sólo para fundar el auto de formal prisión o la sentencia definitiva. Con las citadas reformas se exigía una precisa clasificación del delito, en el que deberían incluirse las modalidades del mismo, e inclusive también esto debía hacerse desde el ejercicio de la acción penal. Con la puesta en vigor, tanto de la reforma constitucional como de la legislación penal secundaria de 1999, no se requiere el acreditamiento de esas referencias específicas del tipo penal, ni realizar una precisa clasificación del delito, puesto que es suficiente que se demuestren el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, lo cual se traduce en menores exigencias para la autoridad, también en menor seguridad y certeza jurídica para el gobernado.

B) Respetto a la detención y retención decretadas por el Ministerio Público.

Nuevamente, primero analizaremos los casos de flagrancia y después los de urgencia

Respetto a la flagrancia propiamente dicha o flagrancia estricta, la detención que puede realizar cualquier persona a otra en el supuesto de que esta última haya cometido un hecho presumiblemente delictivo es que esta

sujeta a que al sujeto activo del delito se le sorprenda en lo que se conoce doctrinalmente como "actualidad del delito", es decir se le sorprenda en las fases consumativas o ejecutivas del injusto penal. Respecto a las faces del delito, el Doctor Fernando Castellanos nos enseña que:

El delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que apunta como idea o tentación en la mente, hasta su terminación, a este proceso se le llama *Iter Criminis*, es decir camino del crimen.

Las fases del *Iter Criminis* son la interna y la externa. A la trayectoria desplazada por el delito desde su iniciación hasta que está a punto de exteriorizarse se le llama fase interna. Con la manifestación principia la fase externa, la cual termina con la consumación.¹⁰²

La fase interna abarca tres etapas o períodos: la idea criminosa o ideación, deliberación y resolución.

La fase externa comprende desde el instante en que el delito se hace manifiesto y termina con la consumación, comprende: la manifestación, preparación y ejecución del delito.

En la manifestación la idea criminosa aflora al exterior, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado.

La preparación comprende los actos preparatorios que se producen después de la manifestación y antes de la ejecución, son actividades por si mismas insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de Ejecución. El momento pleno de ejecución del delito, puede ofrecer dos diversos aspectos: tentativa y consumación. Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal. Respecto a la tentativa el artículo 12 del Código Penal Federal establece: "Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente

¹⁰¹ Tesis de jurisprudencia definida numero 211, apéndice 1917-1975. Segunda Parte. Primera Sala, pág. 441

¹⁰² Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal Trigesimatercera edición. Editorial Porrua Mexico, 1993 pp. 283 a 287

A nosotros nos interesa la fase ejecutiva o consumativa del injusto penal, es decir la actualidad del delito en los casos de flagrancia estricta.

Al ser puesta a disposición del Ministerio Público una persona detenida en delito flagrante, éste debe resolver sobre la situación jurídica del detenido, es decir debe decretar la retención del detenido si el hecho que se le imputa constituye un delito sancionado cuando menos con pena privativa de libertad. Aquí encontramos que el propósito de la retención es el mismo que el de la aprehensión mediante orden judicial, que es el de poner al inculcado a disposición del juez, para que éste en su caso pueda someterlo a prisión preventiva mediante un auto de formal prisión y como sólo hay lugar a prisión preventiva por delito que merezca pena corporal, el artículo 16 constitucional señala que dicho delito este sancionado cuando menos con pena privativa de libertad.

En los caso de flagrancia equiparada el hecho delictivo que se le impute al inculcado, además de ser sancionado con pena privativa de libertad, debe tratarse de un delito grave así calificado por la ley, es decir en estos casos se exigen mayores requisitos en cuanto al delito de que se trate respecto a la orden de aprehensión y al decreto de formal detención en casos de la flagrancia propiamente dicha.

Tratándose de casos urgentes, el Ministerio Público está facultado para ordenar la detención del inculcado, siempre y cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el nesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse ala acción de la justicia, y siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar el libramiento de la orden de aprehensión, ya sea por razón de la hora, el lugar o cualquier otra circunstancia, esto se deriva del párrafo quinto del artículo 16 constitucional.

La precedencia de que el hecho delictivo deba tratarse de delito grave en los casos urgentes para ordenar la detención del inculcado ha motivado a los legisladores ordinarios ha establecer cuales son los delitos considerados como graves. El Código Federal de procedimientos penales, en su artículo 194 enuncia los delitos considerados como graves por afectar de manera importante los valores fundamentales de la sociedad, del mismo modo el código penal del Estado de México en su artículo 9 enuncia los delitos considerados como graves; en tanto que el Código de Procedimientos penales para el Distrito federal, no enuncia de manera directa dichos delitos,

sino que considera como tales a los sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años, el término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos, esto se desprende de su artículo 268.

4. Sobre la existencia de datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

A) Consideraciones generales sobre cuerpo del delito.

Esta garantía, antes de la reforma constitucional de 1999, era una de las que más otorgaba seguridad y certeza jurídica a favor de los gobernados, la integración de la averiguación previa implicaba un trabajo sumamente técnico, que culminaba con una resolución del Ministerio Público, a través de la cual, se tenían que acreditar los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

Con la actual reforma se retoma la noción de cuerpo del delito, a continuación estudiaremos algunas definiciones sobre este concepto.

El reconocido penalista Mariano Jiménez Huerta distinguía como la expresión de cuerpo del delito ha sido empleada en tres sentidos distintos, unas veces, como el hecho objetivo insito en cada delito, esto es, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción; en otras ocasiones se le ha estimado como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración, por ejemplo, un cadáver, un edificio dañado, y finalmente, una tercera acepción, como cualquier huella o vestigio de naturaleza real que se conserve respecto de la acción material realizada (un puñal, una joya)

En el derecho mexicano la expresión cuerpo del delito se empleó en el primero de los sentidos enunciados, es decir, como el conjunto de elementos materiales que integran cada especie delictiva que describe el código punitivo, como la acción punible abstracta y objetivamente descrita con unidad de sentido en cada infracción

Lo anterior se demuestra con la siguiente tesis de jurisprudencia

CUERPO DEL DELITO CONCEPTO DE.- Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.¹⁰³

En nuestro país, en materia penal rige el principio de legalidad bajo la llamada plenitud hermética, de donde se sigue que en dicha materia, contrariamente al derecho civil o común, no cabe la analogía, mayoría de razón o, la llamada actividad de suplencia de lagunas, es decir que la legalidad en materia penal hace que la jurisprudencia sólo pueda ser a ese respecto una estricta tarea interpretativa de la ley existente y de ningún modo podrá concebirse como fuente creadora de dicha ley.

En este punto es necesario hacer un análisis sobre la tipicidad como elemento indispensable del delito.

