

UNIVERSIDAD LATINA

“NECESIDAD DE ADICIONAR EL ARTÍCULO 55 DEL
CÓDIGO PENAL FEDERAL REFORMADO EL 26 DE MAYO
DEL 2004”

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

JOSÉ ANTONIO CAMPOS PONCE

MÉXICO, D.F.

2006



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.

DEDICATORIAS:

A mis padres, a quienes no solo debo mi existencia sino la esencia misma de mi ser. Gracias por su amor infinito y ejemplo invaluable.

A mis hermanos Lupita, Vero, Ana, Marco y Charly, con quienes viví la mejor infancia. Los amo y llevo siempre en el alma.

A mi tía Libis, por tus cuidados y dedicación a nuestra familia.

A mis sobrinos Bryan, Lalo, Briana, Mily, Brenda, Marquito y Pedro, por engrandecer nuestra familia.

A toda la familia Sánchez Vera, con cariño y respeto, gracias por su amistad y confianza.

A mis amigos, Alfredo, Claudio, Edgar, David, Jorge, Marco, Rashad, Román, y Salvador, por los caminos que hemos recorridos juntos y por compartir la vida misma.

Muy especialmente a mi niña adorada, Malena, por ser mi amor y mi motivación para ser un mejor Hombre. Gracias por estar siempre conmigo. Te amo.

AGRADECIMIENTOS.

Principalmente a Dios, por regalarme el amor, la salud, la inteligencia, y la voluntad para alcanzar esta meta.

A todos y cada uno de mis maestros, por su esfuerzo y dedicación en su noble labor de enseñanza.

A mi asesor de tesis Maestro Rosalío López Durán, por su tiempo y dedicación en la dirección del presente trabajo de tesis.

A todas las personas de las que he sido objeto de confianza y cariño. Gracias por su apoyo incondicional.

**“NECESIDAD DE ADICIONAR EL ARTÍCULO 55 DEL CÓDIGO PENAL
FEDERAL REFORMADO EL 26 DE MAYO DEL 2004”**

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PROCEDIMIENTO PENAL EN GENERAL

1.1.	En Roma.	2
1.2.	En Grecia.	6
1.3.	En España.....	8
1.4.	En nuestro país.	13
1.4.1.	En la Colonia.....	15
1.4.2.	En la Independencia.....	19
1.4.3.	Constitución de 1917.....	24

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

2.1.	Procedimiento Penal.	28
2.2.	Cuerpo del delito.	31
2.3.	Averiguación Previa.	38
2.4.	Auto de Radicación.	41
2.5.	Orden de comparecencia.	48
2.6.	Orden de aprehensión.....	51
2.7.	Auto de libertad por falta de elementos para procesar.....	58

CAPÍTULO TERCERO

MARCO JURÍDICO DE LAS LIMITANTES A LA LIBERTAD PERSONAL

3.1.	Fundamento legal de dichas limitantes.	66
3.2.	Finalidad que se persigue al asegurar al presunto responsable.	71
3.3.	La restricción y la privación de libertad.	74
3.4.	Carácter y extensión de las medidas de apremio.	76

3.5.	Comentarios al Procedimiento Penal Federal en la actualidad.	83
------	---	----

CAPÍTULO CUARTO

NECESIDAD DE ADICIONAR EL ARTÍCULO 55 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL REFORMADO EL 26 DE MAYO DEL 2004

4.1.	Texto del artículo 55 del Código Penal Federal antes y después de la reforma del 26 de mayo de 2004.....	90
4.2.	Los Derechos del presunto responsable y los de la víctima.....	92
4.3.	Los principios generales del Derecho Procesal violados con éste artículo.	93
4.4.	Lagunas existentes en el artículo 55 del Código Penal Federal.....	101
4.5.	La edad de 70 años como improcedente para dictar la orden de aprehensión.	102
4.6.	Propuesta de solución.....	106
CONCLUSIONES		109
BIBLIOGRAFÍA		112

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis surge de la lectura del artículo 55 del Código Penal Federal reforma el 26 de mayo del 2004 que establece:

“Artículo 55. Cuando la orden de aprehensión se dicte en contra de una persona mayor de 70 años de edad, el Juez, podría ordenar que la prisión preventiva se lleve a cabo en el domicilio del indiciado bajo las medidas de seguridad que proceden de acuerdo con la representación social.

No gozarán de esta prerrogativa quienes a criterio del Juez sustraerse de la acción de la justicia manifiesten una conducta que haga presumible su peligrosidad.

En todo caso la valoración por parte del Juez se apoyará en dictámenes de peritos.

Una vez dictada la sentencia ejecutoriada, la pena podrá ser sustituida por una medida de seguridad a juicio del Juez o tribunal que la imponga de oficio o a petición de parte, cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias, graves en su persona, o por su senilidad o su precario estado de salud, fuera notoriamente innecesaria o irracional que se compurgue dicha pena.

En los casos de senilidad o precario estado de salud, el Juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos.”

El trabajo de tesis que sometemos a su siempre calificada opinión tiene como propósito el resaltar la necesidad de adicionar el artículo 55 del Código Penal Federal reformado el 26 de mayo del 2004, porque dicha reforma es violatoria de los principios procesales y generales del derecho, además que tal y como se estipula en el texto del artículo es unilateral y no general, defendiendo más los derechos del presunto responsable, que de la víctima.

A nosotros como futuros profesionistas, nos corresponde estar a la vanguardia de las reformas existentes y en su momento hacer notar que las mismas no siempre son justas, pero precisamente aquí, es donde los legisladores y Licenciados en Derecho deben expresar su descontento y conocimiento para mejorar las lagunas existentes de la Ley.

Con el presente trabajo, se pretende que la sociedad y pueblo en general no quede en estado de indefensión contra personas que amparados por su edad puedan cometer ilícitos al por mayor sin que vayan a la cárcel ya que la ley debe ser igual para todos. Por lo anotado consideramos que el trabajo de tesis, es un tema reciente, novedoso y propositivo.

El objetivo del presente trabajo consistirá en señalar que la reforma hecha el 26 de mayo del 2004 al Código Penal Federal no tomó en cuenta muchos aspectos de los principios generales del proceso así como de equidad, igualdad y generalidad de la ley y más aún no se toma en cuenta la realidad jurídica y social de los gobernados del país que son los que en realidad sufren de manera directa las consecuencias por la inseguridad e impunidad jurídica que se vive ya que dicha reforma pretende dar mayor seguridad jurídica al presunto responsable que a la víctima. Por lo anterior consideramos importante que en el artículo antes citado se tomen las medidas necesarias para que los mayores de 70 años no sean foco de atención de los delincuentes.

De manera específica se pretende que el artículo 55 del Código Penal Federal se adicione de tal manera que en el mismo se señalen a qué tipos de delitos se les debe de otorgar este beneficio así como el señalamiento de las condiciones de comisión del ilícito y sobre todo que se cuente con el consentimiento de la víctima para tal beneficio cuando ésta, pueda dar tal anuencia o en su defecto que tal consentimiento lo otorguen los familiares. Lo anterior, será obviamente con el consentimiento del Juez apoyándose en los peritos que la razón del caso requiera.

Lo anterior no es con el propósito de estar en contra con los beneficios que el artículo 55 citado establece hasta ahora para los mayores de 70 años

sino que, pretendemos que todo se haga de manera justa e inclusive para el caso de que se antepongan los intereses personales a los de la justicia nosotros, debemos estar del lado de la justicia.

El trabajo de tesis lo dividimos en cuatro capítulos, los cuales a continuación se detallan: En el primero, hablamos de los antecedentes del proceso penal, en el extranjero y en nuestro país.

En el capítulo segundo tal y como su nombre lo indica, hablamos del marco teórico conceptual de los conceptos relacionados con nuestro tema, para así tener una mejor comprensión al respecto e irnos familiarizando con nuestro tema.

En el capítulo tercero, tal y como su nombre lo indica hablamos sobre el marco jurídico de las limitantes a la libertad personal en la actualidad para poder darnos cuenta que por razones de la edad, no es conveniente dar casa por cárcel a una persona y que sí es procedente dar el mismo trato al probable responsable y a la víctima.

Finalmente, en el capítulo cuarto hablamos de manera fundada y motivada, sobre lo inoperante de la reforma al artículo 55 del Código Penal Federal de 26 de mayo de 2004 y, obviamente ofrecemos una solución con las adiciones que vamos a proponer.

Asimismo, en las conclusiones planteadas nos vamos a encontrar con las propuestas que de manera fundada y motivada se harán en su momento para evitar que los mayores de 70 años se conviertan en focos de atención de los delincuentes para la comisión de sus ilícitos.

El método de investigación aplicado en el presente trabajo lo son: la inducción, deducción, análisis, síntesis y método histórico.

Las técnicas de investigación que se pudieron consultar lo son: la bibliográfica, la legislativa y la doctrinal.

CAPÍTULO PRIMERO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PROCEDIMIENTO PENAL EN GENERAL

Antes de hablar sobre los antecedentes del proceso penal será conveniente especificar, lo que entendemos por procedimiento penal, y así tenemos que este es el conjunto de actividades y formas regidas por el Derecho Procesal Penal, que se inician desde que la autoridad pública interviene al tener conocimiento de que se ha cometido un delito y lo investiga, y se prolongan hasta el pronunciamiento de la sentencia, donde se obtiene la definición de las relaciones de Derecho Penal. La comisión del delito establece una relación entre el Estado y el delincuente. Esta relación es principal, cuando el Estado para mantener el orden y restaurar el derecho violado, persigue al responsable mediante el proceso y logra la imposición de la pena y, accesoria, cuando el Estado sólo persigue el resarcimiento del daño.

“La determinación del delito se hace describiendo el hecho que no debe ser cometido y que precisamente para que no se cometa, constituye la causa de la pena. A su vez, la determinación del proceso penal es el resultado de una triple conjunción funcional, formal y orgánica, en que intervienen de consuno, las autoridades administrativas y las autoridades judiciales.”¹

Por medio de la previsión general, el legislador describe los delitos y señala las penas. En el proceso, la definición del delito, frente a un sujeto a quien le es imputable, se hace por medio de la inculpación. Esta se divide en inculpación en abstracto e inculpación en concreto. En el procedimiento penal mexicano la inculpación existe en abstracto, cuando se ocurre a los tribunales y se consignan los hechos atribuidos a quien se presume responsable, para que mediante un juicio regular y formal, se declare la existencia del delito, se determine su participación y se impongan las penas o las medidas de seguridad que le

¹ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *Derecho Procesal Penal Mexicano*. 10ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2000. p. 6.

correspondan. Esta relación, vinculada al sujeto a quien se atribuye el hecho, consiste en que la responsabilidad penal sea definida de acuerdo con el examen integral de las pruebas y que si imponga la sanción, después de haberse observado las normas procesales.

Con el propósito de precisar los antecedentes del procedimiento penal, nos es necesario señalar estos, desde el Derecho romano, Grecia, España y nuestro país, es por ello que a continuación señalamos lo siguiente.

1.1. En Roma.

El estudio del proceso penal en lo que concierne a su desarrollo histórico, mantiene una estrecha relación con las transformaciones políticas y sociales que se han operado en el mundo. Para comprender su evolución es preciso que demos a cada una de sus etapas su exacta interpretación histórica.

“Es sabido que el origen de la Ley es la costumbre; que las leyes jurídicas se diferencian de las físicas en que aquéllas son mutables y se encuentran limitadas por las necesidades que demanda la vida colectiva y por las modificaciones que se introducen en la organización estatal de un pueblo determinado, en el curso del tiempo.”²

El proceso penal ha pasado por cuatro períodos:

“El primero comprende el proceso penal de la Antigüedad y encuentra en las instituciones griegas y romanas sus principales exponentes. Después, aparece el proceso penal canónico, creación de la Iglesia, que conserva las peculiaridades del proceso penal antiguo, pero contiene substanciales modificaciones. Más tarde aparece el proceso penal común o proceso mixto, así llamado por estar constituido por elementos del proceso penal romano y del canónico.

² Ibidem. p. 8.

Por último, el advenimiento del proceso penal moderno revive, perfeccionadas, las excelencias del proceso penal antiguo y es la consecuencia de la labor ideológica emprendida por los pensadores que precedieron a la Revolución Francesa, al consagrar el reconocimiento de los postulados democráticos y los derechos del hombre de la Francia Revolucionaria de 1771.”³

El proceso penal romano supera al griego, a medida que Roma recibe la saludable influencia de sus ilustres jurisconsultos. Desaparecido el sistema político republicano en Roma, se introdujo un nuevo concepto jurídico en la legislación y se reconoció, con el advenimiento de las Constituciones Imperiales que precedieron a los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, la opinión de los jurisconsultos Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino, que llegaron a tener plena autoridad legal por decreto de Valentiniano III en 426. En este período la decisión de los negocios judiciales quedaba al arbitrio de los jueces.

“En la época más remota del Derecho Romano, se observó un formulismo acentuado que, a su vez, en parte, constituía un símbolo. Adoptó un carácter privado; las funciones recaían en un representante del Estado, cuya facultad consistía en resolver el conflicto, tomando en cuenta lo expuesto por las partes.”⁴

Los romanos, paulatinamente, adoptaron las instituciones del derecho Griego y con el transcurso del tiempo las transformaron otorgándoles características muy particulares, que más tarde, servirían, a manera de molde clásico, para cimentar el moderno Derecho de procedimientos Penales.

³ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. *Derecho Procesal Penal*. 3ª edición, Editorial, Mc. Graw-Hill, México, 2002. p. 16.

⁴ FLORIS MARGADANT, Guillermo. *Derecho Privado Romano*. 7ª edición, Editorial, Esfinge, México, 1990. p. 176.

Con frecuencia, durante la República, el Senado intervenía en la dirección de los procesos, y si el hecho era de lesa majestad, obedeciendo la decisión popular, encargaban a los cónsules las investigaciones.

“En los asuntos criminales, en la etapa correspondiente a las legis acciones, la actividad del Estado se manifestaba, tanto en el proceso penal público, como en el privado. En el privado, el Estado era una especie de árbitro: escuchaba a las partes y basándose en lo expuesto por éstas, resolvía el caso.”⁵

Este tipo de proceso cayó en descrédito, por lo cual fue adoptado en proceso penal público, llamado así porque el Estado sólo intervenía en aquellos delitos que amenazaban el orden y la integridad política.

Más tarde, en esta misma etapa, se llegó al procedimiento inquisitivo, iniciándose el uso del tormento que se aplicaba al acusado y aún a los testigos; juzgaban, los pretores, procónsules, los prefectos y algunos otros funcionarios.

El Estado, a través de subróganos determinados y atendiendo al tipo de infracción, aplicaba invariablemente penas corporales o multas, patentizando así la ejemplaridad.

El proceso penal público, revestía dos formas fundamentales; la *cognitio* y la *accusatio*; la primera, la realizaban los subróganos del Estado, y la segunda, en ocasiones, estaba a cargo de algún ciudadano.

“En la *cognitio*, considerada como la forma más antigua, el Estado ordenaba las investigaciones pertinentes para llegar al conocimiento de la verdad, sin tomar consideración al procesado, porque solamente se le daba injerencia después de pronunciado el fallo, para solicitar del pueblo se anulara la sentencia.”⁶

⁵ PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. 10ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2002. p. 426.

⁶ FLORIS MARGADANT, Guillermo. Op. cit. p. 381.

Si la petición era aceptada, había que someterse a un procedimiento (anquisitio), en el cual se desahogaban algunas diligencias para dictar una nueva decisión.

“La *accusatio*, surgió en el último siglo de la República y evolucionó las formas anteriores; durante su vigencia, la averiguación y el ejercicio de la acción se encomendó a un acusador representante de la sociedad, cuyas funciones no eran, propiamente, oficiales, la declaración del derecho era competencia de los comicios, de las cuestiones y de un magistrado.”⁷

Con el transcurso del tiempo, las facultades conferidas al acusador fueron invalidadas por las autoridades mencionadas; sin previa acusación formal investigaban, instruían la causa y dictaban sentencia.

Al principio de la época imperial, el Senado y los emperadores administraban la justicia; además de los tribunales penales, correspondía a los cónsules la información preliminar, la dirección de los debates judiciales y la ejecución del fallo.

Bajo el Imperio, el sistema acusatorio no se adoptó a las nuevas formas políticas y como la acusación privada se llegó a abandonar por los interesados, se estableció el proceso extraordinario, para que los magistrados, al fallar la acusación privada, obligatoriamente lo llevaran a cabo.

De lo apuntado, se concluye: en el procedimiento penal romano (salvo la etapa del Derecho Justiniano de la época imperial), los actos de acusación defensa y decisión, se encomendaban a personas distintas, prevaleció el principio de publicidad; la prueba ocupó un lugar secundario y la sentencia se pronunciaba verbalmente, conforme a la conciencia del Juez.

⁷ CENICEROS y GARRIDO, José. *La Ley Penal Mexicana*. 6ª edición, Editorial, Trillas, México, 1998. p. 89.

1.2. En Grecia.

Al venir estudiando los orígenes del proceso penal nos resultaría imprudente no señalar lo relacionado a esta institución en Grecia porque, como es sabido, aquí se rindió culto a la elocuencia y que los negocios judiciales se veían en público y ante los ojos del pueblo. No se permitía la intervención de terceros en los juicios. El acusador era el mismo ofendido y tenía que exponer verbalmente su caso ante los jueces griego, alegando de viva voz, en tanto que el acusado tenía que defenderse por sí mismo. Se permitía que los terceros lo auxiliasen en la redacción de las defensas usando de instrumentos que preparaban, llamados logógrafos.

“La función de declarar el derecho correspondía al Arcontado y al Tribunal de los Heliastas, que tomaban sus decisiones después de haber escuchado el alegato de las partes y de haber recibido las pruebas que éstas ofrecían, decretándose la condenación por medio de bolos negros, y la absolución por el empleo de bolos blancos. También existió en Grecia el Anficionado, pero esta institución más bien constituía una asamblea legislativa compuesta por los representantes populares de las diferentes colonias griegas que reconocían a Atenas como sede.”⁸

Realizada la conquista de Grecia por las huestes del Cónsul Flaminio, los pueblos sojuzgados por Roma conquistaron al vencedor por su cultura más avanzada, y de esta manera se transplantaron al Lacio las instituciones jurídicas griegas, y el Foro Romano adquirió la brillantez y el esplendor de las instituciones helénicas, perfeccionadas por el fino espíritu latino.

“La historia del pueblo griego se inicia en la prehistoria, pero nos resulta de mayor interés la época antigua. Como lo vimos en los pueblos prehistóricos, los griegos se organizaron según el régimen de la gens, familia amplia, que para entonces ya giraba en torno al varón.”⁹

⁸ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. cit. p. 10.

⁹ Ibidem. p. 12.

El Areópago correspondía al consejo de ciudadanos (eupátridas) que administraban justicia criminal, en tanto que el arconte poseía entre otras facultades; las políticas y las militares. Era ante el arconte, ante el cual se presentaba la acusación, para después convocar al tribunal del Areópago.

“Dracon (621aC), uno de los arcontes, prohibió la venganza privada (autodefensa unilateral), aunque es más conocido por la drasticidad de sus sanciones (sanciones draconianas).”¹⁰

Ya durante el periodo clásico, ciertas cuestiones política entre Pericles y Cimón condujeron a la promulgación de una ley (de Efiltes) que le restó facultades al Areópago, y más tarde el arcontado dejó de ser un privilegio de los ricos y se estableció que las funciones públicas debían ser renumeradas.

Después Pericles aparece en escena la Eliae, tribunal cuyos miembros se elegían democráticamente. No había acusador o actor y el procedimiento tenía dos fases: instructora, donde los magistrados instruían; y resolutoria, en la que los jurados resolvían. Cualquier persona podía denunciar.

En Atenas a decir de Floris Margadant:

“Las funciones oficiales eran anuales y se procuraba que en el transcurso de su vida la mayor parte de los ciudadanos recibieran la oportunidad de participar en la vida pública, ya sea como magistrados, jueces o consejeros. Todo magistrado era controlado severamente en forma represiva, después de entregar la administración a su sucesor, pero también anticipadamente, mediante un control llevado a cabo, de ordinario por una comisión de arcontes (los seis thesmothetati) respecto del cumplimiento del candidato con ciertos requisitos formales y morales.”¹¹

¹⁰ SILVA SILVA, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. 10ª edición, Editorial, Harla, México, 2000. p. 79.

¹¹ FLORIS MARGADANT, Guillermo. Op. cit. p. 97.

Fue durante esta época cuando se introdujo la oratoria en el foro. Así, apareció la costumbre de que los interesados llevaran a un orador para que alegara. A partir de Anfión se escribieron los alegatos y se recibía una recompensa, éste fue el germen del defensor.

“Durante el mismo periodo coexistieron Grecia y Roma. Una rebelión de los macedonios dio lugar a la caída de Corinto (146), fecha a partir de la cual la historia griega quedó subordinada a la romana.”¹²

Los griegos contribuyeron al régimen constitucional. Sus reflexiones sobre los fenómenos, abrieron el campo para referirse a la justicia. Incluso las sentencias se debían elaborar en base a un sentimiento de justicia, más que de reglas jurídicas legisladas.

Un instrumento dado a conocer por los griego -la lógica- marcó la pauta para posteriores desarrollos. La lógica, aún en la actualidad, sigue siendo uno de los principales instrumentos del jurista.

A la vez, la dualidad de fases en el enjuiciamiento nos recuerda otras que habrían de acogerse después de la Revolución Francesa: la instrucción y el juicio.

1.3. En España.

En el antiguo Derecho español, el procedimiento penal no alcanzó un carácter propiamente institucional; sin embargo, en algunos ordenamientos jurídicos como el Fuero Juzgo, se dictaron disposiciones de tipo procesal muy importantes.

El título I, del libro VI, de ese cuerpo normativo, se ocupó de la acusación; establece los requisitos y forma de hacerla; las garantías del acusado frente al acusador y al Juez; de la necesidad de la prueba por parte del acusador y sobre la confesión del reo cuando no esté probada la acusación ni su inocencia.

¹² PETIT, Eugene. Op. cit. p. 263.

En el título V, se alude a la acusación popular contra el homicida y se destaca en forma importantísima la influencia concedida a los obispos sobre los jueces, así como también el asilo eclesiástico.

En el libro VII, título IV, se consagran garantías a la libertad individual, disponiendo, bajo ciertas penas, que el malhechor preso no pueda ser detenido en casa del que le aprehendió más que un día o una noche, debiendo ser entregado después al Juez.

Es notable el esfuerzo de estas leyes para otorgar garantías al individuo y entre otros aspectos, se dispuso que: las justicias no se hicieran ocultamente sino paladinamente, entre todos, buscando en la publicidad acaso una garantía y de cierto, el ejemplo; asimismo: que nadie sea echado de lo suyo por fuerza.

Aunque en las Siete Partidas, aparece un conjunto mayor de disposiciones para regular el proceso penal, éstas no acusan el adelanto del Fuero Juzgo.

En la partida séptima, título I, se habla de la acusación, de su utilidad y de sus formas.

“En el título II, se indica quién puede acusar y a quién, en los títulos VII, VIII, IX, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XXV, XXVI, XXVIII y XXIX, se reglamentan diversos aspectos del procedimiento, entre otros: el de los errores por los que pueden ser acusados los menores de edad; el hecho de que aquél que es absuelto, una vez, por juicio acabado del error que hizo, no lo pueden acusar nuevamente; el deber del Juez de escoger a un solo acusador cuando muchos quisieran acusar a alguien de algún delito; la obligación de presentar por escrito la acusación, conteniendo el nombre del acusador y del acusado, el del Juez ante quien se hace, el del delito, el lugar, el mes y el año; el deber del juzgador de recibir la acusación, tomando al acusador la jura de que no se mueve maliciosamente y emplazar al acusado dándole traslado de la

demanda, señalándose un plazo de veinte días para que responda; la obligación del Juez de examinar las pruebas con gran cuidado; si éstas no atestiguan claramente el hecho y si el acusado es hombre de buena fama, debe ser absuelto; en caso contrario, si de las pruebas se desprendía algún indicio, el Juez podía hacerlo atormentar para conocer la verdad.”¹³

En la Ley XV, de la séptima Partida, se estableció que el autor de un delito podía ser acusado: ante el Juez del lugar donde se cometiera, aunque el malhechor fuera de otra tierra; el que ejecutara un delito en un lugar y después lo hallaran en otro y fuera acusado ante el Juez donde lo encontraron y respondiere a la acusación, el pleito debía seguirse ante ese Juez, aunque el reo procediera de otro lugar; también podía ser acusado ante el Juez de su morada o donde tuviere la mayor parte de sus bienes, aunque el delito fuera cometido en otra parte, si el que realizara un delito era un hombre que huía, de un lado a otro, de manera que no pudieran hallar en lugar donde lo llevó a cabo, ni donde habitare, lo podían acusar ante el Juez del lugar en donde era aprehendido para que respondiera de la acusación.

“En el título XV, se dice que pueden demandar enmienda del daño el dueño de la cosa y su heredero, debiendo formular ante el Juez del lugar la petición correspondiente, previniendo, además que, si el acusado niega el daño y se lo prueban, debe pagar el doble.”¹⁴

Los títulos, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXVI Y XXVII, se refieren a las personas que, en concreto, pueden hacer la acusación respecto a los diversos delitos que en los mismos se mencionan.

La forma en que deben ser detenidos los acusados, está prevista en el título XXIX, y desde entonces, se indicó, que si aquellos huían del lugar donde los habían acusado, el Juez debería observar ciertos lineamientos para que le fueran

¹³ ARILLA BAZ, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*. 8ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1996. p. 191.

¹⁴ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. Op. cit. p. 126.

remitidos los delincuentes, siendo obligatorio para los jueces hacerlo mediante carta dirigida al Juez requerido, quien aun en contra de su voluntad accedería a ello.

El tormento, fue instituido en forma general, con excepción de los menores de catorce años, los caballeros, los maestros de las leyes u otros saber, los consejeros del Rey y otros personajes.

Por otra parte, el Fuero Viejo de Castilla (siglo XIV), señala algunas normas del procedimiento penal; como las referentes a las pesquisas y acusaciones a los funcionarios encargados de practicar visitas de inspección en el ramo de justicia (medios), y a la composición.

“Por último, la Novísima Recopilación trata de la jurisdicción eclesiástica, de su integración y funcionamiento, policía, organización; atribuciones del Supremo Consejo de Castilla, Salas de la Corte y sus alcaldes, órganos de jurisdicción criminal y el procedimiento a seguir ante ellos, audiencias, abogados, Procuradores, escribanos, etcétera, alcaldes del crimen en las chancillerías, procedimiento ante éstos y, en general, de los juicios criminales.”¹⁵

A manera de resumen, podemos decir que sobre las bases del proceso penal antiguo y del proceso canónico, se edificó el proceso penal común o proceso mixto, que conservó, para el sumario, los elementos que caracterizan al sistema inquisitorio en cuanto al secreto y a la escritura y para el plenario, la publicidad y la oralidad, como en el sistema acusatorio, aunque prevaleciendo el inquisitorio y también la dualidad en el régimen de pruebas a conciencia como la prueba legal o tasada.

“El proceso penal común, es fruto de las investigaciones de los juristas de Bolonia y se implanta en Alemania, en la Constitución Criminalis Carolina de

¹⁵ FRANCO SODI, Carlos. *Procedimiento Penal Mexicano*. 6ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1997. p. 95.

1532 y en Francia, en la célebre Ordenanza Criminal de Luis XIV el año de 1670.”¹⁶

Los jueces disfrutaban del arbitrio judicial, como justicias del Monarca. En Italia, en el siglo XVI, los jurisconsultos Marsilio, Julio Claro, Farinacio y Menocio, establecieron las normas del Procedimiento criminal y la libertad en la defensa del acusado, así como la intervención de defensores. En el Derecho germánico, el procedimiento se distingue por el formalismo del proceso, y se admite al directamente ofendido por el delito para darle impulso.

“El ofendido por el delito, reclamaba su derecho por medio de la venganza. Se aplicaba el juramente purgatorio, las Ordalías y el Juicio de Dios y el procedimiento no se iniciaba si el directamente ofendido por el delito no lo quería. Existía una completa separación entre las funciones instructorias y las que corresponden al período del juicio.”¹⁷

El Juez que instruye, no es el mismo que falla. En la Ordenanza Carolina, así llamada por haberla decretado el Rey Carlos I de España y V de Alemania, se desconoció a la confesión el absoluto valor probatorio que tenía en el proceso penal canónico; se necesitaba que fuese acompañada de otros medios de prueba. En Francia, el Juez Instructor era el árbitro en los destinos del acusado, y al dirigir y dar forma al proceso, al disfrutar de ilimitado arbitrio judicial, establecía los fundamentos sobre los cuales se levantó todo el procedimiento, sentenciando al acusado en secreto, sin oírlo en defensa, sin hacerle saber el nombre de su acusador, empleando la pesquisa y el tormento como fecundo sistema de intimidación.

¹⁶ Ibidem. p. 96.

¹⁷ ACERO, Julio. *Procedimiento Penal*. 2ª edición, Editorial, Cajica, Puebla, México, 1996. p. 129.

1.4. En nuestro país.

La evolución histórica del Procedimiento Penal Mexicano, desde la Independencia hasta nuestros días, merece un estudio especial con el fin de señalar las distintas etapas por las que han pasado nuestras instituciones procesales.

“Durante la época de la Colonia, rigieron en la Nueva España, juntamente con la Recopilación de las Leyes de Indias, mandada observar por Carlos II en el año de 1680, el Fuero Juzgo, las Siete Partidas de Don Alfonso el Sabio y la Real Ordenanza de Intendentes expedida por Carlos III en el año de 1786, aunque los preceptos de más frecuente uso que siguieron observándose en México, muchos años después de consumada la independencia, fueron las Leyes de Partidas así como diversas pragmáticas, cédulas y disposiciones acordadas por el Consejo de Indias.”¹⁸

La diversidad de fueros existentes y la variedad de leyes que se aplicaban en la época colonial, hacía que la administración de justicia se impartiese tardíamente. Además, las leyes españolas constituían una mezcla heterogénea de preceptos de carácter sustantivo y de orden formal, lo que originaba en la práctica continuas complicaciones. Como las Siete Partidas estructuraban el proceso penal en el sistema de enjuiciamiento de tipo inquisitorio, resultaban confundidas las disposiciones de carácter eclesiástico, profano, foral y real.

“En los procesos criminales se observaban las enseñanzas contenidas en los tratados de derecho, como la Materia Criminal Forense publicada en Madrid por el doctor don Cenen de Vilanova y Mañés en el año de 1807, que contiene interesantes formularios en materia de enjuiciamiento; la Curia Filípica, y durante el México independiente la Curia Filípica Mexicana.”¹⁹

¹⁸ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. 10ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2001. p. 53.

¹⁹ *Ibidem*. p. 54.

Para facilitar el estudio de los órdenes histórico-procesales, señalaremos tres etapas: 1ª Leyes del Procedimiento Penal vigente en la Nueva España antes de la consumación de la independencia. 2ª Leyes procesales vigentes desde la consumación de la Independencia hasta la expedición del Código de Procedimientos Penales de 1880, y 3ª Leyes Procesales expedidas desde 1880 hasta nuestros días.

Antes de consumarse la independencia de México, el proceso penal se encontraba regido por el sistema de enjuiciamiento inquisitorio. La ley investía al Juez de un poder omnímodo que aún no queriéndolo, no podía eludir y el procedimiento penal se caracterizaba por una absoluta falta de garantías para el acusado; las prisiones indefinidas, las incomunicaciones rigurosas que se prolongaban para arrancar la confesión, al acusado, las marcas, los azotes, el tormento y cuanto medio es imaginable para degradar la condición humana del penado; los interrogatorios capciosos y pérfidos y los medios de coerción más abominables unidos a la confesión con cargos, eran de uso frecuente en esta época en que se juzgaba el delito en abstracto y se hacía caso omiso del conocimiento de la personalidad del delincuente. En los tribunales inquisitoriales, el medio clásico de convicción lo era el tormento; al inculpado se le sentenciaba en secreto, sin oírlo en defensa y sin que supiese el nombre de su acusador o conociese a las personas que declaraban en su contra; imperaba la confiscación de bienes y el procedimiento de la pesquisa. Abolido el tormento por las Cortes Españolas en 1812 y más tarde, por el Rey Fernando VII en el año de 1817, el influjo de las corrientes renovadoras que la Revolución Francesa proyectó a través del tiempo, inició tanto en España como en México, una transformación en los caducos procedimientos judiciales que se venían aplicando desde la época del Rey Don Alfonso el Sabio.

Con el propósito de precisar lo antes esbozado, será conveniente puntualizar las siguientes etapas.

1.4.1. En la Colonia.

Al llevarse a cabo la Conquista, los ordenamientos legales del Derecho Español y las disposiciones dictadas por las nuevas autoridades, desplazaron los sistemas jurídicos azteca, texcocano y maya.

Diversos cuerpos de leyes (la Recopilación de las Leyes de Indias, las Siete Partidas de Don Alfonso el Sabio, la Novísima Recopilación y muchas otras más), establecieron disposiciones procesales.

“En realidad, no existía un grupo de normas organizadas institucionalmente para regular el procedimiento en materia criminal, y aunque las Siete Partidas, de manera más sistemática, pretendían establecer los preceptos generales para el mismo, al estructurar el proceso penal en el sistema de enjuiciamiento de tipo inquisitorio, resultaban confundidas las disposiciones de carácter eclesiástico, profano, foral y real.”²⁰

A medida que la vida colonial fue desarrollándose, se presentaron diversidad de problemas que las leyes españolas no alcanzaban a regular; se pretendía que las Leyes de Indias suplieran tales deficiencias; sin embargo, como los problemas se acentuaban mayormente por las arbitrariedades de los funcionarios, de los particulares y también de algunos de los predicadores de la doctrina cristiana: “en 1578, Felipe II, decretó sanciones rigurosas para frenar toda clase de abusos e invasión de competencias.”²¹ Para esos fines, recomendó a obispos y corregidores se ciñeran estrictamente al cumplimiento de la esfera competencia de su cargo y a respetar; las normas jurídicas de los indios, su gobierno, policía, usos y costumbres, dejándose de tomar en cuenta, cuando contravinieran al Derecho Hispano.

²⁰ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. cit. p. 17.

²¹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. p. 54.

Los funcionarios con atribuciones legales para investigar el delito en la administración de justicia penal, tenían injerencia: el Virrey, los gobernadores, los capitanes generales, los corregidores y muchas otras autoridades.

La personalidad del Virrey, ha sido descrita de la siguiente manera:

“Era capitán general, justicia mayor, superintendente de la Real Hacienda y Vicepatrono.

En función del Vicepatrono, representaba al Rey en las atribuciones religiosas del Patronato; con su alta investidura, llegó a ser el eje principal, en torno al cual giraban gobernadores, corregidores, alcaldes mayores y también los integrantes de la Real Audiencia, puesto que la designación de funcionarios y la decisión de los asuntos de que éstos conocían, no eran ajenos a su influencia y caprichos.”²²

Los gobernadores, eran nombrados por el Virrey; gobernaban circunscripciones políticas de menor importancia, tenían bajo su responsabilidad el cuidado del orden, la administración de justicia y la resolución de todo problema que se presentara.