La tipicidad ha sido, desde el comienzo de los regímenes de derecho, el fundamento del hecho punible. Las legislaciones de los países modernos proclaman este principio cuyo equivalente en el derecho punitivo es *nullum crimen sine lege*. Zaffaroni considera que el tipo es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta, es la característica de adecuada al tipo que tiene la conducta de un sujeto

El mismo autor denomina con la voz de "juicio de tipicidad" a la faena mental realizada por el juez al comprobar la tipicidad comparando la conducta particular y concreta con la individualización típica, para ver si se adecua o no a la misma.¹⁰⁴

El análisis de los llamados elementos del tipo, representa una problemática de considerable dificultad, ya que, el contenido del tipo penal dependerá, en cuanto a su estructura o forma de composición, de las diversas concepciones teóricas que respecto de él se hagan. a lo largo de su historia evolutiva han surgido distintas concepciones, abordaremos el tema atendiendo a las posturas de las distintas escuelas o teorías consideradas como tradicionales, a las conocidas como causalista y finalista

En términos generales los elementos del tipo penal suelen clasificarse en: objetivos, normativos y subjetivos Para su análisis seguiremos la

¹⁰³ Jurisprudencia número 93, publicada en la p. 201 del apéndice 1917-1975, Primera Sala

¹⁰⁴ Zaffaroni, Eugenio Raul. Manual de Derecho Penal. Parte General. 2ª reimpression Cardenas Editor y Dist. Mexico. 1994. p. 393

exposición del doctor Márquez Piñero, quien sintetiza las consideraciones de Jiménez de Asúa al referirse a la concepción causalista.¹⁰⁵

Elementos descriptivos, de mera descripción objetiva u objetivos.

Para quienes han sostenido la llamada concepción causalista del delito, el tipo penal se conforma esencialmente con elementos objetivos o descriptivos. La ley al definir los delitos, al establecer los tipos legales, suele limitarse a dar una descripción objetiva escueta o detallada. La pura descripción objetiva tiene como núcleo la determinación del tipo por el ejemplo de un verbo principal: matar, apoderarse, apropiarse, sustraer. Pero junto a ese núcleo, aparecen referencias al sujeto activo o pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar o la ocasión, y a los medios.

Son esta clase de referencias al sujeto, objeto, ocasión o realización del hecho, las que constituyen los llamados elementos objetivos del tipo, en principio sin estos componentes los que primordialmente constituyen la función del tipo penal bajo la perspectiva causalista.

Elementos normativos.

Dentro de la propia apreciación causalista, se admitió también la presencia de los llamados elementos normativos, los cuales se distinguen de las referencias del acto, son partes esenciales que con el movimiento corporal no están en relación de causalidad. Por ejemplo, que la cosa sustraída sea ajena no está causado por el ladrón, la difusión del hecho falso es la obra del difamador, no la falsedad de los hechos, tales elementos son determinables de conformidad con una calificación que se desprende de normas técnicas, morales o jurídicas. Reciben el nombre de normativos por implicar una valoración de ellas por el aplicador de la ley.

Elementos subjetivos

Aunque fueron admitidos como elementos del tipo por los causalistas, siempre se hizo sin llegar aceptar que entre ellos estuviera el dolo o la culpa. La teoría de los elementos subjetivos del injusto nos ha demostrado qué este depende en muchos casos de características subjetivas, es decir, situadas en el alma del autor, , son referencias a la conciencia o estado de conciencia

¹⁰⁵ Márquez Piñero Rafael. El tipo penal. algunas consideraciones en torno al mismo. UNAM, México. 1992. p 246

del autor, pero completamente distintos al dolo o culpa. Como dichos elementos se refieren al injusto típico, forman parte del tipo como elementos subjetivos del mismo.

Las diferencias específicas entre el dolo y lo que se admite como elementos subjetivos del tipo de acuerdo a la concepción causalista son:

En el dolo siempre se requiere un conocimiento sobre la ilicitud de la conducta, en tanto que a los elementos subjetivos, el conocimiento no siempre tiene que ver con la antijuridicidad.

De faltar un elemento subjetivo, la conducta resulta atípica, pero si el que falta es el dolo entonces será típica y antijurídica mas no culpable.

Los componentes típicos considerados desde el punto de vista de la teoría finalista son:

Elementos objetivos, que pueden ser: descriptivos, detectables por los sentidos y, normativos, en los que se requiere de un juicio de valor. Entre ellos se encuentran; la acción de realización, lesión o puesta en peligro del bien jurídico, especiales medios o formas de realización, modalidades de lugar tiempo y ocasión, nexo causal, objeto material, sujetos activos y pasivos (número y calidad).

Elementos subjetivos.

Son el dolo o distintos al dolo *laculpa* y los elementos subjetivos del autor diferentes del dolo, tales como el propósito, intenciones, ánimos.

Concepción del tipo penal para la escuela causalista.

El causalismo no acepta la ubicación del dolo y de la culpa, según el caso, dentro del tipo y, por lo tanto, el contenido de la voluntad se considera escindido de su manifestación externa, de tal suerte que la finalidad sólo trasciende para la comprobación del dolo como parte de la culpabilidad. Dolo que se extiende como conocimiento y voluntad pero dentro de él se exige también el conocimiento de la antijuridicidad, la ausencia del dolo sólo produciría una causa de inculpabilidad.

En la concepción original el tipo es meramente descriptivo (posición clásica), correspondiendo en esencia al inicial significado de *corpus delicti*, y en su culminación se conciben dentro de él los llamados elementos subjetivos del injusto como casos excepcionales distintivos de aquellos

ilícitos calificados como de tendencia interna trascendente (posición neoclásica).

El tipo penal en la teoría finalista

A pesar de las características de generalidad, abstracción e impersonalidad de la ley, debe posibilitarse al ciudadano, el saber que es lo que debe hacer u omitir, y al juez lo que debe castigar, para lograrlo, en la descripción típica debe abarcarse a todos aquellos elementos que fundamenten el contenido del injusto y sentido de la prohibición o prescripción de deberes, incluyendo tanto elementos objetivos, como normativos y subjetivos, dentro de estos últimos considerando, según el caso, el dolo o la culpa, igualmente deben comprenderse también los objetos, circunstancias relevantes de la acción y el grado de realización del hecho injusto.

El legislador no sólo está vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino que debe atender a determinadas estructuras (lógico-objetivas) en la materia de su regulación, como tales estructuras deben estimarse: el concepto ontológico de la conducta humana; la acción entendida como el ejercicio de una actividad finalista; la afirmación de que la conducta es la dirección del curso causal por parte de la voluntad humana.

El dolo y la culpa no deben verse como formas de culpabilidad, sino como elementos de la conducta típica, según el caso, y partiendo de que el dolo es el saber y querer la realización del tipo objetivo, en el que se debe comprender no sólo aquellas consecuencias cuya producción constituía el fin perseguido por el autor, sino además aquellas admitidas como aparejadas a tal realización e, incluso, aquellas sólo consideradas como de posible actualización, pero al final admitidas también.

El dolo conceptualizado por esta teoría no contiene como componente el conocimiento de la antijuridicidad, pues tal conciencia se sigue estimando como elemento de la culpabilidad o presupuesto del correspondiente juicio de reproche, por lo que a ese dolo se le concibe como abstracto, como conciencia del hecho y resolución al hecho (dolo de tipo).

La sistemática finalista produce cambios en relación con la problemática de la culpabilidad. La concepción de la acción como ejercicio de la actividad final humana deriva, lógicamente, en la inclusión del dolo en el

tipo, entendido al dolo como conocimiento y la voluntad de realizar el hecho típico. Se considera al delito culposo como una particular forma de infracción, que deben su existencia a la incapacidad evidente del hombre para prevenir y conformar el porvenir.

En los tipos culposos la reprochabilidad es de las consecuencias no finalistas de acciones finalistas, mientras los tipos de los delitos dolosos se ocupan en las consecuencias de la acción provocadas finalísticamente, los tipos de los delitos culposos regulan el significado penal de las consecuencias no finalistas de la acción finalista. En los delitos culposos se compara la dirección finalista de la acción realizada con la dirección finalista exigida por el derecho, luego, la tipicidad en tal supuesto resulta de la contravención al deber de cuidado correspondiente relativo al caso particular, el cual no está determinada legalmente, por lo que se considera como tipos abiertos o con necesidad de complementación.

Para el finalismo el tipo penal además de ser fundamental a la función de garantía *nullum crimen sine lege*, contiene como elemento subjetivo al dolo o la culpa, según se trate de delito doloso o culposo.¹⁰⁶

Como hemos visto la doctrina nos ofrece innumerables definiciones sobre cuerpo del delito desde diferentes puntos de vista. En la ley encontramos la definición de cuerpo del delito en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales que a la letra 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.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos en el caso de que la descripción típica lo requiera

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a

¹⁰⁶ Luna Castro, José Nieves. El concepto de tipo penal en México. Editorial Porrúa. Primera edición México. 1999. p 21-51

favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley."

B) El cuerpo del delito y la probable responsabilidad en los casos de detención y retención del inculpado.

Continuando con nuestro análisis sobre la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, respecto a está como requisito de procedibilidad de la orden de aprehensión, no cabe duda que debe de existir; pero en relación a la retención que hace el Ministerio público de los inculcados de delitos cometidos en flagrancia es claro que de decretar la retención, el Ministerio público iniciará la averiguación previa correspondiente (en los casos de flagrancia estricta), si aún no lo ha hecho, o continuara con la misma con detenido (en los casos de flagrancia equiparada ya que una de las condiciones para que se de este supuesto es que se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito).

En relación a la retención no podemos hablar la acreditación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad, sino hasta el ejercicio de la acción penal ante la autoridad judicial.

En lo relativo a casos urgentes una de las circunstancias que debe concurrir es la de que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razones de la hora, lugar u otras circunstancias. Se entiende que en estos casos, el Ministerio Público deberá tener comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, ya que el motivo de ocurrir ante la autoridad judicial es a efecto de solicitar la orden de aprehensión correspondiente.

Existen casos excepcionales mediante los cuales el órgano jurisdiccional interviene en la etapa de averiguación previa, es decir se pone en funcionamiento a la autoridad judicial sin que se hay ejercitado la acción penal y por ende sin que se haya acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, como son el arraigo, la orden de cateo o la orden de intervención de medios de comunicación privados.

Para nuestro tema nos interesa la figura del arraigo judicial porque a través de ella se disminuye la libertad corporal del probable responsable; esto es, no se le mantiene detenido en las oficinas del Ministerio Público o de sus auxiliares, sino que el sujeto es trasladado por lo general a su domicilio para que permanezca en él bajo la vigilancia de la autoridad.

La finalidad de esta medida preventiva consiste en evitar que el probable responsable entorpezca las investigaciones de los hechos presumiblemente delictivos o bien, para impedir que el sujeto se sustraiga a la acción de la justicia; de tal manera que el órgano investigador dispondrá de un tiempo razonable (treinta o sesenta días) para la debida integración de la averiguación ministerial, la cual, al ser legalmente determinada, permitirá solicitar una orden de aprehensión en contra del arraigado o bien, el levantamiento del arraigo.

Al término de la integración de la averiguación previa, el representante social estará impedido para trasladar al arraigado nuevamente a sus oficinas, a efecto de ejercitar la acción penal con detenido, deberá solicitar la orden de aprehensión en su contra y la correspondiente orden de cateo para poder complementar la orden de aprehensión, y así poner al presunto responsable a disposición del juez penal respectivo.

II. PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE LA RETENCIÓN ILEGAL Y DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN

La declaración de inconstitucionalidad de un acto o una norma se hace a través del juicio de amparo. En materia penal el juicio de amparo es un sistema de defensa de la Constitución y de las garantías individuales de tipo jurisdiccional, por vía de acción, que se tramita en forma de juicio sumario ante los órganos competentes conforme a la ley y que tiene como materia normas o actos de naturaleza penal de la autoridad, que contravengan la Constitución Federal, que violen las garantías individuales de los gobernados o impliquen una invasión a la soberanía de la Federación en la de los Estados o viceversa, en perjuicio de los propios gobernados y que tiene como efectos la invalidez de los actos reclamados y la restitución del quejoso en el goce de la garantía violada, con efectos retroactivos al momento de la violación.

En este apartado se verán los principios fundamentales del juicio de amparo y sus excepciones en materia penal, así como los actos de autoridades judiciales y no judiciales privativos de libertad y la procedencia del amparo indirecto contra estos actos.

1. Principios fundamentales del juicio de amparo y sus excepciones en materia penal.

El juicio de amparo está regido por reglas generales que lo estructuran, algunas de las cuales sufren excepciones en atención a la naturaleza del acto reclamado, al quejoso y aun a los fines del propio juicio; a estas reglas generales se les denomina principios fundamentales del juicio de amparo y son los siguientes: El de iniciativa o instancia de parte; el de agravio personal y directo; el de relatividad de las sentencias; el de definitividad del acto reclamado y el de estricto derecho. Se expondrá brevemente cada uno de ellos con sus excepciones, sólo en materia penal.

A) Principio de instancia de parte agraviada.

El juicio de Amparo sólo puede promoverse por la parte a quien perjudique el acto o la norma, es decir, no opera de oficio, es necesario que lo promueva alguien para que exista.

Dicho principio está establecido básicamente en los artículo 107, fracción I, de la Constitución Federal y el artículo 4 de la Ley de Amparo, que a la letra dicen

Artículo 107 Constitucional, fracción I: "El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada"

Artículo 4 de la Ley de Amparo: "El juicio de amparo únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique la ley, el tratado internacional, el reglamento o cualquier otro acto que se reclame, pudiendo hacerlo por sí, por su representante, por su defensor si se trata de un acto que corresponda a una causa criminal, por medio d algún pariente o persona extraña en los casos en que ésta ley lo permita expresamente, y sólo podrá seguirse por el agraviado, por su representante legal o por su defensor"

En materia penal existen excepciones a esta regla, como es la promoción del amparo en los casos penales señalados en el artículo 17 de la Ley de Amparo. De esta manera cuando a un gobernado lo detienen ilegalmente, el amparo lo puede pedir en su favor cualquier persona, aun los menores de edad, y el Juez de Distrito tiene la obligación de ordenar la suspensión del acto reclamado provisionalmente en el incidente de suspensión, por lo que hace a la privación ilegal de la libertad y de plano en los demás casos señalados en este precepto; ordenando al actuario localice al detenido a fin de lograr su comparecencia para que ratifique la demanda dentro del término de tres días, a efecto de admitirla y tramitar el juicio. Si no la ratifica se tendrá por no presentada quedando sin efecto las providencias tomadas como lo es la suspensión del acto.

El mencionado artículo 17 de la Ley de Amparo dispone: "Cuando se trate de actos que importen peligro de la privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, deportación o destierro, o alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal, y el agraviado se encuentre imposibilitado para promover el amparo, podrá hacerlo cualquier otra persona en su nombre, aunque sea menor de edad. En este caso, el juez dictará todas las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado..."

Lo anterior se demuestra con la siguiente tesis de jurisprudencia:

PERSONALIDAD EN EL AMPARO. - Si el individuo a quien perjudica el acto, está imposibilitado para promover el juicio de amparo, podrá hacerlo otro, en su nombre, aun cuando sea menor de edad o mujer casada, sin la intervención de sus legítimos representantes, y debe entenderse que esta personalidad subsiste para continuar el juicio de garantía, mientras subsista la imposibilidad del agraviado, para promover. ¹⁰⁷

B) Principio de agravio personal y directo.