A los corregidores, se les adscribía a los distritos, o a lugares indicados por el Virrey, para que: cuidaran el orden, administraran justicia, dictaran disposiciones legales y dirigieran los aspectos administrativos de su circunscripción territorial.

Los alcaldes mayores, estaban subordinados a los corregidores, ejercían funciones administrativas o judiciales en los lugares de su adscripción.

“Respecto a la disposición para designar funcionarios indios, como indicamos, la administración pública en la Nueva España, se desenvolvía, teniendo como

²² AZUELA, Salvador. *Apuntes de Derecho Constitucional*. 2ª edición, Editorial, Cárdenas editor, México, 1996. p. 36.

jefes, en todas las esferas, personas designadas por los Reyes de España, por los Virreyes y demás autoridades: los nombramientos, obedecían a influencias políticas y durante mucho tiempo no se dio ninguna injerencia a los indios para que actuaran en ese ramo; fue hasta el 9 de octubre de 1549, cuando en una cédula real se ordenó que se hiciera una selección entre los indios para que desempeñaran los cargos de alcaldes, Jueces, regidores, alguaciles, escribanos, etc., especificándose que la justicia se impartía de acuerdo con los usos y costumbres que habrían gobernado su vida.”²³

Los alcaldes indios, auxiliados por alguaciles, aprehendían a los delincuentes indios y los llevaban a las cárceles de españoles del distrito correspondiente.

Al proclamarse la Real Ordenanza para el establecimiento e instrucción de Intendentes del Ejército y provincia en el Reino de la Nueva España, se crearon doce Intendencias, encargadas de los servicios de Hacienda y Justicia, para así, atender con mayor eficacia los servicios públicos. Como consecuencia, los funcionarios indios se relegaron al olvido y cada Intendente se encargaba de impartir justicia en lo civil y en lo criminal, auxiliados por subdelegados, quienes investigaban los hechos delictuosos e instruían los procesos para que, al estar en condiciones de dictar sentencia, lo hiciera así el intendente, asesorado por un teniente letrado.

En la Nueva España se establecieron ciertos mecanismos tendientes a lograr cierta imparcialidad en el Juzgador, y así se crea el Juicio de residencia.

En general, la administración de justicia colonial dependió del monarca español, y las sentencias que se pronunciaban eran en nombre de su majestad.

Hacia 1722, con motivo de los frecuentes asaltos que había en los caminos, se creó el Tribunal de la Acordada, que tenía competencia para resolver de los

²³ Ibidem. p. 37.

delitos cometidos en los caminos. Era independiente del virrey y utilizaba procedimientos sumarios.

“A pesar de la existencia de la Audiencia, ésta fue materialmente incapaz de impedir los diversos delitos que se cometieron durante el siglo XVII. La escasez de alimentos, el aumento en el número de vagabundos, el asalto al Palacio del Virrey (1692) y el auge del bandidaje llevaron en un primer momento a autorizar a particulares (hacendados) para establecer cárceles particulares. Más tarde, un acuerdo de la Audiencia eximió al virrey de dar cuenta con sus sentencias a la Real Sala, lo que llevó a este último a ejercer el poder (para someter a los bandidos) propiciando los Tribunales de la Acordada, así llamados debido al acuerdo de la Audiencia que los creó.”²⁴

Este tribunal de la acordada no existió en otros virreinos, lo que significa que fue una creación local que respondía a las necesidades del momento.

“Durante esta fase histórica del derecho indiano, por su fuerte color ideológico se conoce más al Tribunal del Santo Oficio. Este tribunal funcionaba accidentalmente, pero se convirtió en permanente cuando los Reyes Católicos pidieron al Papa Sixto IV que implantara uno en la península (1478).”²⁵

Al llegar los conquistadores al continente, el tribunal no se trasladó, sino que, debido a ciertos rumores de que algunos judíos se habían internado en la colonia, se ordenó al virrey que instituyera el Tribunal del Santo Oficio (1569).

La Constitución de Cádiz de 1812 marcó el inicio de la que se ha dado en llamar Era Gaditana, que se inspiró en principios más evolucionados que los del derecho indiano pero que, en especial, superó la organización de justicia anterior.

Con motivo de la Constitución de 1812, una resolución de la Audiencia impuso la extinción del tribunal de la Acordada. De forma análoga, en la Era Gaditana, el tribunal de la inquisición funcionó hasta 1813, fecha que fue eliminado

²⁴ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. Op. cit. p. 131.

²⁵ SILVA SILVA, Jorge. Op. cit. p. 151.

por las Cortes de Cádiz y aunque volvió a restablecerse, se suprimió definitivamente en 1820.

1.4.2. En la Independencia.

Al proclamarse la independencia nacional, continuaron vigente las leyes españolas, con los sistemas procedimentales mencionados, hasta la publicación del Derecho Español, de 1812, que creó los Jueces letrados de partido, con jurisdicción mixta, civil y criminal, circunscrita al partido correspondiente, conservó un solo fuero para los asuntos civiles y criminales, así como, acción popular para los delitos de soborno, cohecho y prevaricación.

“El 4 de septiembre de 1824 se expide en la naciente República de México la primera ley para mejorar la administración de justicia y los procedimientos judiciales. Después se expidieron las leyes de 16 de mayo de 1831 y de 18 de mayo de 1840, que sufren continuas modificaciones durante el régimen centralista del General López de Santa Anna. Merece especial mención la Ley de 23 de mayo de 1837, que preferentemente se ocupa del Procedimiento Penal y señala las normas que deben seguirse en la secuela del proceso, pero como además de estas disposiciones, se continuaban aplicando las antiguas leyes españolas, esto daba origen a multitud de deficiencias y trámites.”²⁶

Los cambios frecuentes de los gobiernos que se sucedían y las revoluciones y cuartelazos que ocurrieron en la República, así como la lucha sostenida contra la Intervención y el Imperio, mantuvieron en un estado letárgico a nuestras instituciones procesales sin que pudiera lograrse una efectiva labor de codificación.

La necesidad de una labor de codificación era palpable. Las viejas leyes españolas, de indudable excelencia, no se ajustaban ni respondían a las necesidades de la época y principalmente, a las aspiraciones de un pueblo que

²⁶ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. *Derecho Penal Mexicano*. 2ª edición, Editorial, Harla, México, 1990. p. 74.

luchó con tesón con el extranjero para consolidar sus libertades. Las leyes de 23 de noviembre de 1855 derogando las disposiciones vigentes en la época del centralismo y de 5 de enero de 1857 para juzgar a los homicidas, heridos y vagos, no pueden reputarse sino como circunstanciales, así como la de 4 de mayo de 1857 que estableció la forma como deberían practicarse las visitas de cárceles; en todo lo demás, se siguió observando la legislación española en lo que se refiere al procedimiento penal. Sin exageración, decía Rodríguez de San Miguel:

“Puede decirse que nuestra jurisprudencia criminal es una mezcla informe y monstruosa, compuesta de ideas serviles y liberales, de principios retrógrados y de progreso, de máximas absurdas e inadmisibles y de otras, recibidas de países cultos y civilizados.”²⁷

En el mismo Código y al lado mismo de la atrocísima e ineficaz ley que estableció el tormento, como medio de prueba, se encuentra tal vez otra en que descansa la conciencia del Juez para declarar a uno, reo de la última pena. En el mismo cuerpo de derecho en que vemos admitidos como posibles los delitos de sortilegio, hechizos y encantamientos; en que vemos sancionadas las inmorales penas de la marca y de los azotes, y en que se pone a los reos por medio del juramento en la dura alternativa de cometer un nuevo crimen perjurándose o de condenarse a sí propio, en ese mismo cuerpo de derecho, vemos también sentado el principio de humanidad, de que vale más salvar al delincuente que condenar al inocente; pero ¿para qué detenernos en la enumeración de las anomalías que contiene la legislación bárbara de otros tiempos y qué tan mal se aviene con las circunstancias de nuestro siglo? Basta saber que hoy, por la falta de un Código Criminal se encuentra a merced de los Jueces la graduación de las pruebas, la imposición de las penas y aún la misma tramitación de los procesos.

“La Ley Montes de 5 de enero de 1857, que lleva el nombre de su autor, don Ezequiel Montes, Ministro de Justicia en el Gabinete del Presidente don Benito

²⁷ Cit. Por VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*. 6ª edición, Editorial, Porúa, México, 1996. p. 119.

Juárez y que se expidió para juzgar a los homicidas, heridores y vagos, fue una ley transitoria; no introdujo reformas capitales en el procedimiento penal y no tuvo más finalidad que establecer las medidas para juzgar sumariamente a los malhechores que infestaban el territorio nacional, prevaleciendo de la situación caótica por que atravesaba el país, con motivo de la Guerra de Reforma. Triunfante la República sobre el Imperio e imbuidos los vencedores de los conceptos del liberalismo y de la democracia, se expide la primera Ley de Jurados el 15 de junio de 1869, del notable jurisconsulto don Ignacio Mariscal que, a pesar de los defectos que el propio autor le reconoce, vino a llenar un vacío con el establecimiento del juicio por jurados, y por primera vez en nuestra vida independiente, se menciona en ella a la institución del Ministerio Público.”²⁸

Aunque a mediados del siglo XX, se fueron restringiendo las formas procesales que caracterizan al sistema inquisitorio y se reconocieron algunos derechos para el inculcado, eran tan limitados, que podemos afirmar que en el procedimiento mexicano, en la época que nos ocupa, seguía imperando el sistema inquisitorio. La instrucción de los procesos llamada sumario era tardía y duraba muchos años, traduciéndose en molestias incalculables para quienes quedaban sujetos a la prisión preventiva y al final del proceso, con la absolución de la instancia, el inculcado quedaba en una situación incierta, con la amenaza de ser nuevamente detenido. En la fase del sumario, el inculcado carecía absolutamente de medios para defenderse, a tal extremo que al abrirse el período de juicio o plenario, resultaba impotente para destruir las pruebas adversas que iba acumulando el Juez y los principios de publicidad y oralidad en este período, eran nominales. Por otra parte, el empleo frecuente de la confesión con cargos y las rigurosas incomunicaciones que se imponían al inculcado desde el momento de su detención, hacían más rígido el sistema procesal imperante. La falta de codificación originaba que los Jueces dirigiesen el proceso a su modo, invocando preceptos varios; y es común encontrar en las sentencias pronunciadas en los

²⁸ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. cit. p. 20.

juicios criminales a fines del siglo pasado, disposiciones contenidas en las Leyes de Partidas.

La expedición del Código Penal de 7 de diciembre de 1871, obra de Antonio Martínez de Castro, que constituye el primer intento de codificación seria, hizo imperiosa la necesidad de completar la reforma legislativa con una buena Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el Congreso de la República, por decreto de 1º de junio de 1880, autorizó al Ejecutivo para expedir el Código de Procedimientos Penales y para organizar la administración de justicia en el Distrito Federal y en el Territorio de Baja California. Desde el 4 de febrero de 1871 se integró una comisión para estudiar las reformas al Procedimiento Penal. Se tuvo en cuenta la imposibilidad de coexistencia del Código Penal de Martínez de Castro, próximo a expedirse, con la diversidad de leyes que constituían la herencia de la Colonia.

“La comisión estuvo compuesta por los señores Licenciados don Manuel Dublán, don Manuel Ortiz de Montellano y don Luis Méndez. Más tarde, se agregaron a la comisión los señores Licenciados don José Linares y don Manuel Siliceo y como Secretario fungió el señor Licenciado don Pablo Macedo. El plan adoptado fue seguir los lineamientos contenidos en el flamante Código Penal de 1871.”²⁹

La comisión coronó su esfuerzo, presentando a la Secretaría de Justicia el proyecto de Código de Procedimientos Penales, el 18 de diciembre de 1872. La súbita muerte del Presidente Juárez acaecida en ese mismo año y los disturbios internos que le sucedieron, ocasionaron un aplazamiento en la publicación de la Ley Procesal. El Presidente de la República dispuso que se revisara el proyecto y se incluyesen en la ley las observaciones hechas por el Ejecutivo. Después se hizo una nueva revisión al proyecto original y se incluyeron otras modificaciones sugeridas por el Secretario de Justicia don Protasio Tagle. Hubo el propósito de no festinar la publicación del nuevo Código y de escuchar las observaciones hechas en los diversos sectores interesados. Con este fin, se imprimió el proyecto en el

²⁹ Ibidem. p. 21.

año de 1837 y se distribuyeron profusamente los ejemplares entre los miembros de la Curia.

“Posteriormente, los abogados Dublán y Macedo revisaron nuevamente el proyecto y tuvieron en cuenta las observaciones hechas, por instrucciones expresas del entonces Secretario de Justicia en el gabinete del Presidente don Porfirio Díaz, Licenciado Ignacio Mariscal, quien igualmente intervino en el estudio de la ley. Por otra parte, el clamor público era general contra la institución del Jurado Popular, creada por la Ley de 15 de junio de 1869 a consecuencia de una serie de veredictos escandalosos y otras corruptelas y abusos y se pugnaba porque fuese abolido.”³⁰

El gobierno de la República, no juzgó conveniente que se aboliese una institución que había tenido tan efímera vida y optó por atender a las sugerencias del Tribunal Superior de Justicia del Distrito, introduciendo algunas reformas substanciales a su funcionamiento. Los señores Macedo y Dublán trabajaron con más ahínco en dar cima a la obra emprendida, con la colaboración del propio Ministro de Justicia y del Promotor Fiscal, Licenciado de Emilio Monroy, hasta conseguir que la Ley se promulgase el 15 de septiembre de 1880, para que entrase en vigor el 1º de noviembre del mismo año. Al fin se había logrado lo que desde mediados del siglo XIX fue motivo de honda preocupación entre los miembros del Foro de México por la imprescindible necesidad que había de contar con una Ley de Enjuiciamiento Criminal que estableciese las reglas a que debía sujetarse el desarrollo de los procesos.

La época independiente, se caracterizó por ser una etapa de reacomodo del procedimiento penal y además ordenamientos, siendo la Constitución de 1857 la que recogió los derechos humanos, es decir, los reconoció, especialmente los de enjuiciamiento penal y los plasmó como derechos garantizados.

³⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*. T. P-Z. 10a edición, Editorial, Porrúa-UNAM, México, 1999. p. 1790.

1.4.3. Constitución de 1917.

Antes de hablar de la Constitución de 1917 es importante señalar la llamada época constitucionalista del derecho procedimental penal, la cual, está referida a la forma como las Constituciones y demás ordenamientos fueron plasmando en su texto constitucional, importantes garantías para el procesado y formas de substanciar dicho procedimiento.

Ahora bien, como lo señalamos fue la Constitución de 1812 la que creó los Jueces llamados de Partido con competencia civil y criminal, pero de ahí en adelante se darían cambios importantes en las Constituciones y ordenamientos que a continuación señalaremos.

En el curso del siglo XIX se expidieron en materia federal: el Código Federal de Procedimientos Penales de 18 de diciembre de 1908 que siguió los lineamientos del Código de Procedimientos Penales en el Distrito Federal de 1894; dispone que los Jueces de Distrito y Magistrados de Circuito, formen parte de la Policía Judicial y contiene capítulos destinados a regular las acciones y las excepciones. Adelantándose a su época, reconoce el arbitrio judicial durante la secuela del procedimiento disponiendo que para la comprobación del cuerpo del delito, el Juez gozará de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que juzgue conducentes, según su criterio, aunque no sean de los que designe y detalle la ley, siempre que estos medios no estén reprobados por ésta y en materia de libertad provisional, la limita hasta cinco años.

Al promulgarse la nueva Carta Fundamental de la República el 5 de febrero de 1917, al triunfo de la Revolución Constitucionalista acaudillada por don Venustiano Carranza, se modificó substancialmente el procedimiento penal mexicano, al abandonarse la teoría francesa que estructuró nuestros códigos y al quitar a los Jueces el carácter de miembros de la Policía Judicial.

No hemos querido referirnos en esta reseña histórica a las diversas leyes expedidas para organizar el Ministerio Público y los tribunales, pero es pertinente hacer notar que los Códigos Procesales anotados, adolecieron del defecto de comprender en su articulado, disposiciones enteramente ajenas al procedimiento dando lugar a que por la frecuencia con que se han modificado las leyes de organización e cada cambio de régimen, también resultarían modificadas las reglas del Procedimiento y que no podía juzgarse de la eficacia de una ley que al poco tiempo era derogada.

En el año de 1929, hallándose al frente del Poder Ejecutivo de la Nación Emilio Portes Gil, se integró una comisión en la que figuraron los señores Licenciados “Felipe Canales, José Almaraz, Luis Chico Goerne y Guadalupe Mainero, que tuvo por finalidad reformar la legislación penal y procesal que ya resultaba anticuada y en pugna con las disposiciones contenidas en la Carta Fundamental de la República y el 15 de diciembre del mismo año, se expidió el Código de Organización, Competencia y Procedimientos en Materia Penal para el Distrito Federal y los Territorios. Dicha legislación tuvo una vida fugaz y por diversas razones que no son del caso mencionar, fue objeto de acerbos críticas hasta su abrogación que se operó al expedirse el Código de Procedimientos Penales de 27 de agosto de 1931.”³¹

El 23 de agosto de 1934, se promulga el Código Federal de Procedimientos Penales interviniendo en su redacción “el Procurador General de la República, Licenciado Emilio Portes Gil y los señores Licenciados Ángel González de la Vega, Ángel Carvajal, Alberto R. Vela, Macedonio Uribe, Telésforo A. Ocampo, Jr., Ezequiel Burguete, José Ángel Ceniceros, Adolfo Desentis, Fernando Ortega y Javier Piña y Palacios.”³²

Podemos afirmar, que el Código Federal de Procedimientos Penales de 1934, es el producto de una meditada labor científica en que se trató de incluir las observaciones que la experiencia y la doctrina aconsejan, de acuerdo con la

³¹ ACERO, Julio. Op. cit. p. 96.

³² GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. cit. p. 21.

realidad mexicana y con los recursos disponibles. La expedición del nuevo Código, según se indica en la exposición de motivos, no tuvo por objeto el simple deseo de innovar sino de ajustar la nueva Ley Procesal a los preceptos contenidos en la Constitución Política de la República y en el Código Penal de 1931. Las principales reformas consisten en el establecimiento de procedimientos especiales para los menores delincuentes, toxicómanos y enfermos mentales; en reconocer a los Jueces penales cierto límite de intervención y de autonomía en lo que se refiere a la dirección del proceso a fin de no llevar a resultados extremos al sistema de enjuiciamiento de tipo acusatorio que los Constituyentes de 1917 quisieron que estructurara al proceso penal mexicano; en la adopción del arbitrio judicial facultando al Juez para investigar durante la instrucción del proceso todas aquellas circunstancias que permitan conocer los móviles que tuvo el inculpado para delinquir; la innovación introducida en lo que se refiere a la técnica del recurso de apelación, que tiene por objeto examinar si han sido violados en la sentencia de primera instancia los principios reguladores en la valorización de la prueba, o se alteraron los hechos, o se aplicó inexactamente la Ley Penal y en el pleno reconocimiento de la teoría de las funciones procesales y de los principios de oralidad, publicidad, inmediatividad, libertad absoluta en la defensa, contradicción y concentración procesales, pero donde la reforma reviste singular importancia, es en lo que se refiere al sistema de pruebas que echa por tierra el hermetismo de la prueba tasada, consagrado desde tiempos remotos. No se hace enumeración de las pruebas como se hizo en los códigos anteriores, sino que se reconoce que pueden constituirla todo aquello que se ofrezca como tal y se adopta el principio de la valorización lógica de las pruebas, haciendo que el Juez tenga libertad en su apreciación y no se inspire solamente en criterios jurídicos, sino en criterios ético sociales, pero expresando en sus resoluciones las razones que tuvo para valorizar la prueba.

“En materia militar se han expedido la Ley de Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra y de Organización y Competencia de los Tribunales Militares de 20 de septiembre de 1901, siendo Secretario del Despacho de Guerra y Marina el general de división don Bernardo Reyes y posteriormente, el 29 de

agosto de 1933, el Código de Justicia Militar en vigor, que fue formado por una comisión en la que figuraron el general de división Manuel Ávida Camacho y los generales auxiliares Licenciados Octavio Vejar y Tomás López Linares.”³³

De lo anterior, se infiere que con la etapa constitucionalista se dio mayor transparencia al procedimiento penal, haciéndolo más justo y equitativo.

³³ ARILLA BAZ, Fernando. Op. cit. p. 196.

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

En este capítulo se pretende conceptualizar las figuras jurídicas y procedimentales que tienen estrecha vinculación con el presente trabajo y que por consecuencia estaremos citando a lo largo de nuestra tesis. Por lo anterior, consideramos oportuno precisar lo siguiente.

2.1. Procedimiento Penal.

Nuestra disciplina jurídica y procedimental, ha sido conocida y concebida de diversas maneras.

Los nombres con que ha sido conocida, son diversos:

“Práctica forense, procedimientos judiciales, procedimientos criminales, materia criminal forense, práctica criminal, derecho rituario, derecho formal, derecho adjetivo, procedimientos penales, Derecho Procesal Penal, etc.”¹

Tomando en cuenta que, en México no se estudia el proceso, en sentido limitado, en que se suele tomar frente a la averiguación previa, sino toda una rama del Derecho en que, necesariamente, se incluye al Ministerio Público y sus auxiliares, el Poder Judicial con su jurisdicción y competencia, etc.; y, quizá, por ello, en Italia se habla de Derecho Judicial Penal; sin embargo, esta última denominación también pudiera no ser adecuada, porque, al centrarse en lo judicial, elimina el estudio del Ministerio Público, de la Policía Judicial, etc.

En principio, todas las denominaciones pudieran ser aceptables, si se tiene voluntad de comprender que, al estudiar el procedimiento o el proceso seguido para juzgar a un indiciado, se debe tratar todo lo que puede ser base de una

¹ RODRÍGUEZ, Ricardo. *El Procedimiento Penal en México*. 6ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1995. p. 86.

consignación, de una acusación formal, de la jurisdicción, la competencia, la organización de los tribunales, etc.

Según su personal criterio, algunos autores han elaborado diversos conceptos sobre esta materia.

Para Claría Olmedo, el Derecho Procesal Penal, es: “la disciplina jurídica reguladora de la efectiva realización del Derecho Penal. Establece los principios que gobiernan esa realización y determina los órganos, la actividad y el procedimiento para actuar la Ley Penal Sustantiva.”²

Eugenio Florián, indica: “El Derecho Procesal Penal es un conjunto de normas que regulan y disciplinan el proceso en su conjunto y en los actos particulares que le caracterizan.”³

Manzini, afirma: “El Derecho Procesal Penal es el conjunto de normas, directa e indirectamente sancionadas que se funda en la institución del órgano jurisdiccional y regula la actividad dirigida a la determinación de las condiciones que hacen aplicables en concreto, el Derecho Penal Sustantivo.”⁴

A nuestro juicio, el Derecho de Procedimientos Penales, es: el conjunto de normas internas y públicas, que regulan y determinan los actos, las formas y formalidades que deben observarse para hacer factible la aplicación del Derecho Penal Sustantivo.

De acuerdo con la distinción de las leyes, generalmente aceptadas, es posible clasificar el Derecho de Procedimientos Penales, en objetivo y subjetivo.

² CLARÍA OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. 3ª edición, Editorial, Depalma, Argentina, 1990. p. 186.

³ FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. 6ª edición, Editorial, Bosch, España, 1990. p. 139.

⁴ Cit. Por Enciclopedia Jurídica Omeba. T. VIII. 10ª edición, Editorial, Dris-Kill, Argentina, 1992. p. 680.

Desde el punto de vista objetivo, “es: el conjunto de normas jurídicas que, tomando como presupuesto la ejecución del ilícito penal, regulan los actos y las formas a que deben sujetarse los órganos competentes, para así, en su momento, definir la pretensión punitiva estatal y, en caso, hacer factible la aplicación de la pena u otra consecuencia del ilícito penal.”⁵

En el orden subjetivo, es: la facultad que reside en el Poder del Estado, para regular y determinar los actos y las formas, que hagan factible la aplicación de las penas.

Atendiendo a la organización legal, de los Estados Unidos Mexicanos, se divide en: ordinario, mismo, que, a su vez se clasifica en común o local y federal.

Tanto en uno como en otro, dado el caso, podrán darse procedimientos auxiliares o complementarios, como: procedimiento para menores, procedimientos para la extradición, la substanciación de competencias, excusas y recusaciones, amnistía, indulto, declaración o reconocimiento de inocencia, etc.

Asimismo, dentro del amplio contexto de esta rama del derecho deben incluirse los procedimientos especiales, cuyo calificativo, sólo se justifica en cuanto a que difieren del procedimiento ordinario en su conformación e implementación jurídica; o bien, derogan algunos de sus actos y formas, tal y como ocurre con la dinámica a seguir en el caso de las medidas implementadas para los menores, que se ubican en alguna hipótesis de Derecho Penal, o para las llamadas infracciones a los reglamentos gubernativos.

De los diversos conceptos emitidos, se deduce que el contenido del Derecho de Procedimientos Penales está constituido por las normas procedimentales vigentes, cuyo propósito es hacer efectivo el objeto y fines del Derecho Penal Sustantivo.

⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano*. 6ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2001. p. 76.

Conviene precisar que, si bien, dentro de su contenido existen normas dirigidas a los Jueces, al agente del Ministerio Público, a la defensa, a los testigos, etc., los destinatarios son no únicamente los mencionados, sino todos los que intervienen en el procedimiento; en cambio, el titular siempre será el Estado, a través de la persona física que lo representa.

El Derecho de Procedimientos Penales es: público, parte del derecho interno, instrumental, formal, adjetivo, accesorio, autónomo y científico.

“Es público, porque, regula las relaciones que se entablan entre el Estado y los particulares infractores del ordenamiento jurídico penal, armonizando la acción desarrollada por el primero, a través de los encargados de la función judicial, con la del individuo.”⁶

Con relación a su carácter científico, es de advertirse que, en la segunda mitad del siglo XIX, surgió una tendencia encaminada al estudio de las figuras procesales, y con ello, al revisar sus conceptos, se fijó la atención en su objeto y finalidades, iniciándose, en consecuencia, un conceptualismo abundante que provocó polémicas sobre los aspectos esenciales anotados, y, aún cuando no se logra todavía la nitidez precisa para resolver plenamente el problema, se ha logrado un notable progreso.

Más tarde, el desenvolvimiento de la ciencia procesal y de su doctrina, también alcanzó mayor plenitud, misma que, en la etapa contemporánea, continúa logrando, no es tan sólo el ángulo del Derecho vigente, lo que le da vida y carácter, sino también, la realidad social, cuyas exigencias, cada vez mayores, le imprimen perfiles propios y una personalidad definida.

2.2. Cuerpo del delito.

El cuerpo del delito en el procedimiento penal, está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales, que se contienen en la definición. Esta

⁶ Ibidem. p. 78.

idea es la más precisa y completa que hemos conocido y nos permite distinguir el cuerpo del delito, del delito mismo.

Erróneamente se ha entendido por cuerpo del delito:

“El instrumento con que el delito se ha cometido o el que ha servido al delincuente para su perpetración, o las señales, huellas o vestigios que el delito dejó, como lo sería el cadáver del que fue asesinado, el arma con que se le hirió, la tenencia en poder del ladrón de la cosa robada, el quebrantamiento de sellos, etc., que no son otra cosa que los efectos resolutivos del delito o los signos de haberse cometido.”⁷

La vaguedad en la manera con que se usa este término, nos lleva a confundir el cuerpo del delito con el efecto que produjo el hecho criminoso. El cuerpo del delito no está constituido por las lesiones, el puñal o pistola, o el objeto robado, sino por la existencia material, la realidad misma del delito: de este modo, comprobar el cuerpo del delito es comprobar su materialidad.

La base en todo procedimiento del orden criminal, es la comprobación plena del cuerpo del delito. Si no se encuentra comprobado, no podrá procederse formalmente contra persona alguna. Antes de perseguir al homicida, es necesario comprobar que el homicidio existe como una verdad de hecho, porque, si así no fuera, equivaldría a buscar la causa de un fenómeno imaginario. El cuerpo del delito debe quedar perfectamente comprobado, con el objeto de evitar que personas inocentes se vean envueltas en investigaciones judiciales por delitos que no han existido.

En la investigación científica de lo que debe entenderse por cuerpo del delito, se han expuesto opiniones diversas. La doctrina francesa sostiene:

“Que, si dijéramos que el cuerpo del delito no es otra cosa que la existencia del mismo delito, sería tanto como afirmar que el cuerpo del hombre no es otra

⁷ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. cit. p. 59.

cosa que la existencia del hombre. Se llegaría a tal extremo en la especulación filosófica, que la incursión por el terreno de la metafísica nos conduciría insensiblemente a la obscuridad y al desorden.”⁸

La palabra cuerpo nos da la idea de una substancia u objeto físico; de un conjunto formado por la reunión de diversas partes materiales, unidas entre sí con más o menos coherencia. Delito, en su acepción más amplia:

“Es toda violación al derecho, delinquere, delictum, abandono de la línea recta, separación, apartamiento de la regla, idea abstracta que requiere una mejor comprensión. Así como no existe ser humano sin que se reúnan los dos elementos: el físico y el moral, no concebimos la existencia del delito, sino por la reunión de elementos materiales e inmateriales, o elementos normativos, comprendidos en la definición que da la ley.”⁹

Cuando hablamos del cuerpo del delito, nos viene a la memoria la idea de algo preciso, objetivo, material, que podamos apreciar con el auxilio de nuestros sentidos. En la contemplación de los fenómenos que nos rodean, concebimos la existencia de un cuerpo como una substancia material en el mundo de relación. Cuerpo es todo aquello que tiene existencia y que es perceptible por nuestros sentidos.

“Los jurisconsultos romanos diferenciaron lo material de lo inmaterial, lo que constituye un cuerpo, como objeto físico, de lo que significa un derecho, que es una abstracción del pensamiento humano. Cuerpo del delito es, en consecuencia, todo fenómeno en que interviene el ilícito penal, que se produce en el mundo de relación y que puede ser apreciado sensorialmente.”¹⁰

⁸ RIVERA SILVA, Manuel. *El Procedimiento Penal Mexicano*. 10ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1996. p. 87.

⁹ *Ibidem*. p. 89.

¹⁰ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *Op. cit.* p. 76.

O en otros términos, “es el conjunto de los elementos físicos, de los elementos materiales, ya sean principales, ya accesorios, de que se compone el delito.”

La comprobación del cuerpo del delito no solamente es un requisito procesal para que pueda dictarse el auto de formal prisión, sino un imperativo que establece la Constitución Política de la República. Puede comprobarse por el empleo de pruebas directas o por pruebas indirectas. Aquéllas son las que no necesitan demostración, porque llegan al conocimiento del Juez o Tribunal, por la realidad misma. Por ejemplo, la inspección judicial. Los medios para la comprobación del cuerpo del delito son diferentes y dependen de la índole del delito y de los procedimientos empleados en su comisión. La prueba directa es, por naturaleza, esencialmente objetiva, porque nos lleva a la comprobación del hecho o circunstancia, por la materialidad del acto, y es la que más satisface, porque llega al conocimiento de la autoridad por su propia percepción. En cambio, las pruebas indirectas son pruebas de confianza para el Juez, atendiendo a la confianza que le inspire el órgano o el medio de la prueba que la produce, como sería el testimonio de una persona o el documento en que se haga constar algún hecho. Si no aceptáramos como válidas las pruebas que se basan en el conjunto de indicios, sin que por ello se pretenda encontrar en ellas la infalibilidad absoluta, sino más bien la infalibilidad moral, que es la única que está al alcance del hombre, valdría citar la autoridad del procesalista Bonnier, que al referirse a los delitos de facti transseuntis expresa:

“Respecto a los delitos que no dejan huella permanente, es notorio que la previa investigación de un cuerpo del delito sería una empresa quimérica, y aun respecto de los delitos que dejan huella permanente, aunque es cierto que se debe proceder con todo ahínco a buscar esas huellas, sin embargo, es imposible admitir la doctrina de que la ausencia completa de vestigios materiales puede asegurar la impunidad de un acusado cuya culpabilidad esté acreditada por testigos directos. Si tal fuera admisible, entonces un asesino se

pondría a salvo de toda pesquisa con sólo ocultar o destruir el cadáver de su víctima.”¹¹

Las leyes procesales en vigor establecen reglas genéricas y específicas, para la comprobación del cuerpo del delito. En la regla genérica que ya hemos estudiado, el cuerpo del delito se comprueba por sus elementos materiales: consiste en la demostración de la existencia de tales elementos. Los artículos 122 del Código de Procedimientos para el Distrito Federal y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, disponen que “el cuerpo del delito se tendrá por comprobado, cuando esté justificada la existencia de los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso, según lo determine la Ley Penal.”

Debemos advertir que la comprobación del cuerpo del delito, constituye una valorización de las pruebas obtenidas al vencimiento del término constitucional y es, por lo mismo, una facultad exclusivamente jurisdiccional. La Policía Judicial y el Ministerio Público, en las diligencias que practican en el período de averiguación previa que antecede a la consignación a los tribunales, sólo aseguran la prueba pero no la valorizan, y, si recogen los instrumentos u objetos del delito y describen las huellas y vestigios que hubiese dejado, es con el objeto de que el Juez esté en condiciones de poder apreciar su valor probatorio. En otros términos, el Ministerio Público y la Policía Judicial, sólo aportan al proceso los elementos de prueba que han de servir al Juez para pronunciar su resolución.

Vamos a ocuparnos de examinar las reglas señaladas en los Códigos Procesales para la comprobación del cuerpo del delito. No creemos que sea necesario para el objeto de nuestro estudio, hablar de las diferentes definiciones que se han dado en Derecho Penal de lo que debe entenderse por delito. Si, como afirma Mezger:

“El Derecho Procesal Penal tiene por objeto regular el ejercicio y realización práctica de las pretensiones penales del Estado y por ello lo llama Derecho Penal Formal, para establecer su delimitación con relación al Derecho Penal

¹¹ Ibidem. p. 77.

Material, ocuparnos de definir ahora lo que se entiende por delito, resultaría una tarea estéril.”¹²

No es necesario referirnos a los elementos normativos para tomarlos en cuenta en la comprobación del cuerpo del delito, según veremos en el aseguramiento de la persona a quien se presume responsable de un delito se hace con fines prácticos: evitar que se sustraiga a la acción de la justicia; la privación de su libertad que se le impone por virtud del auto de formal prisión, tiene un límite precario: el señalado en la fracción VIII del artículo 20 de la Constitución Política de la República; pero el estado de privación de libertad impuesto, puede cesar aunque sea solamente durante el tiempo que dure en tramitación el proceso, por medio de la libertad caucional y por la libertad bajo protesta. Hablar de elementos normativos en la comprobación del cuerpo del delito, es confundir la finalidad que persigue el Estado al asegurar al presunto responsable y es desconocer lo que tiene por contenido el Derecho Material con relación el Derecho Formal. Debe establecerse una absoluta prescindencia de todos aquellos elementos que no sean materiales cuando se trate de comprobar el cuerpo del delito, y dejar a los tratadistas de Derecho Penal que se encarguen de definir lo que se entiende por delito.