Este principio también se desprende del artículo 107 constitucional y el artículo 4 de la ley de Amparo. El agravio es la causación de un perjuicio a los derechos de quejoso, debe entenderse que éste recae en la persona que

¹⁰⁷ Apéndice al Semanario judicial de la Federación 1917-1988 Segunda parte Salas y Tesis Comunes P. 2117

se encuentre afectada por un acto de autoridad. Esta afectación debe ser real, objetiva y actual, no general, abstracta e incierta; además se puede reflejar en la persona o en su patrimonio. En torno a este principio es importante el interés jurídico del promovente.

Lo anterior lo confirma la siguiente tesis jurisprudencial:

INTERES JURIDICO. QUE LO CONSTITUYE PARA EFECTO DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. El Artículo 4 de la Ley de Amparo contempla, para la procedencia del juicio de garantías, que el acto reclamado cause un perjuicio a la persona física o moral que se estime afectada, lo que ocurre cuando este acto lesiona sus intereses jurídicos, en su persona o en su matrimonio y que de manera concomitante es lo que provoca la génesis de la acción constitucional. Así, como la tutela de los derechos sólo comprende a bienes jurídicos reales y objetivos, las afectaciones deben igualmente ser susceptibles de apreciarse en forma objetiva para que puedan constituir un perjuicio, teniendo en cuenta que el interés jurídico debe acreditarse en forma fehaciente y no inferirse en base a presunciones, de modo que en la naturaleza intrínseca de ese acto o ley reclamados es la que determina el perjuicio o afectación en la esfera normativa del particular, sin que pueda hablarse entonces de agravio cuando los daños o perjuicios que una persona pueda sufrir, no afecten real y efectivamente sus bienes legalmente amparados.¹⁰⁶

C) Principio de relatividad de las sentencias de amparo.

El principio de relatividad se encuentra establecido en el artículo 107, fracción II, primer párrafo de la Constitución Federal. " la sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que versa la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare..."

Significa que la sentencia no afecta favorable o desfavorablemente mas que a quienes fueron parte en el juicio y exclusivamente por lo que atañe a su relación con el acto reclamado y sólo con el

La relatividad de la sentencia reviste dos aspectos, uno positivo y otro negativo

Un aspecto positivo, por cuanto la sentencia sólo afectará a las partes en el juicio y al acto reclamado, un aspecto negativo, por cuanto la sentencia en dada afectará; a quienes no hayan sido parte en el juicio de amparo, aún cuando su situación jurídica concreta sea igual a quienes si tuvieron tal carácter, y a las leyes o actos de autoridad no reclamados en el juicio de amparo, aún cuando su naturaleza constitucional sea idéntica a la de los actos que si fueron reclamados.

En una primera etapa, la jurisprudencia sustentó la tesis de que las sentencias dictadas en los juicios de amparo no obligan a las autoridades que no hayan sido parte de ellos, porque no se les ha pedido informes, ni se les ha dado la oportunidad de imponer recurso alguno, actualmente existe la tesis jurisprudencial que, además de atenuar el rigorismo del principio de relatividad, obedece al contenido del principio de congruencia.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE AMPARO. A ELLAS ESTAN OBLIGADAS TODAS LAS AUTORIDADES AUN CUANDO NO HAYAN INTERVENIDO EN EL AMPARO.- Las ejecutorias de amparo deben ser inmediatamente cumplidas por toda autoridad que tenga conocimiento de ellas y que por razón de sus funciones, deba intervenir en su ejecución, pues atenta la parte final del primer párrafo del artículo 107 de la Ley Orgánica de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, no solamente la autoridad que haya figurado con el carácter de responsable en el juicio de garantías está obligado a cumplir la sentencia de amparo, sino cualquiera otra autoridad que, por sus funciones tenga que intervenir en la ejecución de ese fallo.¹⁰⁰

AMPARO, RELATIVIDAD DE LOS EFECTOS DEL . En el juicio de garantías sólo se resuelve lo concerniente a las personas que promueven el amparo, acordemente con el principio de relatividad de este medio de control de legalidad de los actos de autoridades, y por ello, un motivo que beneficie al inculpado, no puede favorecer a otro, si este otro no lo expresa formalmente en el juicio constitucional correspondiente.¹¹⁰

¹⁰⁰ Informe de labores de 1988 Segunda parte Tercera Sala P 155

¹⁰⁹ Semanario Judicial de la Federación Apéndice 1917-1988, Segunda Parte P 126

¹¹⁰ Apéndice del semanario judicial de la Federación 1917-1988 Segunda Parte Septima época Primera Sala, p 13

D) Principio de definitividad.

El principio de definitividad permite la procedencia del juicio de garantías únicamente respecto de los actos definitivos, esto es, que no sean susceptibles de modificación o de invalidación por recurso ordinario alguno, principio establecido en el inciso a) de la fracción III del artículo 107 de la Constitución federal, en relación con las sentencias definitivas y resoluciones que pongan fin al juicio al establecer que el amparo sólo procederá "...Contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, respecto de las cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o reformados, ya que sea que la violación se cometa en ellos, o que cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo el resultado del fallo..."

La ley de amparo reglamenta las disposiciones constitucionales y en el artículo 73 establece que la ley de amparo es improcedente "... Contra las resoluciones judiciales o de tribunales administrativos o del trabajo, respecto de las cuales conceda la ley algún recurso o medio de defensa, dentro del procedimiento, por virtud del cual puedan ser modificadas, revocadas o nulificadas, aun cuando la parte agraviada no los hubiese hecho valer oportunamente...; XIV. Cuando se esté tramitando ante los tribunales ordinarios algún recurso de defensa legal propuesta por el quejoso, que pueda tener por efecto modificar o revocar el acto reclamado...; XV. Contra actos de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo que deban ser revisados de oficio, conforme a las leyes que los rijan o proceda contra ellos algún recurso, juicio o medio de defensa legal por virtud del cual puedan ser modificados, revocados o nulificados. "

No hay obligación de agotar recurso alguno tratándose de materia penal en los siguientes casos

Quando el acto reclamado " importe peligro de privación de la vida, deportación o destierro o cualquiera de los actos prohibidos por el artículo 22 de la constitución (mutilación, infamia, marcas, azotes, palos tormento, multa excesiva, confiscación de bienes y cualquiera otras penas inicitadas y trascendentales). Este excepcional principio de definitividad esta consagrada en el artículo 73, fracción XVIII de la Ley de amparo.

Cuando se reclama un auto de formal prisión tampoco es necesario agotar el recurso de apelación; sin embargo, si el quejoso ha optado por interponer tal recurso tendrá que esperar a que el mismo se resuelva y reclamar entonces en amparo la resolución que él se pronuncie, si le es adversa, a menos que desista de ese recurso.

Tratándose de orden de aprehensión y en actos judiciales a que se refiere el artículo 20 constitucional, como lo es la libertad provisional bajo caución, tampoco opera el principio en cuestión.

E) Principio de estricto derecho.

Este principio consiste en que el juzgador del amparo debe de examinar la constitucionalidad del acto reclamado en base a los argumentos externados en los "conceptos de violación" expresados en la demanda y si se trata del recurso interpuesto, en lo expuesto en los agravios.