“En rigor, sólo existen dos reglas para la comprobación del cuerpo del delito. La primera, es la regla genérica; las segundas, son las reglas especiales.”¹³

Si hemos entendido por cuerpo del delito en el procedimiento penal mexicano, los elementos materiales que se contienen en la definición, no existieran reglas especiales, sería suficiente que tuviéramos noción de lo que se entiende por elementos materiales para que el requisito primordial que establece el artículo 19 de la Constitución Política de la República quedara satisfecho. Por otra parte, creemos que es la regla más precisa y la que no da lugar a las confusiones que son consecuencia de la pluralidad de reglas; pero es indudable

¹² MEZGER, Edmundo. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Editorial, Temis, España, 1990. p. 186.

¹³ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *Teoría General del Delito*. 2ª edición, Editorial, Ángel Editor, México, 2002. p. 19.

que el legislador no quiso abandonar solamente a la regla general la comprobación del cuerpo de ciertos delitos que por su misma índole requieren el complemento de otras pruebas, y justifica su determinación de haber creado reglas especiales, si bien es cierto que aún en aquellos delitos que requieren una prueba especial para su comprobación, lo hacemos en función de los elementos materiales.

La regla genérica para la comprobación del cuerpo del delito consiste en comprobar la existencia de su materialidad, separando los elementos materiales de los que no lo son, en la definición contenida en cada tipo legal. Por ejemplo, carecen de reglas especiales para su comprobación los delitos de amenazas, injurias, estupro, violación, etc. Primero debemos determinar cómo define la Ley Penal dichos delitos, y enseguida entrar al análisis de la definición para ocuparnos solamente de los elementos materiales. En las amenazas sería necesario comprobarlas por cualquier medio de prueba, como la confesión del inculpado complementada por otras pruebas que la confirmen; la declaración de testigos que hubiesen oído proferir las frases amenazantes o la misiva o recado en que se contienen dichas palabras. En las injurias, se emplearía el mismo procedimiento, y en cuanto a los delitos de estupro y violación, por lo que se refiere al primero, deberá comprobarse por prueba pericial la existencia de la cópula, por el examen médico que se haga a la estuprada y al estuprador, que el estupro se realizó en una mujer, y que ésta es menor de dieciocho años. Los demás elementos no podemos considerarlos como elementos materiales, sino como elementos subjetivos que se refieren a virtudes o atributos de la persona que ha sido afectada por el delito, como son la castidad y la honestidad. Si la Ley Penal ha fijado un límite de dieciocho años para la mujer que es estuprada, es porque sin necesidad de que expresamente lo establezca, presume que la mujer menor de esa edad es casta y honesta. Esta presunción está comprendida entre las presunciones *juris tantum*; quien pretenda demostrar que la ofendida, al realizar la cópula carnal, ya no era casta ni era honesta, debe comprobarlo en el proceso, pero de ningún modo debe dejarse a los Jueces la carga de que comprueben el

cuerpo del delito de estupro en función de la castidad y honestidad de la ofendida, al pronunciar el auto de formal prisión, porque equivaldría a dejar de cumplir con los fines que persigue el artículo 19 de la Constitución: el aseguramiento del presunto responsable de un delito.

2.3. Averiguación Previa.

El estudio de la averiguación previa abarca:

- a) “La noticia del delito (notitia criminis);
- b) Denuncia;
- c) Los requisitos de procedibilidad (denuncia, querrela, excitativa y autorización);
- d) Función de policía judicial, en sus diversas modalidades; y
- e) Consignación.”¹⁴

La preparación del ejercicio de la acción penal, se realiza en la averiguación previa, etapa procedimental en la que el Estado por conducto del Procurador y de los agentes del Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, en su caso, la acción penal, para cuyos fines, deben estar acreditados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Esta facultad, siempre había recaído, exclusivamente, en los agentes del Ministerio Público; sin embargo, en materia federal, los integrantes de la Policía Judicial, en ejercicio de sus facultades, deben “recibir las denuncias sobre hechos que puedan constituir delitos del orden federal, sólo cuando debido a las circunstancias del caso aquéllas no puedan ser formuladas directamente ante el Ministerio Público, al que la Policía Judicial Federal informará de inmediato a las mismas y de las diligencias practicadas.” (artículo 3º, fracción I, del Código Federal de Procedimientos Penales).

¹⁴ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. Op. cit. p. 261.

Esta etapa, se regula por lo dispuesto en los siguientes artículos: 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1º fracción I, 2º del Código de Procedimientos Penales, en materia federal.

En el artículo 16, constitucional, se dice a la letra:

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

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

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 ley.”

Atendamos a lo dispuesto en el precepto transcrito, para la válida promoción de la acción penal, deberán darse los siguientes requisitos: la comisión y omisión de un hecho, reputado por la ley como delito; que tal hecho lo haya realizado una persona física; que se haya dado consentimiento del ofendido a su legítimo representante, si el delito se persigue a petición de parte agraviada; y en términos anteriores a la reforma constitucional de 3 de septiembre de 1993, que lo dicho por el denunciante o querellante, esté apoyado por declaración de persona digna de fe y de crédito o por otros elementos de prueba que hagan presumir la responsabilidad del inculgado.

Hasta antes de las reformas a los textos legales de ningún precepto jurídico señalaba el tiempo del que disponía el Agente del Ministerio Público para realizar la averiguación previa; empero, en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en vigor, ya se establece “ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos en que la ley prevea como delincuencia organizada.” (párrafo séptimo), lo mismo está previsto en los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y para el Distrito Federal.

En atención a lo dispuesto en este precepto, como salvo en los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por más tiempo del que señala el legislador; con ello se destaca el control judicial de la detención.

Cabe advertir que de acuerdo con el texto del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, también se establece un control a cargo del o los agentes del Ministerio Público, para los casos de flagrancia o

urgencia, en los cuales si hay persona detenida no deberá consentirse la retención por más de 48 horas; fenecido ese término se ordenará la libertad o la consignación al Juez, aunque dicho plazo, atendiendo a lo previsto en el Código Federal de Procedimientos Penales, en el artículo 194-Bis, podrá duplicarse; esto es, únicamente para los casos de delincuencia organizada, consistente en que “tres o más personas se organicen bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos,” los delitos que para esos efectos se señalan en el Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal así como también en el 84 de la Ley de Armas de Fuego y Explosivos; Tráfico de Indocumentados (artículo 138 de la Ley General de Población) Fiscales (artículo 115-Bis del Código Fiscal de la Federación).

El que el plazo antes señalado pueda duplicarse en aquéllas situaciones previstas por el legislador, se justifica por las complejidades que pueden surgir con motivo de la averiguación de los delitos graves por los que habrá de seguirse el proceso, porque con ello se da oportunidad para recabar mayor información y las probanzas necesarias para determinar acerca de los elementos del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Lo indicado en los ordenamientos citados, es digno de encomio, llena un vacío que durante muchos años permitió toda clase de excesos, en concreto: es de esperar que ya no haya detenciones fundadas en el capricho o que se prolonguen contrariando lo establecido fundamentalmente por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2.4. Auto de radicación.

Si nos adecuamos a los lineamientos de la legislación del Distrito Federal, por considerarla más sencilla; por ende, menos rebuscada y artificiosa que la federal, la primera etapa de la instrucción se inicia en el momento en que

ejercitada la acción penal se dicta el auto de radicación o de inicio, también llamado comúnmente, cabeza de proceso.

De acuerdo al artículo 286-Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal dice:

“Cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previos que en su caso exijan la ley y que se ha acreditado la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda.

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

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

Si durante el plazo de tres días, contados a partir del en que se haya hecho la consignación sin detenido, el Juez no dicta auto de radicación en el asunto, el Ministerio Público podrá recurrir en queja ante la Sala Penal del Tribunal Superior que corresponda.

El Juez ordenará o negará la aprehensión, reaprehensión o comparecencia solicitada por el Ministerio Público dentro de los cinco días contados a partir de la fecha en que se haya acordado la radicación.

Tratándose de consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada, inmediatamente debe radicarse el asunto, y dentro de las veinticuatro horas siguientes la autoridad resolverá sobre el pedimento de la orden de aprehensión. Si el Juez no resuelve oportunamente sobre éstos

puntos, el Ministerio Público procederá en los términos previstos en el párrafo anterior.”

Por su parte el artículo 142 del Código Federal de Procedimientos Penales respecto al auto de radicación preceptúa, que:

“Tratándose de consignaciones sin detenido, el tribunal ante el cual se ejercite la acción penal radicará el asunto dentro del término de dos días, salvo lo previsto en el párrafo tercero, abriendo expediente en el que resolverá lo que legalmente corresponda y practicará sin demora alguna todas las diligencias que promuevan las partes.

El Juez ordenará o negará la aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo solicitados por el Ministerio Público dentro de los diez días contados a partir del día en que se haya acordado la radicación.

Tratándose de los delitos que el artículo 194 señala como graves, la radicación se hará de inmediato y el Juez ordenará o negará la aprehensión o cateo solicitados por el Ministerio Público, dentro de las veinticuatro horas contadas a partir del momento en que se haya acordado la radicación.

Si dentro de los plazos antes indicados el Juez no dicta auto de radicación o no resuelve sobre los pedimentos de aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo, el Ministerio Público podrá ocurrir en queja ante el Tribunal Unitario de Circuito que corresponda.”

De lo anterior, se desprende que el auto de radicación, es la primera resolución que dicta el Juez; con esta se manifiesta en forma efectiva la relación procesal; es indudable que, tanto el agente del Ministerio Público, como el procesado quedan sujetos, a partir de ese momento, a la potestad del Juez instructor.

El tiempo, dentro del cual debe dictarse el auto de radicación es preciso, tanto en la legislación del Distrito Federal como en la Federal; al respecto, se dice:

será de inmediato y, además, si durante el plazo de tres días contados a partir del día en que se haya hecho la consignación sin detenido, no se dicta, el agente del Ministerio Público del fuero común, podrá recurrir en queja ante los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior, que corresponda.

Es pertinente aclarar que tratándose de consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada, “inmediatamente debe radicarse el asunto, y dentro de las 24 horas siguientes la autoridad resolverá sobre el pedimento de la orden de aprehensión. Si el Juez no resuelve oportunamente sobre esos puntos, el Ministerio Público procederá a interponer el recurso previsto por el legislador para esos casos.”

En materia federal: El Juez ordenará o negará la aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo solicitado por el Ministerio Público, dentro de los diez días contados a partir del día en que se haya acordado la radicación.

Cuando se trate de delitos considerados como graves, la radicación se hará de inmediato y el Juez ordenará o negará la aprehensión o cateo solicitados por el Ministerio Público, dentro de las 24 horas contadas a partir del momento en que se haya acordado la radicación.

Si dentro de los casos antes indicados el Juez no dicta auto de radicación o no resuelve sobre los pedimentos de aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo, el Ministerio Público podrá ocurrir en queja ante el Tribunal Unitario de Circuito que corresponda.

Si el Juez niega la aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo, por considerar que no están reunidos los requisitos de los artículos 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 195 de este Código, se regresará el expediente al Ministerio Público para el trámite que correspondiere.

El auto de radicación, debe contener los requisitos siguientes:

“La fecha y hora en que se recibió la consignación; la orden para que se registre en el libro de gobierno y se den los avisos correspondientes, tanto al superior como al agente del Ministerio Público adscrito, para que éste último intervenga, de acuerdo a sus atribuciones y practique las diligencias señaladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, si hay detenido; cuando no lo hay, el Juez deberá ordenar que se hagan constar, sólo los datos primeramente citados, para que, previo estudio de las diligencias, esté en aptitud de dictar la orden de aprehensión, reaprehensión, comparecencia, o negarlas.”¹⁵

Los efectos jurídicos, del auto mencionado, dependerán de la forma en que se haya dado la consignación (sin detenido o con él).

En esta primera hipótesis, al dictar el auto de radicación, el Juez tomará en cuenta, si los hechos ameritan una sanción corporal, o si, por el contrario, se sancionan con una pena alternativa, puesto que, ambas situaciones derivan hacia consecuencias jurídicas diferentes: en el primer caso, previa la satisfacción de los requisitos indicados en el artículo 16 constitucional, procederá la orden de aprehensión; en el segundo, el libramiento de la cita, la orden de comparecencia, o en su caso, la orden de presentación, para lograr la presencia del sujeto ante el Juez.

En la segunda hipótesis, se tomará en cuenta lo ordenado en el artículo 19, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra indica:

“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.

¹⁵ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. p. 360.

La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la Ley Penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberá 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 inculpado en libertad.

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

Todo mal tratamiento 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.”

“Si durante el plazo de tres días, contados a partir del en que se haya hecho la consignación sin detenido, el Juez no dicta auto de radicación en el asunto, el Ministerio Público podrá recurrir en queja ante la Sala Penal del Tribunal Superior que corresponda.” (artículo 286-Bis, cuarto párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

En esta disposición, se contienen un conjunto de garantías, fiel reflejo, no únicamente del sentimiento profundo de los humanistas más notables de la época, sino también, de la evolución del Derecho de Procedimientos Penales, en cuanto a su objetivo y fines.

Como consecuencia, con lo anterior, cuando haya detenido, en acatamiento a lo indicado y en relación con la fracción II del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se practicarán un conjunto de diligencias, dentro de las primeras cuarenta y ocho horas del término de setenta y dos.

En relación a lo anterior se puede decir que con las reformas se introdujeron algunos cambios que dan lugar a dos sistemas de radicación, que cabría denominar diferido e inmediato. En ambos supuestos se trata de consignaciones sin detenido, las que son con detenido no pueden estar sujetas a condiciones; ambos tipos de radicación los definiremos así:

- a) *Radicación diferida*: en contraste con el texto anterior, que ordenaba la radicación inmediata del asunto tras el ejercicio de la acción penal, el actual concede dos días (primer párrafo).
- b) *Radicación inmediata*: se hará ésta cuando venga al caso alguno de los delitos designados como graves por el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales.

El Juez ordenará o negará la aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo solicitados por el Ministerio Público dentro de los 10 días contados a partir del día en que se haya acordado la radicación.

Tratándose de los delitos que el artículo 194 señala como graves, la radicación se hará de inmediato y el Juez ordenará o negará la aprehensión o cateos solicitados por el Ministerio Público, dentro de las 24 horas contadas a partir de la radicación.

Si dentro de los plazos antes indicados el Juez no dicta auto de radicación o no resuelve sobre los pedimentos de aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo, el Ministerio Público podrá ocurrir en queja ante el tribunal unitario correspondiente.

Si el Juez niega la aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo, podrá considerarse que no están reunidos los requisitos del artículo 16 constitucional y 195 del Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito

Federal y se regresará el expediente al Ministerio Público para el trámite correspondiente.

2.5. Orden de comparecencia.

Tratándose de infracciones penales que por su levedad se sancionen con apercibimiento, caución de no ofender, multa o penal alternativa, el Ministerio Público ejercerá la acción penal sin detenido ante el Juez de Paz, solicitándole se le cite para tomarle su declaración preparatoria. Si los requisitos legales del pedimento están satisfechos, el Juez mandará citar a comparecer al indiciado y de no comparecer será presentado por la policía judicial. En caso de que al término constitucional se le considere responsable, se le dictará auto de sujeción a proceso, jamás de formal prisión, debido a las características del delito y en cumplimiento de los artículos 16 y 18 constitucionales.

Cuando un inculpado obtenga su libertad caucional durante la averiguación previa, así como en los delitos donde no proceda librarse orden de aprehensión, a pedimento del Ministerio Público se solicitará la de comparecencia, a fin de que rinda su declaración preparatoria, siempre y cuando se encuentren acreditados los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado.

“Artículo 133. En los casos a que se refiere el tercer párrafo del artículo 271 de este Código y en todos aquellos en que el delito no dé lugar a aprehensión, a pedimento del Ministerio Público se libraré la orden de comparecencia en contra del inculpado para que rinda su declaración preparatoria, siempre que esté acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado.

Las órdenes de arresto se entregarán a los agentes adscritos a la Secretaría de Seguridad Pública.

Las órdenes de comparecencia se entregarán al Ministerio Público, quien las notificará por conducto de los servidores públicos que al efecto disponga la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Las órdenes de aprehensión se entregarán al Ministerio Público, quien las ejecutará por conducto de la policía judicial.”

“En los casos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 135, y en todos aquellos en que el delito no dé lugar a detención, a pedimento del Ministerio Público se libraré orden de comparecencia en contra del inculpado para que rinda su declaración preparatoria, siempre que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y probable responsabilidad del inculpado (artículo 157, del Código Federal de Procedimientos Penales reformado por publicación en el Diario Oficial de la Federación de fecha 18 de mayo de 1999).”¹⁶

“Artículo 157. En los casos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 135, y en todos aquellos en que el delito no dé lugar a detención, a pedimento del Ministerio Público se libraré orden de comparecencia en contra del inculpado para que rinda su declaración preparatoria, siempre que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado.”

Cuando la conducta o hecho se prevea que:

“Tenga una o más sanciones no privativas de la libertad, cuando sea la única aplicable, o sanciones privativas de libertad hasta de dos años,” etc, “el agente del Ministerio Público ejercita la acción penal, sin detenido, pero con la solicitud de que éste sea citado para que se le tome su declaración preparatoria.”

En el Código Federal de Procedimientos Penales se establece:

¹⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. cit. p. 218.

“En los casos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 135, y en todos aquellos en que el delito no dé lugar a detención, a pedimento del Ministerio Público se librará orden de comparecencia en contra del inculpado para que rinda su declaración preparatoria siempre que existan elementos que acrediten los elementos del tipo y la probable responsabilidad del inculpado.”

“Artículo 135. Al recibir el Ministerio Público Federal diligencias de averiguación previa, si hubiere detenidos y la detención fuere justificada, hará inmediatamente la consignación a los tribunales, si se cumple lo previsto en el párrafo primero del artículo 134; si tales requisitos no se satisfacen, podrá retenerlos ajustándose a lo previsto en los artículos 193, 194 y 194-Bis. Si la detención fuere injustificada, ordenará que los detenidos queden en libertad.

El Ministerio Público dispondrá la libertad del inculpado, en los supuestos y cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 399 para los Jueces, sin perjuicio de solicitar su arraigo en caso necesario. El Ministerio Público fijará la caución suficiente para garantizar que el detenido no se sustraerá a la acción de la justicia, ni al pago de la reparación de los daños y perjuicios que pudieran serle exigidos. Tratándose de delitos cometidos con motivo del tránsito de vehículos, no se concederá este beneficio al inculpado que hubiese incurrido en el delito de abandono de personas o se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares. Cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad, se dispondrá la libertad sin necesidad de caución y sin perjuicio de pedir el arraigo correspondiente.

Cuando el Ministerio Público deje libre al indiciado, lo prevendrá a fin de que comparezca cuantas veces sea necesario para la práctica de diligencias de averiguación previa, y, concluida ésta, ante el Juez a quien se consigne, quien ordenará su aprehensión, mandando hacer efectiva la garantía otorgada.

El Ministerio Público podrá hacer efectiva la garantía si el indiciado desobedeciere, sin causa justificada, las órdenes que dictare.

La garantía se cancelará y en su caso se devolverá por el Ministerio Público, cuando se resuelva el no ejercicio de la acción penal. Consignado el caso, tal

garantía se considerará prorrogada tácitamente, hasta en tanto el Juez no decida su modificación o cancelación.”

Esta forma de proceder, se justifica en razón de que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se prohíbe que, en ese momento procedimental, se restrinja la libertad personal en los casos señalados.

Si los requisitos legales del pedimento formulado, por el agente del Ministerio Público, están satisfechos, el Juez ordenará se lleve a cabo la citación mencionada.

Cuando ese llamamiento no sea obedecido, se hará otro, y finalmente, si tampoco es acatado, se dictará orden de presentación para que elementos de la Policía Judicial presenten al omiso ante el Juez que lo requiere.

2.6. Orden de aprehensión.

La 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.”¹⁷

Desde el punto de vista procesal, es una resolución judicial en la que, con base en el pedimento del agente del Ministerio Público y satisfechos los requisitos indicados en el artículo 16 constitucional, se ordena la captura de un sujeto determinado, para que sea puesto, de inmediato, a disposición de la autoridad que lo reclama, o requiere, con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye.

La orden de aprehensión, señala García Ramírez:

¹⁷ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. p. 363.

“No especifica por sí el período de aprehensión, sino que ésta resulta de otros actos del proceso.”¹⁸

Para que pueda dictarse, deberán reunirse los siguientes requisitos: I.- Que exista denuncia o querrela; II.- Que la denuncia o la querrela sean sobre un delito que se sancione con pena corporal; III.- Que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal; IV.- Que existan datos que acrediten la probable responsabilidad del indiciado, V.- Que la solicitud la haga el agente del Ministerio Público.

Hasta antes de que se llevaran a cabo las adiciones y reformas del 3 de septiembre de 1993, al texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, para la procedencia de la orden de aprehensión, era requisito para su validez que las declaraciones del denunciante o querellante se emitieran satisfaciendo el requisito de rendir “la potestad de decir verdad” y que además quien las emitiera fuera considerada persona digna de fe.

La protesta, es un acto formal y solemne en el que se hace saber, a quien va a emitir una declaración, las penas en que incurre si declara falsamente (tal y como lo prevé nuestra legislación, en el caso de los testigos y peritos, artículos 205 y 247 de los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y Federal, respectivos), sin embargo, en estos códigos nada se indicaba para el portador de la noticia del delito (ofendido, querellante o particular), durante la averiguación previa, simplemente y sin que tuviera conocimiento de ello el declarante, se hacía constar en el acta: “Se le exhortó para que se produjera con verdad.”

Si en el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente en ese entonces, se exigía, como ya lo advertimos, la protesta, es

¹⁸ Ibidem. p. 364.

inexplicable que en las normas procedimentales, tratándose de los sujetos de referencia se hiciera caso omiso para regularla.

En cuanto, a que la persona sea digna de fe, es conveniente recordar que, desde el antiguo Derecho Romano, “se instituyó la bona fide, concepto genérico, de capital importancia, fundamentalmente en el ámbito del Derecho Civil, entendida como buen proceder, honestidad o certeza en la verdad de un acto o hecho jurídico y que se presupone en instituciones, como: el matrimonio, posesión, prescripción, obligaciones y contratos.”¹⁹

Bajo esas bases, en el Derecho de Procedimientos Penales, ante semejante exigencia nos vimos precisando a decir: al respecto es importante considerar que la protesta es un acto formal.

Para la valoración de lo indicado, no omitimos advertir que, el agente del Ministerio Público, durante el ejercicio de la función de Policía Judicial, y el Juez, al estudiar la solicitud de orden de aprehensión, estaban ante un mandato establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en ese entonces vigente, mismo que resultaba nada ajeno a una cuestión, hasta cierto punto subjetiva, que sólo podía ser acatada si se estudiaba la congruencia entre el contenido de la declaración y las diligencias practicadas que, tal vez, corroborasen aquélla, en todo, o en parte.

“Actualmente en la práctica, el agente del Ministerio Público, al ejercitar la acción penal, únicamente concluye que, están satisfechos los requisitos que se exigen en el artículo 16 constitucional, sin hacer referencia a la denuncia, acusación o querrela, en cuanto que esta provenga de persona digna de fe.”²⁰

La solicitud de la orden de aprehensión, incumbe hacerla al agente del Ministerio Público, por ser éste, el que, en razón de su competencia, conoce de

¹⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. cit. p. 260.

²⁰ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. p. 364.

querellas o de la notitia criminis, para así avocarse a la investigación de conductas o hechos delictivos, cuya consecuencia, en general, es que si están satisfechos los requisitos indicados en dicho artículo 16, realice la instancia respectiva ante el Juez competente y, éste valorando los elementos contenidos en el acta de averiguación previa resuelva lo procedente: dictar la orden o en su defecto negarla.

Con base en el nuevo texto del artículo 16 constitucional, el Juez al librar o negar la orden de aprehensión, ya no razonará si la declaración es proveniente de persona digna de fe y se concretará a resolver en lo concerniente al hecho determinado que la ley señale como delito y a la probable responsabilidad del indiciado.

A nuestro juicio, no es acertada la postura del legislador en cuanto a que a la denuncia, acusación o querella se le haya suprimido “que procedan de persona digna de fe,” por la trascendencia jurídica que ese requisito ha tenido desde siempre y que entre otras razones, por las cuales en su tiempo se incluyó, fueron el contar con una base más amplia que facilitase la credibilidad de los declarantes.

“Respecto a que la denuncia, acusación o querella, sean sobre un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad, esta exigencia tiene como antecedente, el contenido de la primera parte del artículo 18 de la Constitución de 1857, en donde se estableció que, la privación de la libertad o la prisión sólo tendrán lugar, cuando el delito por el que fuese acusada una persona merezca pena corporal; asimismo, de todo el texto de ese precepto, se colige: las restricciones a la libertad son casos de excepción justificados por motivos o necesidades procedimentales.”²¹

²¹ ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, Niceto. *Derecho Procesal Mexicano*. 6ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1990. p. 131.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, en el artículo 18, se dice a la letra: “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.”

Adviértase la falta de uniformidad terminológica que en relación con el artículo 16 del mismo ordenamiento se señala.

Independientemente de lo anterior, una y otra se refieren a la procedencia de la prisión preventiva, únicamente cuando se trate de delitos que se puedan sancionar con pena corporal, cuestión ésta que debe observarse también en los lugares destinados a reclusión.

Por último, nadie es ajeno a la esencia de la palabra libertad; no obstante, como excepción, el legislador autoriza restricciones a la misma, para bien del grupo al que pertenece.

Dentro del catálogo de delitos y penas, unos son más graves que otros, por lo que no debe pasar desapercibido que el legislador fija un criterio cuantitativo para determinar las penas. De esto se colige en parte la procedencia, o no de la orden de aprehensión.

Debemos advertir que para dictar la orden de aprehensión, no es necesario, según jurisprudencia emitida por los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que esté integrado el cuerpo del delito; bastará que estén satisfechos los requisitos del artículo 16 constitucional.

Semejante jurisprudencia, es inaceptable, porque el Constituyente de 1917, aunque literalmente no utilizó las palabras **cuerpo del delito**; al indicar que la denuncia, acusación o querrela sean sobre un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, es obvio que hace referencia al cuerpo del delito, pues si éste no está integrado no existe base ninguna en qué apoyarse para restringir la

libertad de una persona, ¿si no estuviese integrado el cuerpo del delito, cuál sería entonces la petición de que se dictase la orden de aprehensión?

Por lógica y permítasenos citar un ejemplo, al parecer corriente:

“Para que haya guisado de liebre, es indispensable que se tenga la liebre,” si esto no es así habrá cualquier cosa, hasta un desaguisado, pero nunca, el para muchos delicioso guisado de liebre.”²²

Esa jurisprudencia, como muchas otras tesis sustentadas por los integrantes del más alto tribunal de los Estados Unidos Mexicanos, a nadie extraña, mientras se siga integrando, salvo honrosas excepciones con las personas escogidas, aunque mal, para integrarlo.

Independientemente de que en el texto vigente de la Constitución Política mencionada, ahora se exija: “que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal,” dicha jurisprudencia es contradictoria y sin embargo los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no han pronunciado palabra alguna.

No es causa impeditiva para que se dicte la orden de aprehensión el que se haya equivocado el nombre técnico de la conducta o hecho, porque, en su caso, incumbe al Juez el proceso de adecuación típica.

Al respecto en el Código Federal de Procedimientos Penales se indica:

“Si por datos posteriores el Ministerio Público estimare que ya no es procedente una orden de aprehensión, o que debe reclasificarse la conducta o hecho por los cuales se hubiese ejercitado la acción, y la orden no se hubiera ejecutado aún, pedirá su cancelación o hará la reclasificación en su caso con acuerdo del Procurador o del funcionario que corresponda, por delegación de aquél. Este acuerdo deberá constar en el expediente. La cancelación no

²² COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. p. 361.

impide que continúe la averiguación y que posteriormente vuelva a solicitarse orden de aprehensión, si procede, salvo que por la naturaleza del hecho en el que la cancelación se funde, deba sobreseerse el proceso. En los casos a los que se refiere este artículo, el Juez, resolverá de plano” (artículo 200).

Esta situación, surtirá efectos, en su caso, por lo que toca a la orden de aprehensión, siempre y cuando no se hubiere ejecutado, porque si esto ya ocurrió, la reclasificación se llevará a cabo al dictarse el auto de formal prisión, con las consecuencias jurídicas correspondientes.

Tampoco será base para la negativa que no se cite el nombre completo del individuo a quien deba aprehenderse, bastará señalar su primer nombre o en defecto de éste sus apellidos o todos aquellos datos que hagan posible su identificación.

Por último, insistimos: la orden de aprehensión, se dicta, previa solicitud del agente del Ministerio Público, siempre y cuando estén satisfechos los requisitos indicados en el artículo 16 constitucional.

Suele ocurrir que, si por datos aportados posteriormente se considera que ya no es procedente dicha orden y ésta no se hubiera ejecutado, el agente del Ministerio Público solicitará no su cancelación, sino su revocación, la cual se apoyará en lo resuelto por el Procurador General de Justicia o del funcionario que por delegación de atribuciones de aquél así lo indique.

Dicho acuerdo, habrá de hacerse constar en el expediente.

La revocación mencionada no impide que la averiguación continúe y que posteriormente vuelva a solicitarse la aprehensión, salvo que por la naturaleza del hecho en el que la cancelación se funde, produzca como consecuencia el sobreseimiento del proceso (artículo 200 del Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

2.7. Auto de libertad por falta de elementos para procesar.

El auto de libertad por falta de elementos para continuar el proceso, también llamado auto de libertad por falta de méritos, es la resolución dictada por el Juez al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas; en donde se ordena que el procesado sea restituido en el goce de su libertad, en virtud de no estar integrado el cuerpo del delito ni la presunta responsabilidad, o que habiéndose dado lo primero, no exista lo segundo.

La falta de esos requisitos provoca esta determinación, pero si el Ministerio Público posteriormente aporta nuevos datos que satisfagan las exigencias legales, se procederá nuevamente en contra del supuesto sujeto activo del delito, se ordenará su captura y nuevamente se observarán las prescripciones de los artículos 19 y 20 constitucionales.

El auto de libertad de un detenido se fundará en la falta de pruebas relativas a la existencia del cuerpo del delito o la probable responsabilidad del consignado, pero esto no impedirá que posteriormente con nuevos datos se proceda de nuevo en contra del indiciado. En caso de que la libertad sea por ausencia de pruebas de cuerpo del delito o de probable responsabilidad del indiciado dependan de omisiones del Ministerio Público o policía judicial, el mismo juez en su determinación mencionará expresamente las omisiones para que se exija a éstos la responsabilidad en que hubieran incurrido.

Cuando el Juez dicte auto de libertad por falta de elementos para procesar, y el Ministerio Público o el ofendido no presente pruebas dentro de los 90 días a partir del día siguiente de la notificación del auto o bien si de su desahogo no es suficiente para librar nueva orden de aprehensión o comparecencia, se sobreseerá la causa.

“En el supuesto de los aspectos negativos del delito: causas de justificación, causas de inculpabilidad, excusas absolutorias, etc., en el auto que se dicta al fenecer el término constitucional de 72 horas, se dice que la libertad que se concede es con las reservas de ley. Tal proceder es indebido, porque si ya se han agotado las pruebas que sirvieron para resolver la situación jurídica, lo procedente es decretar la libertad absoluta.”²³

Consideramos que actuar en forma distinta entraña un contrasentido, porque si el aspecto negativo del delito está demostrado, resulta absurdo decir que la libertad es con las reservas de ley. Por lo que la resolución judicial, en los casos señalados, debe producir los efectos de una sentencia absolutoria, porque no resulta lógico ni admisible que pudiera volver a iniciarse un proceso en contra del mismo sujeto por esos hechos, o que se pretendiera, con posterioridad, continuar el proceso. Ni en uno ni en otro caso existen bases jurídicas de sustentación.

Consideramos necesario citar el artículo 148 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, en donde se menciona el término que es objeto de estudio del presente trabajo.

“Artículo 148.- En el caso de que la orden de aprehensión o de comparecencia sea negada, ésta podrá librarse con nuevos datos que se aporten ante el Juez de la causa dentro de los siguientes noventa días naturales, por el Ministerio Público Adscrito.

Para dictarse orden de aprehensión o de comparecencia con nuevos datos, no será obstáculo la circunstancia de que esté pendiente un recurso de apelación, quedando sin materia al librarse aquélla.”

De lo anterior, podemos concluir que al abocarse el Tribunal al conocimiento del asunto, es decir, al dictar la radicación del proceso puede ocurrir que luego de examinar la causa, en lugar de ordenar el procesamiento provisional,

²³ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Delitos en Particular*. T.I. 2ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2000. p. 16.

deniegue éste, ya sea por falta de presupuestos procesales o, por falta de interés como condición de la acción.

Así a pesar de que la promoción de la acción se ha ejecutado, el Tribunal deniega la acción o impide su prosecución.

Como ejemplo citaremos los siguientes:

- a) “Que el sujeto activo del proceso no esté legitimado. Por ejemplo, que no sea del Ministerio Público el promovente.
- b) Que la causa pretendi no encuadre en una descripción delictiva (que no sea típica).
- c) Que aún cuando la causa pretendi puede calificarse como delictuosa (que sea típica, antijurídica o culpable), el derecho en que se soporte la pretensión no proceda. Por ejemplo, que esté prescrito, que exista alguna excusa absolutoria, que exista alguna causa de impunidad o inviolabilidad a favor del potencial sujeto pasivo del proceso, etc.

Los casos en que no se deniega la acción, pero sí su prosecución, significan que, según la ley o el criterio del Juez, existe la posibilidad de que pueda corregirse el error cometido por el promovente.”²⁴

Es por ello que si el Ministerio Público promueve contra quien sólo goza de inmunidad parlamentaria (un diputado, por ejemplo), el Tribunal sólo suspende el enjuiciamiento, pero no deniega la acción.

Ahora bien, cuando por algún motivo el tema fijado para que continúe el proceso se desvanece o disipa, falta entonces uno de los elementos del objeto del proceso y, por ende, el proceso y sus procedimientos, sin tema fijo o sin posibilidad de podérselo imputar a alguna persona, no podrá continuar.

²⁴ Ibidem. p. 18.

Este incidente tiene como supuesto al auto de formal procesamiento (con forma prisión o de simple sujeción a proceso). Ya que si no existe declaratoria de procesamiento, no puede darse el caso de desvanecimiento de datos.