El órgano de control constitucional no podrá realizar libremente el examen del acto reclamado en la primera instancia, si es de amparo indirecto, o en única instancia, si es directo, pues debe limitarse a establecer si los citados conceptos de violación y los agravios son o no fundados; el juzgador no está legalmente en aptitud de determinar que el acto reclamado es contrario a la constitución por un razonamiento no expresado en la demanda o que la sentencia o resolución recurrida se aparta de la ley por una consideración no aducida en los agravios respectivos

La excepción a este principio es la suplencia de la queja deficiente. El artículo 107, fracción II, segundo párrafo constitucional establece " En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta constitución.

El artículo 76 bis del ala Ley de amparo establece vanas excepciones al citado principio, atendiendo unas a la naturaleza del acto reclamado y otras a las circunstancias personales del quejoso y del recurrente, en materia penal interesan las señaladas en las fracciones I, II y V.

I. En cualquier materia cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia

II. En materia penal, la suplencia operará aún ante la ausencia de conceptos de violación o de agravios del reo.

V. A favor de los menores de edad o incapaces.

En materia penal, puede suplirse la queja deficiente en tratándose del reo, entendiéndose este término como correlativo de indiciado, inculgado, procesado, acusado, sentenciado, y aun en ausencia de conceptos de violación o de agravios. No se puede suplir la queja deficiente a las demás partes en el juicio de amparo (autoridad responsable, tercero perjudicado o Ministerio público de la Federación).

Lo anterior lo confirman las siguientes tesis jurisprudenciales:

SUPLENCIA DE LA QUEJA EN MATERIA PENAL. ALCANCE DE LA, DE ACUERDO CON LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE LA LEY DE AMPARO PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE 20 DE MAYO DE 1986, QUE ENTRARON EN VIGOR 15 DÍAS DESPUÉS.- Una interpretación sistemática de los artículos 78, párrafo tercero y 149, mismo párrafo, de la ley de Amparo, permite establecer que, si bien es cierto que genéricamente la carga de la prueba de hechos determinantes de la inconstitucionalidad del acto reclamado, corresponde al quejoso.; no menos verdadero resulta que en materia penal, para poder suplir la deficiencia de los conceptos de violación o agravios del inconforme, que de acuerdo con el diverso 76 bis, fracción II de la citada ley, no es discrecional sino obligatoria, es menester que el juez de amparo tenga a la vista las constancias que habiendo sido rendidas ante la responsable, no obren en autos, pero estimen necesarias para la resolución del asunto. Luego entonces, si en la especie el quejoso por virtud de la orden de aprehensión librada en su contra, se vio imposibilitado para aportar las constancias necesarias para demostrar los argumentos vertidos en su demanda de garantías, y ante la omisión de la responsable de no acompañar a su informe con justificación las constancias respectivas, el juez de amparo dada la existencia del acto reclamado debió solicitar las pruebas en las que descansa el acto reclamado antes de celebrar la audiencia constitucional, para estar en aptitud de suplir las deficiencias de los conceptos de violación, pues de lo contrario tal suplencia sería letra muerta y se dejaría de cumplir con los ideales del legislador, plasmados en la ley, sobre todo por el artículo 78, párrafo tercero del referido ordenamiento que dispone: "El juez de amparo podrá recabar oficiosamente

pruebas que, habiendo sido rendidas ante la responsable, no obren en autos y estime necesarias para la resolución del asunto." ¹¹¹

2. Actos judiciales y no judiciales privativos de libertad.

Los actos de naturaleza penal se pueden dividir en judiciales y no judiciales, éstos a su vez en privativos de libertad y no privativos de libertad, algunos ejemplos de la anterior clasificación enfocada a los actos más comunes en materia penal son los siguientes:

Actos judiciales privativos de libertad - Orden de aprehensión, orden de detención con fines de extradición, auto de formal prisión, auto de ratificación de la detención, auto de concesión de la libertad provisional bajo caución con garantía excesiva, auto que niega la libertad por desvanecimiento de datos, negativa al reconocimiento de inocencia, penas inusitadas y trascendentes etc.

En los actos judiciales no privativos de libertad encontramos la orden de comparecencia, el auto de sujeción a proceso, la imposición de multa excesiva, la orden de cateo, el sobreseimiento etc.

Los actos no judiciales privativos de libertad son la privación de la vida por parte de autoridades no judiciales que no emanan de una sentencia judicial, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial (actos del ministerio público, consejo de menores infractores y otras autoridades), deportación por parte del ejecutivo, destierro, actos prohibidos por el artículo 22 constitucional

Los actos no judiciales no privativos de libertad son la confiscación de bienes, multas del Ministerio público, negativa a instaurar una averiguación, no ejercicio de la acción penal, desistimiento de la acción penal, ficha signalética, actos legislativos (amparo contra normas) etc

La anterior clasificación ha sido hecha por el jurista Ojeda Bohórques Ricardo. ¹¹²

¹¹¹ Informe de labores de 1988. Tercera parte. tribunales Colegiados de Circuito pp 58-59.

¹¹² Ojeda Bohórques. Ricardo. Amparo Penal Indirecto. Editorial Porrúa. México. 1999. pp

3. Procedencia del Amparo indirecto respecto de los actos privativos de libertad que no constituyen una sentencia definitiva.

Por exclusión, el amparo indirecto procede contra los actos que no constituyen una sentencia definitiva en materia penal ni una resolución que pone fin al proceso (sobreseimiento) y que esté ejecutoriada.

El artículo 107, fracción VII, de la Constitución Federal dispone que :
 " El amparo contra actos en juicio, fuera de juicio, o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, contra leyes o contra actos de autoridades administrativas, se interpondrá ante el Juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una audiencia para la que citará en el mismo auto en el que mande pedir el informe y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oirán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia.

Por su parte el artículo 114 de la Ley de Amparo dispone:

El amparo se pedirá ante el juez de distrito:

I. Contra leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional, reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, u otros reglamentos, decretos o acuerdos de observancia general, que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación, causen perjuicios al quejoso;

II. Contra actos que no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo

En estos casos, cuando el acto reclamado emane de un procedimiento seguido en forma de juicio, el amparo sólo podrá promoverse contra la resolución definitiva por violaciones cometidas en la misma resolución o durante el procedimiento, si por virtud de éstas últimas hubiere quedado sin defensa el quejoso o privado de los derechos que la ley de la materia le conceda, a no ser que el amparo sea promovido por persona extraña a la controversia;

III. Contra actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo ejecutados fuera de juicio o después de concluido.

Si se trata de actos de ejecución de sentencia, sólo podrá promoverse el amparo contra la última resolución dictada en el procedimiento respectivo, pudiendo reclamarse en la misma demanda las demás violaciones cometidas durante ese procedimiento, que hubieren dejado sin defensa al quejoso.

IV. Contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o sobre las cosas una ejecución que sea de imposible reparación;

V. Contra actos ejecutados dentro o fuera de juicio, que afecten a personas extrañas a él cuando la ley no establezca a favor del afectado algún recurso ordinario o medio de defensa que pueda tener por efecto modificarlos o revocarlos, siempre que no se trate del juicio de tercería, y

VI. Contra leyes o actos de la autoridad federal o de los Estados, en los casos de las fracciones II y II del artículo 1º de esta ley.

Respecto a la fracción I. Los actos que encontramos en materia penal, son esencialmente actos legislativos de naturaleza penal.