El desvanecimiento de datos deja sin efecto la resolución de procesamiento definitivo. De acuerdo con el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, esta revocación se puede fincar en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Que se disipen, es decir, que se desvanezcan las pruebas que sirvieron para demostrar el corpus delicti,
2. Que sólo se disipen las pruebas que hicieron creer que el sujeto pasivo del proceso fue el responsable del delito por el que se originó el proceso.
 - a) Si se trata del primer caso, se produce el sobreseimiento, esto es, la paralización definitiva del proceso, en tanto que en el segundo caso se producen la interrupción del proceso y sus procedimientos, al ignorarse quién deba ser el sujeto pasivo del proceso.

El segundo supuesto es el que importa para el tema de la interrupción del proceso, que constituye una paralización temporal, pues el primero de los supuestos conduce a la paralización definitiva.

Existen casos en los que sólo se declara la disipación de los datos del proceso, sin que se produzca libertad alguna, como cuando un simple procesamiento, que no apareja la formal prisión, es revocado por pruebas posteriores. Dicho de otro modo, la detención o la prisión preventiva no son supuestos de la declaratoria de desvanecimiento.

“La declaratoria de desvanecimiento o disipación de los datos o, mejor dicho, de pruebas que sirvieron para ordenar el procesamiento definitivo, consiste en una revocación del procesamiento definitivo basado en pruebas posteriores a tal procesamiento, que anulan o aniquilan las anteriores.

Sirve, además, para evitar continuar con plenarios carentes de base firme en que pueda sustentarse, y aunque actualmente sólo procede a instancia de parte, sería recomendable instituir la revisión de oficio en el momento de cerrar la instrucción, cuyo efecto sería el sobreseimiento.”²⁵

No obstante, tal como está regulado actualmente, sólo puede intentarse dentro de la instrucción, produciendo, en su caso, únicamente la interrupción, si las pruebas desvanecidas son las que en su momento sirvieron para hacer creer una probable responsabilidad.

Debe advertirse que uno de los efectos que habrá de producir este desvanecimiento será el de hacer cesar la legitimación pasiva del que hasta entonces se consideró probable responsable de un delito.

Respecto de los efectos que produce la resolución que concede la libertad por desvanecimiento de datos podemos decir que tendrá los mismos efectos que el auto de libertad por falta de elementos para procesar.

No obstante, el Ministerio Público conserva expedito el derecho de aportar elementos incriminatorios en el plazo de 90 días a que se refiere el artículo 148 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, por lo que podrá solicitar nuevamente la aprehensión del inculcado.

De la misma manera, el órgano jurisdiccional conserva su facultad de dictar nuevo acto de formal prisión o de sujeción a proceso, si considera que han aparecido posteriormente datos que les sirvan de fundamento y que se trate de los

²⁵ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. p. 239.

mismos hechos delictivos que motivaron el anterior proceso. Sin embargo, si en el término señalado el Ministerio Público no aporta los elementos requeridos, el asunto se sobresee.

CAPÍTULO TERCERO

MARCO JURÍDICO DE LAS LIMITANTES A LA LIBERTAD PERSONAL

Atendiendo a la naturaleza y fines del proceso penal en las leyes que lo regulan se impone la necesidad de restringir la libertad personal del procesado porque, de no ser así, sería imposible asegurar su presencia ante el subórgano judicial y, por ende, la dinámica procesal se circunscribiría al momento en que es dictado el auto de inicio, de radicación, o cabeza de proceso, ya que de la realidad se advierte que nadie se presentaría espontáneamente ante el Juez para ser procesado y dar lugar a permanecer detenido, en su caso, a soportar las molestias naturales que generan los actos procesales, etc.

A no dudarlo, es indispensable adoptar medidas en relación con el sujeto, considerado probable autor de delitos. Su aseguramiento está encaminado a evitar intranquilidad social, venganzas, destrucción de vestigios dejados al ejecutarse la conducta o hecho delictuoso, etc.

“La presencia del procesado ante el Juez, es fundamental o básica en un sistema acusatorio como el que priva en el medio mexicano, lo contrario equivaldría a que el agente del Ministerio Público ejercitase la acción penal y la secuela procesal no se realizara por la ausencia de aquel en contra de quien se ejercitó o llegando a extremos, por fortuna inaceptables, el proceso tuviera lugar a espaldas de una persona con derecho a disfrutar de las garantías del debido proceso legal que para esos fines fueron instituidas en los textos correspondientes de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”¹

Las restricciones a la libertad personal, en el orden indicado cualquiera que sea el estado del procedimiento en que se ordenen, tienen un carácter preventivo y no, sancionador.

¹ VELA TREVIÑO, Sergio. *Miscelánea Penal*. 4ª edición, Editorial, Trillas, México, 2000. p. 16.

Con la prisión preventiva, se asegura la presencia del probable autor por el tiempo indispensable en que se lleve a cabo el proceso.

La vieja discusión doctrinaria, respecto a la procedencia o improcedencia de la prisión preventiva, está superada y es aceptada por la mayoría. Es un mal necesario para la realización de la propia justicia.

No es una pena, como argumentan los enemigos de la prisión preventiva, a nuestro juicio es una necesidad para que pueda darse un proceso válido.

Sería ideal que toda limitación a la libertad fuera consecuencia del hecho delictuoso y se hiciera efectiva por orden del Juez en la sentencia; sin embargo semejante pretensión, hasta el momento, sólo puede tener cabida en una sociedad de hombres y mujeres ideales.

Finalmente, en el Derecho Mexicano, desde un punto de vista genérico, la detención preventiva es un arresto provisional o anticipado para el logro de un fin específico.

En sentido estricto, es una limitación a la libertad ordenada por un subórgano judicial, con fundamento en el contenido del texto del artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para que una persona sea detenida y puesta a disposición de quien así lo ordenó, para facilitar el proceso o en su caso cumpla o se ajuste a la consecuencia de la conducta o hecho legalmente tipificado.

Con el propósito de ahondar sobre el tema, será oportuno precisar lo siguiente.

3.1. Fundamento legal de dichas limitantes.

Atendiendo al texto del artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se lee: “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 o detención, a no ser por la autoridad judicial,” exceptuando los casos de flagrante delito o de urgencia.

Del precepto transcrito, se concluye: la libertad personal, únicamente, se puede restringir mediante orden de aprehensión, decretada por la autoridad judicial para privar de la libertad a una persona por un tiempo determinado.

La flagrancia y la urgencia, son excepciones al principio general, consistente en que toda orden de detención debe emanar de un mandato judicial; porque, atendiendo a lo establecido en la Constitución Política mencionada, la privación de la libertad, sólo es permisible cuando la decreta un Juez, para lo cual habrá de fundarla en los requisitos señalados en la ley.

“Tradicionalmente, se ha dicho: existe flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento de estar cometiendo el delito; sin embargo, debido a la evolución natural del Derecho Penal, el legislador establece, no solamente debe entenderse por flagrancia el arrestar al delincuente, en el momento mismo de estar cometiendo el delito, sino también, cuando “después de ejecutado el acto delictuoso, el inculpado es materialmente perseguido” (artículo 267, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).”²

Cuando existe flagrancia, la detención puede ser realizada por cualquiera, sea particular o agentes de la autoridad, pero con la obligación de poner de inmediato, tanto al delincuente como a sus cómplices a disposición de la autoridad inmediata.

² Ibidem. p. 21.

En relación a los casos urgentes, éstos, atento a lo dispuesto en el párrafo quinto, del artículo 16 constitucional, se actualizan cuando se trate de delito grave; haya riesgo fundado de sustracción de la justicia, y no pudiéndose acudir a la autoridad judicial por motivo de la hora, lugar o circunstancia, el agente del Ministerio Público podrá ordenar la detención del indiciado, fundando y motivando su proceder.

A lo mencionado, conviene agregar que, el legislador, tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 16), como en los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (artículos 266 y 268), autoriza al agente del Ministerio Público y al personal de la Policía Judicial, en casos de notoria urgencia, cuando no haya en el lugar autoridad judicial, proceder a la detención de los responsables.

De acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, existirá riesgo fundado, en atención a las circunstancias personales del inculpado, a sus antecedentes penales, a sus posibilidades de ocultarse, al ser aprehendido al tratar de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviera conociendo del hecho o en general o cualquier indicio que haga presumir fundadamente que pueda sustraerse a la acción de la justicia.

El Ministerio Público ordenará la detención en caso urgente, pero deberá hacerlo por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos establecidos en renglones anteriores; únicamente el Agente del Ministerio Público puede proceder de esa manera cuando el individuo esté en presencia de él, en los demás casos las detenciones serán ejecutadas por los agentes de la policía, mismos que pondrán sin dilación alguna al detenido a disposición del Agente del Ministerio Público más próximo.

Los Códigos de Procedimientos Penales, Federal, y del Distrito Federal, incluyen, como restricción a la libertad del probable autor del delito, el arraigo, mismo que ha sido tradicionalmente, una institución operante en el Derecho Procesal Civil, en donde es considerado como una medida de carácter precautorio, para aquellos casos en que el actor tiene el temor fundado de que el demandado, o quien lo pueda ser, se oculte o se sustraiga del lugar en que se esté llevando el proceso, sin antes haber dejado un representante legítimo con facultades y medios suficientes para responder de los resultados del procedimiento de que se trate (véase los artículos 235 y 254, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

En el campo del Derecho de Procedimientos Penales, en los Códigos de la materia, Federal y del Distrito Federal, se expresa:

“Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerá el agente del Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, no pudiendo exceder de treinta días, prorrogables por igual término a petición del Ministerio Público. El Juez resolverá escuchando al Ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo.” (artículos 133-Bis y 270-Bis, correspondientes).

De estos preceptos, se colige: el arraigo, es una especie de medida cautelar personal que puede tener lugar en la averiguación previa, para que el Procurador de Justicia o el agente del Ministerio Público realice alguna de sus funciones con la amplitud que ameriten, sin hacer objeto al indiciado de detenciones ilegales; y, además, con la seguridad de que éste no evadirá la acción de la justicia; por lo menos, ese es el espíritu que advertimos en los artículos

transcritos; empero, el arraigo también podrá darse durante el proceso: “Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable el imputado no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia.”

Ante esta hipótesis, el agente del Ministerio Público puede solicitarle 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 Juez señale, sin que, en ningún caso, pueda exceder del máximo señalado en los artículos 133-Bis y 270-Bis, de los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y del Distrito Federal; o bien, tratándose de la averiguación previa o en el proceso, por el término constitucional en que este último deba resolverse (véanse los artículos 205 del Código Federal de Procedimientos Penales y 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

La inclusión del arraigo, en el procedimiento penal, como ya dejamos anotado, seguramente acusa una buena intención; no obstante, aún con los requisitos y lapsos que para el mismo se señalan, no deja de ser violatorio del artículo 11, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, por introducir una limitación a la libertad que dicho precepto prohíbe en términos generales y que, sólo permite a las autoridades expresamente señaladas y en términos muy precisos.

La libertad, concretamente, de tránsito, sólo puede limitarse: “en los casos de responsabilidad criminal o civil,” y tanto en la averiguación previa, como en el proceso, no existe aún, jurídicamente hablando, ninguna responsabilidad, como base de sustentación de semejante medida.

A mayor abundamiento, atento a lo previsto en el artículo 19 de la Constitución Política citada; “ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de 72 horas, 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.”

De acuerdo a lo indicado, es indudable que lo establecido en los artículos 133-Bis y 207-Bis, de los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y del Distrito Federal es contrario a lo ordenado en el artículo 19, de la Constitución citada.

Además de la inconstitucionalidad señalada, si el arraigo simple y sencillamente se traduce en no alejarse de la población o del lugar en el que el Juez tiene competencia para actuar y resolver, eso no significa que se deba menoscabar la libertad de ninguna persona (dentro de la jurisdicción territorial del Juez) para entrar o salir del domicilio e ir al lugar que el arraigado considere conveniente, sin perjuicio, dado el caso, de sujetarlo a vigilancia.

En todo estado de Derecho, la autoridad del rango que sea debe ineludiblemente acatar lo ordenado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los ordenamientos jurídicos que no la contraríen.

Es pertinente aclarar: si bien, a menudo, ante los requerimientos de la problemática actual se promueven constante reformas, como la que ocupa nuestra atención; sin embargo, no podemos dejar de advertir que quiénes legislaron en el orden respectivo, tal vez se inspiraron en sistemas distintos al mexicano y sin considerar la realidad mexicana en torno a la averiguación del delito y en relación con el aseguramiento del probable autor, cuestiones éstas que no se resuelven con medida aisladas, y hasta incongruentes con lo dispuesto en normas jurídicas fundamentales.

Es urgente, la ideación de un sistema procedimental distinto al vigente, porque si durante setenta y cinco años no ha producido los resultados deseados, lo menos que puede hacerse es elaborar otro que pueda conducir a la meta deseada.

“Téngase presente que lo instituido en los ordenamientos jurídicos son medios creados, entre otros, para lograr la justicia in genere, y si la que concierne a los subrórganos judiciales en materia penal no se ha logrado en forma satisfactoria, lo sensato, lo racional, es la implementación de un sistema procesal distinto en el que las normas jurídicas que le sirvan de soporte y que marquen su dinámica, lejos de ser un obstáculo para el cumplimiento de su objeto y fines, sean el instrumento para lograrlos.”³

El derecho, a no dudarlo, en muchos ámbitos es un obstáculo para el cambio, que en diversos órdenes se requiere en la incesante búsqueda de una justicia que “casi se vea y hasta que de ser factible pudiera tocarse,” para que de esa manera pudiera renacer la esperanza de poder acercarse a la misma algún día.

3.2. Finalidad que se persigue al asegurar al presunto responsable.

Las limitaciones impuestas por el Estado a la libertad de las personas son medidas necesarias que adopta el Poder Público, en beneficio de la colectividad, con el fin de asegurar la marcha normal del procedimiento.

“Se inspiran en el interés de que se llegue al conocimiento de la verdad, por medio de la investigación del delito y de las pruebas que se obtengan que han de servir al Juez para el esclarecimiento de los hechos y para decidir las relaciones jurídicas planteadas en el proceso. Esto no sería posible si el inculpado se sustrajese a la acción de la justicia y ocultase los objetos e instrumentos que le han servido para perpetrar el delito. El aseguramiento del presunto responsable es necesario porque no podría seguirse el proceso a sus espaldas sin que tuviese conocimiento de las pruebas existentes en su contra para poder estar en condiciones de defenderse. Las limitaciones a la libertad

³ VELA TREVIÑO, Sergio. Op. cit. p. 22.

personal, pueden provenir de mandatos de la autoridad judicial o de la autoridad administrativa.”⁴

Las primeras, son consecuencia de un procedimiento criminal en que la ley autorice la detención de la persona a quien se impute la comisión de un delito o bien puede suceder que se trate de arrestos impuestos como medidas de apremio, dictados por las autoridades del orden civil o del orden penal, con el objeto de que se cumplan sus determinaciones. En cuanto a las segundas, según el artículo 21 de la Constitución Política de la República, la autoridad administrativa puede imponer arrestos hasta por treinta y seis horas o sanciones pecuniarias, y en el caso de que éstas no se paguen por el infractor, se permutarán por arresto que no podrá exceder de treinta y seis horas.

Frente a los derechos y obligaciones el sujeto resulta afectado en algunas restricciones a su libertad personal, debido a que las segundas tienen un doble aspecto: como necesidad procesal y como sanción.

“De acuerdo con la naturaleza y el fin del proceso penal, las leyes que lo regulan imponen la necesidad de restringir la libertad personal, porque si no fuera así, resultaría imposible asegurar la presencia del supuesto autor del ilícito penal ante el órgano jurisdiccional y en consecuencia, el proceso quedaría paralizado al dictarse auto de inicio, de radicación o cabeza de proceso.”⁵

De esta manera es necesario el aseguramiento de quien ha delinquido para propiciar la tranquilidad de quienes han sufrido la violación.

Sin la presencia del indiciado ante el órgano jurisdiccional, el carácter acusatorio del proceso quedaría desvirtuado, ya que los actos del Ministerio Público habrían llegado a darse sólo hasta el ejercicio de la acción penal, en esas

⁴ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. cit. p. 192.

⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. cit. p. 268.

condiciones no seguirían llevándose a cabo durante el proceso, y los actos de la defensa tampoco se realizarían.

Las restricciones a la libertad personal en el orden indicado, cualquiera que sea el estado del procedimiento en que se ordene, tienen un carácter netamente preventivo y no sancionador. Con la prisión preventiva se logra la custodia del que ha delinquido pero únicamente por el tiempo indispensable para su procesamiento.

Dentro de la discusión doctrinaria respecto a la procedencia o improcedencia de la prisión preventiva, Colín Sánchez señala:

“Que es un mal necesario para la realización de la propia justicia.”⁶

Ahora bien, en la actualidad existen diversas corrientes respecto a la prisión preventiva: una de ellas en el sentido de que se deben conceder más libertades provisionales en la mayoría de los delitos, como la tendencia actual del Código Penal reformado. Y otra corriente en el sentido de que toda persona que se le siga un proceso penal sin importar la gravedad del delito tiene derecho a su libertad provisional, con algunas excepciones, esta idea parte del derecho anglosajón. En este momento las cárceles y reclusorios de México se encuentran con una tremenda sobrepoblación que rebasa en mucho la capacidad para las que fueron creadas y esto obliga a buscar fórmulas para su desahogo y una de ellas es la libertad provisional, independientemente de la presión que ejerce la Comisión de Derechos humanos respecto al trato y dignidad del recluso.