En la fracción II los actos más comunes son: privación de la vida, ataques a la libertad fuera de procedimiento judicial, deportación, destierro, actos prohibidos por el artículo 22 constitucional, negativa a instaurar la averiguación previa y el no ejercicio de la acción penal, el aseguramiento de bienes por parte del Ministerio público, etc

Respecto a la fracción II si se entiende al proceso como sinónimo de juicio, los actos reclamados más comunes, en materia de amparo penal son: el procedimiento de reconocimiento de inocencia, la orden de aprehensión, la orden de comparecencia, y la orden de cateo.

En la fracción IV encontramos los siguientes supuestos entre otros el auto de formal prisión, auto de sujeción a proceso, auto de rectificación de la detención, acuerdo de negativa a la libertad provisional bajo caución o de exceso en la garantía fijada, imposición de multa como medida de apremio, auto que niega la libertad por desvanecimiento de datos etc

En este apartado señalaremos algo breve sobre la suspensión del acto reclamado. La suspensión del acto reclamado, es una figura procesal que permite salvaguardar la materia de debate del juicio constitucional. Se

plantea en la vía incidental dentro del proceso de amparo. Se brinda de oficio o a instancia de parte. Sus efectos son definitivos cuando se concede de plano y relativos cuando se otorga provisionalmente en tanto se resuelve el incidente. La suspensión tiene como objeto el acto reclamado, sus consecuencias son dejar las cosas en el estado en que se encuentran, no restituye al gobernado en el uso y goce de las garantías individuales.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, nuestra ley suprema, es fuente del derecho penal porque los principios en ella contenidos constituyen directivas generales, a las que el legislador tiene que ceñirse, en ella existen principios jurídicos fundamentales para el gobierno, como el de seguridad jurídica y el de legalidad, destinada a toda la población del país, las cuales dan sentido a toda la relación existente entre el Estado y los gobernados.

La libertad junto con la vida es uno de los bienes de mayor jerarquía axiológica, es decir, la libertad se considera algo muy valioso y eje mismo sobre el cual gira el drama penal, razón por la cual nuestra Carta Magna, establece determinados artículos que son la base Constitucional del Derecho Penal.

El artículo 14 de nuestra Constitución establece:

"A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

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

En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho"

Este precepto reviste una trascendental importancia dentro de nuestro orden constitucional, a tal punto, que a través de las garantías de seguridad jurídica que contiene, el gobierno encuentra una amplia protección a los diversos bienes que integran su esfera de derecho.

El maestro Ignacio Burgoa nos define que 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.

El artículo 14 constitucional contiene cuatro garantías individuales fundamentales que son: la de irretroactividad legal, la de audiencia, la de legalidad en materia judicial civil y judicial administrativa y la de legalidad en materia judicial penal.

SEGUNDA.- De igual forma existe en nuestra Ley Suprema, diversas garantías a favor del gobernado que consagra el artículo 16, el cual en su parte conducente señala lo siguiente:

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

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, 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.

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

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta con la misma prontitud a la del Ministerio Público.

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

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

Ningún indiciado podrá ser retenido por el ministerio público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial, este caso podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como

delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa por la autoridad que practique la diligencia.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en la ley. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con estos, carecerán de todo valor probatorio.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

El artículo 16 de nuestra Constitución, es uno de los preceptos que imparte mayor protección a cualquier gobernado, sobre todo a través de la garantía de legalidad que consagra, la cual dada su extensión y efectividad jurídica, pone a la persona a salvo de todo acto de mera afectación a su esfera de derecho que no sólo sea arbitraria, es decir, que no este basado en norma legal alguna, sino contrario a cualquier precepto, independientemente de la jerarquía o naturaleza del ordenamiento a que este pertenece

El primer párrafo del artículo en estudio contiene diversas garantías de seguridad jurídica, en el que se prohíbe a la autoridad emitir cualquier acto de molestia que implique afectación o perturbación en los bienes jurídicos que se indican en el mismo, tutelados a favor de todo gobernado, condicionando su afectación por virtud de un mandamiento escrito que provenga de autoridad competente, en el que se funde y motive la causa legal del procedimiento.

Por lo que respecta garantía individual, es la relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujeto pasivo), cuyo objeto es el derecho público subjetivo (prerrogativas fundamentales del hombre como la libertad, igualdad, seguridad jurídica y propiedad) a favor del gobernado, en la cual el Estado y sus autoridades están obligados a respetar dicho derecho, concepto que comparte nuestro querido maestro Ignacio Burgoa.

Lo previsto en este artículo tiene como finalidad señalar los elementos que dan validez y licitud a los actos de autoridad, con independencia de que se afecte o no la esfera jurídica de los gobernados. Las formalidades que debe revestir todo acto de autoridad son: a) Que se consagre por escrito (garantía de mandamiento escrito); b) Que sea dictado por autoridad competente; y c) Que se funde y motive (garantía de fundamentación y motivación). Esta garantía brinda certeza jurídica al ciudadano porque le permite conocer si el acto de autoridad, tiene su origen en la esfera de competencia del poder público o si la aplicación de la ley es correcta al caso concreto, así como si la autoridad resulta ser competente o no para dictar el acto que lo vincula en dicha esfera jurídica.

TERCERA.- Analizando detenidamente cada una de las garantías individuales que consagran el artículo 14 de nuestra Constitución, señalaré lo siguiente respecto a cada una de las garantías

La garantía de la irretroactividad de las leyes. La retroactividad consiste en dar efectos reguladores a una norma jurídica sobre hechos, actos o situaciones producidos con antelación al momento en que entra en vigor, bien sea impidiendo la supervivencia reguladora de una ley anterior, o

bien alterando o afectando un estado jurídico preexistente, a falta de ésta, puede darse efectos retroactivos a la ley, si ésta no causa perjuicio. El principio de la irretroactividad estriba en que una ley no debe normar a los actos, hechos o situaciones que hayan tenido lugar antes de que adquiera fuerza de regulación.

Garantía de audiencia. Esta integrada mediante cuatro garantías específicas de seguridad jurídica: el juicio previo al acto de privación; que dicho juicio se siga ante tribunales previamente establecidos; el cumplimiento o la observación de las formalidades procesales esenciales; y la decisión jurisdiccional ajustada a las leyes vigentes con antelación a la causa que origine el juicio. Esta garantía evita que se vulneren los derechos de los ciudadanos sujetos a cualquier procedimiento, administrativo, civil o penal.

Garantía de la exacta aplicación de la ley en materia penal. El campo de vigencia de ésta garantía es la materia procesal penal, implica el principio de legalidad *nulla poena, nullum delictum sine lege*; un hecho que no esté reputado por la ley como delito no será susceptible de engendrar una penalidad para el que lo comete. Para todo delito la ley debe señalar la penalidad correspondiente.

La imposición analógica de una pena está prohibida, este acto es el producto de la aplicación por analogía de una cierta penalidad legal y tiene lugar cuando a la ley se le atribuyen efectos normativos sobre casos reales (actos, hechos, relaciones o situaciones) que no están previstos en ella, pero que guardan con las hipótesis expresamente regulada una similitud relativa, sólo en cuanto a ciertos aspectos o elementos comunes.

La prohibición de la imposición de las penas por mayoría de razón, impide que la ley que contenga la sanción penal se haga extensiva a hechos que, aunque de mayor gravedad o peligrosidad que el delito previsto, no estén comprendidos en ella y sean diferentes de su antecedente abstracto.

Garantía de legalidad en materia jurisdiccional civil. Los actos procesales condicionados por dicha garantía son la sentencia definitiva, decisiones interlocutorias y demás autos o proveídos en un juicio, además rige a toda materia jurisdiccional, con excepción de la penal.

CUARTO.- En cuanto a las garantías que consagra el artículo 16 Constitucional señalaré lo siguiente:

El mandamiento escrito es la primera condición que debe satisfacer el acto de autoridad de molestia a los gobernados, dicho mandamiento debe contener la firma original o autógrafa de la autoridad competente que emite el acto de molestia, además es necesario que se notifique adecuadamente al afectado a quien se debe entregar el escrito.

La fundamentación y motivación. La motivación trata de establecer sobre bases objetivas la racionalidad y la legalidad de los actos de autoridad, procura eliminar la subjetividad y arbitrariedad de las decisiones de autoridad, para que así los afectados puedan impugnar los razonamientos de dichas actuaciones. La exigencia de fundamentación es el deber que tiene la autoridad de expresar los preceptos legales que regulen el hecho y las consecuencias jurídicas que pretenda imponer el acto de autoridad.

Competencia constitucional. Está integrada por el conjunto de facultades que la propia Ley Suprema otorga a determinado órgano del estado, cuya infracción puede ser sometida al análisis del juzgador de amparo

Además de las garantías de seguridad jurídica que se exigen para todo acto de autoridad que implique molestia a los gobernados, como son de competencia constitucional; de legalidad, que gira en torno a la fundamentación y motivación; y de mandamiento escrito que operan para los diversos tipos de actos de autoridad, incluyendo en particular a la orden de aprehensión, **existen diversas garantías específicas de seguridad jurídica para el libramiento de dicha orden las cuales son:**

- a) Que la orden de aprehensión emane de autoridad judicial;
- b) Que preceda denuncia o querrela;
- c) Que se trate de un hecho que la ley señale como delito;
- d) Que dicho delito este sancionado cuando menos con pena privativa de libertad; y
- e) Que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado

a. La garantía de que la orden de aprehensión emane de autoridad judicial.

El alcance del concepto "autoridad competente", que emplea el artículo 16 de la Constitución Federal, se refiere a la autoridad a la que debe ser consignado el responsable, una vez aprehendido; y en consecuencia, a la competencia también para decretar el auto motivado de prisión o de libertad en sus respectivos casos.

b. La garantía de precedencia de denuncia o querrela.

La precedencia de denuncia o querrela que se exige para el libramiento de la orden de aprehensión, implica la intervención del Ministerio Público y de la policía judicial como auxiliar de aquél, quienes están facultados para la investigación y persecución de los delitos, cuyo desarrollo se verifica en la etapa de la averiguación previa.

La denuncia, es la noticia que de palabra o por escrito se da al Ministerio Público o a la policía judicial de haberse cometido un delito perseguible de oficio.

La querrela es la manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o por el ofendido de un delito, con el fin de que el Ministerio público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal.

c. Debe tratarse de un hecho que la ley señale como delito.

Nos limitaremos a señalar que el delito es una conducta típica antijurídica, culpable y punible, que tiene que estar previsto como tal en la ley penal.

Es oportuno señalar que antes de las reformas constitucionales del 3 de septiembre de 1993, no se exigía una precisa clasificación del delito para dictar la orden de aprehensión, sino sólo para fundar el auto de formal prisión o la sentencia definitiva. Con las citadas reformas se exigía una precisa clasificación del delito, en el que deberían incluirse las modalidades del mismo, e inclusive también esto debía hacerse desde el ejercicio de la acción

penal. Con la puesta en vigor, tanto de la reforma constitucional como de la legislación penal secundaria de 1999, no se requiere el acreditamiento de esas referencias específicas del tipo penal, ni realizar una precisa clasificación del delito, puesto que es suficiente que se demuestren el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, lo cual se traduce en menores exigencias para la autoridad, también en menor seguridad y certeza jurídica para el gobernado.

d. El delito debe estar sancionado cuando menos con pena privativa de libertad.

Se prohíbe que un inculcado sea sometido a prisión preventiva cuando el delito que se le imputa merezca una pena alternativa, es decir de prisión o multa, ya que la orden de aprehensión tiene como finalidad ponerlo a disposición del juez y en su caso someterlo a prisión preventiva. Al respecto la Suprema Corte afirma: "Si el delito que se impute al indiciado, lo castiga la ley con pena alternativa, pecuniaria o corporal, la orden de aprehensión que se libre es violatoria del artículo 16 constitucional".

e. Deben de existir datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Noción de cuerpo del delito.

El distinguido penalista Jiménez Huerta distinguía como la expresión de cuerpo del delito ha sido empleada en tres sentidos distintos, unas veces, como el hecho objetivo insito en cada delito, esto es, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción; en otras ocasiones se le ha estimado como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración, por ejemplo, un cadáver, un edificio dañado, y finalmente, una tercera acepción, como cualquier huella o vestigio de naturaleza real que se conserve respecto de la acción material realizada (un puñal, una joya)

En el derecho mexicano la expresión cuerpo del delito se empleó en el primero de los sentidos enunciados, es decir, como el conjunto de elementos materiales que integran cada especie delictiva que describe el código punitivo, como la acción punible abstracta y objetivamente descrita con unidad de sentido en cada infracción.

Lo anterior se demuestra con la siguiente tesis de jurisprudencia.

CUERPO DEL DELITO CONCEPTO DE.- Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.¹

Las excepciones a la regla general para que el gobernado pueda ser privado de su libertad mediante orden de aprehensión son los casos de delito flagrante y los casos urgentes en los que el Ministerio Público puede ordenar la detención o retención del inculpado.

El Ministerio Público debe entenderse como la institución u organismo de carácter administrativo, perteneciente al Poder Ejecutivo Federal o Estatal, en su caso, cuyas funciones entre otras, son: las de representar a la Federación o al Estado y a la sociedad en sus intereses Públicos; investigar la comisión de los delitos y perseguir a los delincuentes, en cuya actividad tendrá como subordinada a la policía administrativa; ejercitar la acción penal ante los tribunales judiciales competentes y solicitar la reparación del daño, cuando proceda; como representante de la sociedad procurar la defensa de sus intereses privados cuando se trate de ausentes, menores e incapacitados, etc

El constituyente emplea dos verbos a los que atribuye un sentido técnico preciso. El verbo detener, con el que se refiere al acto, de realización instantánea, mediante el cual se priva de su libertad a una persona, sin que esta privación sea resultado de una orden judicial; y el verbo retener, mediante el cual se refiere a la prolongación en el tiempo de esa privación de la libertad, durante la averiguación previa.

Detenida una persona, bien sea en caso de flagrancia o en caso de urgencia, el Ministerio Público podrá retenerla (y continuar su averiguación previa) hasta un máximo de cuarenta y ocho horas. Dentro de ese plazo, está obligado a ejercer la acción penal, poniendo al detenido a disposición de la autoridad judicial, o bien a poner en libertad al detenido, lo cual no le impide continuar la averiguación previa.

¹ Jurisprudencia número 93, publicada en la p. 201 del apéndice 1917-1975. Primera Sala

La declaración de inconstitucionalidad de un acto o una norma se hace a través del juicio de amparo. En materia penal el juicio de amparo es un sistema de defensa de la Constitución y de las garantías individuales de tipo jurisdiccional, por vía de acción, que se tramita en forma de juicio sumario ante los órganos competentes conforme a la ley y que tiene como materia normas o actos de naturaleza penal de la autoridad, que contravengan la Constitución Federal, que violen las garantías individuales de los gobernados o impliquen una invasión de la soberanía de la Federación en la de los Estados o viceversa, en perjuicio de los propios gobernados y que tiene como efectos la invalidez de los actos reclamados y la restitución del quejoso en el goce de la garantía violada, con efectos retroactivos al momento de la violación.

Por exclusión, el amparo indirecto procede contra los actos que no constituyen una sentencia definitiva en materia penal ni una resolución que pone fin al proceso (sobreseimiento) y que esté ejecutoriada.

Artículo 107, fracción VII, de la constitución Federal:

El amparo contra actos en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, contra leyes o contra actos de autoridades administrativas, se interpondrá ante el Juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una audiencia para la que citará en el mismo auto en el que mande pedir el informe y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oirán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia.

Artículo 114 de la ley de Amparo.

El amparo se pedirá ante el Juez de Distrito

I. Contra leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional, reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, u otros reglamentos, decretos o acuerdos de observancia general, que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación, causen perjuicios al quejoso.

II. Contra actos que no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo.

En estos casos, cuando el acto reclamado emane de un procedimiento seguido en forma de juicio, el amparo sólo podrá promoverse contra la resolución definitiva por violaciones cometidas en la misma resolución o durante el procedimiento, si por virtud de estas últimas hubiere quedado sin defensa el quejoso o privado de los derechos que la ley de la materia le conceda, a no ser que el amparo sea promovido por persona extraña a la controversia;

III. Contra actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo ejecutados fuera de juicio o después de concluido.

Si se trata de actos de ejecución de sentencia, sólo podrá promoverse el amparo contra la última resolución dictada en el procedimiento respectivo, pudiendo reclamarse en la misma demanda las demás violaciones cometidas durante ese procedimiento, que hubieren dejado sin defensa al quejoso.

IV. Contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o sobre las cosas una ejecución que sea de imposible reparación:

V. Contra actos ejecutados dentro o fuera de juicio, que afecten a personas extrañas a él, cuando la ley no establezca a favor del afectado algún recurso ordinario o medio de defensa que pueda tener por efecto modificarlos o revocarlos, siempre que no se trate del juicio de tercería, y

VI. Contra leyes o actos de la autoridad federal o de los Estados, en los casos de las fracciones II y III del artículo 1º de esta ley.

Respecto a la fracción I. Los actos que encontramos en materia penal, son esencialmente actos legislativos de naturaleza penal.

En la fracción II los actos más comunes son: privación de la vida, ataques a la libertad fuera de procedimiento judicial, deportación, destierro, actos prohibidos por el artículo 22 constitucional, negativa a instaurar la averiguación previa y el no ejercicio de la acción penal, el aseguramiento de bienes por parte del Ministerio Público, etc

Respecto a la fracción III si se entiende al proceso como sinónimo de juicio, los actos reclamados más comunes, en materia de amparo penal son:

el procedimiento de reconocimiento de inocencia, orden de aprehensión, orden de comparecencia, orden de cateo.

En la fracción IV encontramos los siguientes supuestos: entre otros el auto de formal prisión, acto de sujeción a proceso, auto de ratificación de la detención, acuerdo de negativa a la libertad provisional bajo caución o de exceso en la garantía fijada, imposición de multa como medida de apremio, auto que niega la libertad por desvanecimiento de datos.

BIBLIOGRAFIA

1. Arilla Bas, Fernando. El procedimiento penal en México. Decimocuarta edición. Editorial kratus. México D.F. 1992.
2. Avendaño López, Raúl. Estudio crítico de las detenciones y aprehensiones de la policía judicial. Editorial Pac. México D. F. 1992.
3. Burgoa Orihuela, Ignacio. El Juicio de Amparo. Trigesimosegunda edición. Editorial Porrúa México, 1995
4. Burgoa Orihuela, Ignacio. Las garantías individuales. 25ª. Edición. Editorial Porrúa México, 1993.
5. Castillo Soberanes, Miguel Angel. El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio público en México Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, 1992.
6. Castro V. Juventino. El Ministerio Público en México. Quinta edición. Editorial Porrúa. México, 1993
7. Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Decimoséptima edición. Editorial Porrúa, México, 1998.
8. De la Cruz Agéro, Leopoldo. Procedimiento penal mexicano. Segunda edición. Editorial Porrúa México, 1996
9. Del Castillo del Valle, Alberto. Ley de Amparo comentada. Editorial Duero. México, 1992
10. Garcia Ramírez, Sergio. El Sistema Penal Mexicano. Fondo de cultura económica. México D.F. 1993
11. González-Hénder, Alfredo Genis. La libertad en el derecho procesal penal federal mexicano. Editorial porrúa México, 1999
12. Lara Espinoza, Saúl. Las Garantías Constitucionales en Matena Penal. Segunda edición. Editorial Porrúa México, 1999
13. Luna Castro, José Nieves. El concepto de tipo penal en México. Primera edición. Editorial Porrúa México, 1999
14. Mancilla Ovando, Jorge Alberto. El juicio de amparo en materia penal. Tercera edición. Editorial Porrúa México, 1993
15. Mancilla Ovando, Jorge Albero. Las garantías Individuales y su aplicación en el proceso penal. Séptima edición. Editorial Porrúa. México, 1997.
16. Martínez Garza, Valdemar. La autoridad responsable en el Juicio de Amparo. Primera edición. Editorial Porrúa. México 1994
17. Ojeda Bohórquez, Ricardo. Amparo penal indirecto. Editorial Porrúa. México, 1999
18. Osorio y Nieto, César Augusto. Ensayos Penales. Primera edición. Editorial Porrúa. México, 1988

19. Ovalle Favela, José. Garantías Constitucionales del proceso. Editorial Mc Graw Hill. México D.F. 1996.
20. Procuraduría General de Justicia del D.F. La importancia y perspectiva de las reformas penales. Primera edición. 1994.
21. Reyes Tayabas, Jorge. El nuevo régimen sobre la privación de la libertad en procedimientos penales. Primera edición. Editorial Porrúa. México, 1995.
22. Reyes Tayabas, Jorge. Derecho constitucional aplicado a la especialización en amparo. Cuarta edición. Editorial Themis. México 1997.
23. Reyes Tayabas, Jorge. El nuevo medio de control judicial de la legalidad de las detenciones administrativas. Procuraduría General de la republica. 1994.
24. Sergio García Ramírez. Proceso penal y derechos humanos. Segunda edición. Editorial Porrúa. México, 1993.
25. Tena Ramírez, Felipe. Derecho constitucional. Trigésima edición. Editorial Porrúa. México. 1996.
26. Valdemar Martínez Garza. La autoridad responsable en el juicio de amparo en México. Primera edición. Editorial Porrúa, México, 1994.
27. Zamora-Pierce, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Octava edición. Editorial Porrúa. México. 1996.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa. México D.F. 1999.
- Código Federal de Procedimientos Penales. Cuarta edición. Ediciones Delma, México D.F. 2000.
- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Cuarta edición. Ediciones Delma. México D.F. 2000.
- Ley de Amparo Reformada. Editorial Porrúa, México D.F. 1999.