“En las reformas de 1994 a los diversos códigos, tanto adjetivo como sustantivo se tiende a facilitar al acusado la obtención de su libertad desde la averiguación previa por los delitos denominados no graves mediante garantías en todas sus formas como es fianza, hipoteca, prenda, caución, etc., y hasta el otorgamiento de esa libertad provisional sin ser caucionada conforme a los

⁶ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. p. 306.

artículos 135-Bis y 399 del Federal, así como el 133-Bis y 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Lo que en las reformas de 1996 al artículo 20 constitucional nuevamente, y debido a la incapacidad de las autoridades para detener la delincuencia, se establece que procede la libertad en los delitos no graves, pero puede limitarse esta libertad a criterio del Ministerio Público.”⁷

En cuanto la sanción, la ley penal establece el confinamiento y la prohibición de ir a lugar determinado.

“Esta sanción encierra medidas de carácter preventivo como acertadamente lo afirma Ignacio Villalobos, porque la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él es una prevención que supone como base la reducción de agitadores y rebeldes a lugares donde no sean peligrosos y puedan ser vigilados.”⁸

En cuanto a la prohibición de ir a lugar determinado, señala que tiene por objeto evitar que un hombre vuelva a la región o comarca que, debido a sus antecedentes, pueda ser peligroso o motivo de provocación para quienes conserven un rencor.

3.3. La restricción y la privación de la libertad.

Para la mejor comprensión de nuestro estudio, hemos creído conveniente emplear dos términos, que si al parecer son sinónimos, tiene, sin embargo, distinto significado en el orden jurídico-procesal. Nos referimos a la privación y a la restricción de la libertad. El Código Penal establece sanciones alternativas para determinados delitos (lesiones de esencia, injurias, portación de armas, etc.).

“Quiere decir que a las personas a quienes se impute la comisión de estos delitos, no debe privárseles de su libertad, en el sentido de proceder al

⁷ RIVERA SILVA, Manuel. Op. cit. p. 261.

⁸ Ibidem. p. 262.

aseguramiento de sus personas; sin embargo, para que el proceso siga su marcha regular, deben quedar arraigadas en el lugar del juicio, de donde no podrán ausentarse, porque están obligadas a comparecer ante las autoridades judiciales cuantas veces sea necesario.”⁹

Esto constituye en sí una restricción a su libertad durante la secuela del procedimiento. Si la ley faculta al Juez para imponer en la sentencia, sanciones privativas de la libertad o sanciones pecuniarias o ambas, según lo estime conveniente, en el caso de que optase por aplicar una sanción pecuniaria, atendiendo a la levedad del delito, no sería prudente que al presunto responsable se le privase de su libertad desde la iniciación del procedimiento. Aquí no se trata de una privación de libertad: esto equivaldría a mantenerlo en la cárcel a disposición de la autoridad judicial. Otra forma de restricción de la libertad, es la que se impone a los testigos que están obligados a comparecer ante las autoridades judiciales, sea de manera espontánea o por requerimiento, cuando se reclame su presencia y puedan dar alguna luz en la investigación. La comparecencia del testigo es ineludible. El Código Penal dispone que comete el delito de desobediencia a un mandato legítimo de la autoridad, quien, sin excusa legal, se negare a comparecer ante ella a dar su declaración, cuando legalmente se le exija, siempre que insista en su desobediencia, después de haber sido apremiado por la autoridad judicial o apercibido por la administrativa, en su caso, para que comparezca a declarar. Se ha establecido que comete desobediencia a un mandato legal, la persona renuente a comparecer, siempre que no se haya logrado su comparecencia, a pesar de haberse agotado los medios de apremio de que disfrutaban las autoridades para hacer cumplir sus mandatos. Sólo se exceptúa a los tutores, curadores, pupilos o cónyuge del inculpado; a sus parientes por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente, hasta el cuarto grado inclusive, y a los que están ligados con el inculpado, por amor, respeto, cariño o estrecha amistad, a quienes se recibirá su declaración, si expresan su voluntad de

⁹ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. cit. p. 212.

producirla. (artículos 192 del Código de Procedimientos Penales y 243 del Código Federal de Procedimientos Penales).

3.4. Carácter y extensión de las medidas de apremio.

La privación de la libertad que se impone a una persona a quien se presume responsable de un delito, en términos generales, debe ser resultado de un mandamiento fundado y escrito, que emane de la autoridad judicial competente. Es un acto jurisdiccional que procede cuando el delito imputado a la persona merece sanción corporal.

“Aunque en el lenguaje común se usen indistintamente, los términos arresto, detención, prisión, encarcelamiento, etc., para distinguirlos, creemos conveniente darles su connotación apropiada, porque observamos con frecuencia que se confunden en la práctica.”¹⁰

El mandamiento de detención que sólo la autoridad judicial puede expedir y siempre que lo solicite el Ministerio Público, presupone que a alguien se le atribuye la comisión de un delito y que se han satisfecho los presupuestos generales, que señala el artículo 16 de la Constitución Política de la República, o bien que esté satisfecho algún requisito previo, como sería si la orden de detención se pidiese contra un alto funcionario de la Federación, o contra un Juez, Magistrado o Agente del Ministerio Público. Tratándose de un alto funcionario federal, debe procederse a su desafuero por el Congreso de la Unión. En cuanto a los Jueces, Magistrados o Agentes del Ministerio Público en el Fuero Común, el artículo 672 del Código de Procedimientos Penales, dispone que si fuesen acusados, el Juez que conozca de la causa, pedirá al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que los ponga a su disposición, y éste lo decretará, siempre que se reúnan los requisitos que para dictar una orden de detención, exige el artículo 16 de la Constitución Política de la República.

¹⁰ GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. *Orden de Aprehensión*. 2ª edición, Editorial, Ángel editor, México, 2002. p. 301.

“Como la naturaleza del sistema de enjuiciamiento adoptado en México, que es el acusatorio, se basa en que el proceso penal debe ser un proceso de partes, en tanto que el Ministerio Público no solicite la orden de detención contra determinada persona, el Juez del conocimiento no podrá decretarla de una manera oficiosa. La excitativa, el impulso que el Ministerio Público da al proceso por medio del ejercicio de la acción penal, es el nervio motor, es lo que mueve la actividad jurisdiccional.”¹¹

Tanto el Ministerio Público como el Juez, están regidos por imperativos legales; aquél no debe solicitar la orden de detención, si no están satisfechos los requisitos que la ley establece para que proceda, y en caso de hacerlo, la autoridad judicial no está obligada a acordar favorablemente su petición. Debe examinar, previamente, s las pruebas obtenidas en el período pre-procesal, que sirven de fundamento al Ministerio Público para formular su petición, satisfacen los requisitos de la ley; en caso contrario, debe rehusarse a dictar el mandamiento de captura. Si las diligencias practicadas son suficientes para cubrir los requisitos legales, la orden escrita debe entregarse al Ministerio Público, para que a su vez, la transmita a los agentes de la Policía Judicial, encargados de su cumplimiento. Estos realizan su cometido por medio de la aprehensión, que es el acto material en que se asegura al presunto responsable del delito.

“En las leyes vigentes, se emplean de una manera confusa, los términos aprehensión y detención. Aprehensión, del latín prehensia, es la acción que consiste en coger, prender o asegurar.”¹²

Por eso hemos indicado en el párrafo anterior, que por aprehensión entendemos el acto material que ejecuta la Policía Judicial encargada de cumplir los mandamientos judiciales y que consiste en asegurar o prender a una persona, poniéndola bajo su custodia con fines preventivos, conforme lo amerite la naturaleza del proceso. La detención, en cambio, es el estado de privación de

¹¹ Ibidem, p. 302.

¹² RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La Doctrina de la Acción Finalista*. 3ª edición, Editorial, Temis, España, 1999. p. 130.

libertad que sufre una persona por virtud de un mandamiento judicial. La aprehensión consiste en la acción de apoderarse de una persona; de asegurarla para prevenir su fuga. La detención es el estado de privación de libertad que padece una persona.

Nos ocuparemos de examinar el contenido del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que, hemos dicho, debe regir los actos del Ministerio Público y del Juez, para resolver sobre la detención de una persona.

La Constitución Política de la República de 5 de febrero de 1857, no se ocupó en su articulado de señalar los requisitos para dictar un mandamiento de detención. Lo estimó de orden secundario y lo abandonó a las leyes procesales.

“El Código de Procedimientos Penales del 15 de septiembre de 1880, disponía que nadie puede ser aprehendido sino por la autoridad competente y en virtud de orden escrita que ella dictare, enumerando en el artículo 246, qué autoridades son competentes para aprehender y para librar órdenes de detención.”¹³

Según dicho precepto, podían hacerlo, las autoridades políticas y administrativas, cuando se trate de imponer arrestos correctivos, de conformidad con el artículo 21 de la Carta Fundamental; cuando se descubriese al inculpado in fraganti delito o se tratara de un reo prófugo o cuando fuesen requeridos por los agentes de la Policía Judicial. Se consideraban como autoridades competentes, a los Jueces del Ramo Civil, en la imposición de las medidas de apremio o en los incidentes criminales surgidos de un juicio civil, en que estaban autorizados para practicar las diligencias más urgentes en averiguación del delito, en caso de que estimasen que podría perjudicarse la administración de justicia por el retardo en la práctica de las diligencias, debiendo proceder a la detención del inculpado. En último extremo, el Tribunal Superior de Justicia, los Jueces correccionales, los

¹³ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. cit. p. 306.

Jueces de lo criminal, los menores y los Jueces de paz, estaban facultados para ordenar la detención de una persona, y el Ministerio Público, en los casos de notoria urgencia, cuando hubiese peligro de que mientras se presentara el Juez, el inculcado se fugase o desapareciesen o alterasen los vestigios del delito y de sus circunstancias, con la obligación de comunicar inmediatamente al Juez del Ramo Penal, los datos que hubiese recogido.

“Los Códigos Procesales que lo sucedieron, establecían los mismos requisitos; pero en el Constituyente de Querétaro de 1917, despertó honda preocupación dejar a las leyes secundarias que fijasen los requisitos para la procedencia de una orden de captura. Los miembros de la comisión encargada de dictaminar sobre el artículo 16, contenido en el proyecto de Constitución enviado por la Primera Jefatura del Ejército Constitucionalista, hicieron fervoroso elogio de la nueva forma, más liberal y más exacta con que estaba redactado el artículo, estableciendo que toda orden de detención, debe ser escrita y fundada; que en ella debe expresarse el motivo porque se ha dictado, con el objeto de que el detenido pueda darse cuenta exacta, desde el primer momento, de la acusación que se le hace; que no debe decretarse la detención de una persona, cuando el hecho imputado tiene señalada pena alternativa, y que jamás debe estar autorizada la autoridad administrativa para ordenar que se detenga a alguien ni aún en casos urgentes porque, se dijo, que siendo tan numerosas las autoridades administrativas, habría que determinar a cuáles de ellas se conceden esas facultades, y además, la necesidad de dejar la calificación de la urgencia del caso a la misma autoridad ejecutora, trae como consecuencia abusos frecuentes en que es muy fácil eludir la responsabilidad que les resulte por la detención arbitraria, tanto más cuanto que la experiencia ha demostrado los abusos de las autoridades administrativas cuando se les ha facultado para ordenar detenciones, siendo que, por urgente que resulte la necesidad del aseguramiento del presunto responsable, sería raro no contar en tiempo oportuno con una orden judicial, o en caso de no obtenerse luego, tomar las providencias necesarias para que el inculcado no se fugue.”¹⁴

¹⁴ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. p. 367.

La discusión suscitada se orientó hacia la necesidad de quitar a la autoridad administrativa, la facultad de proceder a la detención de las personas, sin mandamiento judicial. Los diputados Recio, López Lira, Jara y Múgica, que terciaron en el debate, hicieron notar la amarga experiencia que en regímenes anteriores había dejado la autorización concedida a las autoridades administrativas para proceder a la detención de las personas, pero sagazmente, el Diputado Jara, hizo notar la conveniencia de que la autoridad administrativa estuviese facultada para detener a una persona, cuando por razón de la hora y del lugar no fue posible contar de momento con una orden judicial y hubiese temor fundado de que el responsable se sustrajese a la acción de la justicia.

El artículo aprobado, tal como lo presentó la comisión, quedó redactado en los siguientes términos:

“No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado, que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a la disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.”

De lo expuesto se desprende que por regla general, para proceder a la detención de una persona, se requiere mandamiento judicial fundado y escrito. Que los requisitos que el Juez debe tener en cuenta para acordar de conformidad la petición de captura que haga el Ministerio Público, son: a) Que exista la querrela o la denuncia; b) De un hecho determinado en la ley como delito; c) Que este hecho esté castigado con pena corporal conforme a la ley, y d) Que la querrela o la

denuncia, estén apoyadas por declaración bajo protesta de persona digna de fe o, en su defecto, que existan otros datos que hagan presumir, racionalmente, la responsabilidad del inculpado.

Se ha sostenido que para dictar un mandamiento de detención, se requiere que el cuerpo del delito esté comprobado. Es indudable que el artículo 16 de la Constitución Política de la República no exige que se satisfaga este requisito y en varias ocasiones la Suprema Corte de Justicia de la Nación así lo ha sostenido. Sin embargo, cuando se trata de cumplimentar un exhorto librado por la autoridad judicial de otra entidad federativa distinta de aquélla en que se encuentra el Juez exhortado, la Ley Reglamentaria del artículo 119 de la Constitución Política de la República de 1917, que rige esta materia y que es aplicable, establece, entre otros requisitos, para que el exhorto se cumplimente, que el cuerpo del delito haya quedado plenamente comprobado. El Juez exhortado no está obligado a obsequiar el exhorto, si este requisito no se encuentra satisfecho.

La regla general es que a la persona a quien se impute la comisión de un delito que merezca ser castigado con pena corporal, sea detenida. Muchas veces, esta privación de libertad no es necesaria en orden a la levedad del delito, a la condición moral y social del indiciado y a su arraigo en el lugar del juicio.

“En algunas legislaciones extranjeras, el Juez disfruta de cierta libertad discrecional que le permite decidir si la persona a quien se imputa el delito, debe quedar o no privada de su libertad, en caso de que no exista temor de que se sustraiga a la acción de la justicia o que el sujeto no revele peligrosidad, pudiendo imponer el arresto domiciliario o la libertad preventiva vigilada, que tiene puntos de semejanza en el Procedimiento Penal Mexicano, con la libertad bajo protesta de que hablaremos al estudiar los incidentes.”¹⁵

El Constituyente de 1907, a pesar de los enconados debates que hubo para que se despoje a la autoridad administrativa de la facultad de proceder a la

¹⁵ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. Op. cit. p. 39.

detención de una persona sin orden judicial, al fin llegó a admitir que podía hacerlo, sin el requisito de la orden previa, pero sólo en casos urgentes, bajo su más estrecha responsabilidad, cuando no hubiese en el lugar ninguna autoridad judicial y siempre que se tratase de delitos perseguibles de oficio, con la obligación de poner inmediatamente al detenido a disposición de la autoridad judicial. El término de que disfruta la autoridad administrativa para consignar al detenido al Juez, según lo hemos dicho antes, es de veinticuatro horas. Si se prolonga, constituirá una detención arbitraria que el Código Penal sanciona severamente en el capítulo que se refiere al abuso de autoridad.

Indicamos que el mandamiento de detención por ser un acto esencialmente jurisdiccional, sólo puede emanar de la autoridad judicial expresamente facultada por la ley y que, además disfrute de jurisdicción y de competencia. Sin embargo, como lo hizo notar en el seno del Congreso el Diputado Jara, hay casos en que no es posible obtener a toda hora y en cualquier lugar o situación la orden judicial para detener a una persona que, cometido el delito, propende a ocultarse. Si esperaríamos tener en nuestras manos la orden judicial, el presunto responsable se escaparía y quedaría insatisfecha la necesidad social de perseguir al delincuente. Así se explica que desde el Constituyente de 1857, se hubiese consignado en el artículo 16, que toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, en casos de delitos in fraganti, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

“En la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, el particular también está facultado para detener al responsable no como en el caso de delito in fraganti, sino antes de la comisión del delito o cuando se trata de algún procesado o reo prófugo.”¹⁶

Tomando en cuenta el momento en que se cometen los delitos, se les ha dividido en flagrantes, cuasiflagrantes y flagrantes presuntivos. Según Escriche:

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El Delito de Omisión*. 3ª edición, Editorial, Ángel Editor, España, 1992. p. 301.

“Delito flagrante es aquél que se ha cometido públicamente y en que el perpetrador ha sido visto por muchos testigos, al mismo tiempo en que lo consumaba. Es participio activo del verbo flagrar, que significa arder o resplandecer, como fuego o llama y no deja de aplicarse, con cierta propiedad al delito que se descubre en el mismo acto de su perpetración.”¹⁷

Se entiende que un delincuente es cogido en flagrante delito cuando se le sorprende en el momento de estarlo cometiendo in ipsa perpetratione facinoris. Con razón podemos decir que la facultad concedida a cualquier persona para proceder a la detención del delincuente sorprendido en flagrante delito, ha respondido en gran modo a las exigencias de la opinión pública y a una gran necesidad social, cual es la de facilitar el pronto castigo del culpable que no duda que lo es, que ha sido sorprendido in fraganti y en los casos en que ningún inconveniente, ninguna dificultad puede resultar por el aceleramiento.

3.5. Comentarios al Procedimiento Penal Federal en la actualidad.

Los comentarios que haremos sobre el procedimiento penal federal versarán sobre el cuerpo del delito, la probable responsabilidad, los supuestos especiales de comprobación y la detención y retención por estar íntimamente relacionados con nuestro tema.

Es fundamental en la materia que ahora nos ocupa como lo fue al amparo del sistema procesal anterior, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales. La fórmula precedente a la reforma del 93 establecía, con redacción clara y concisa, que el cuerpo del delito “se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuosos, según lo determina la ley penal.” Como consecuencia de la reforma arriba mencionada, el precepto dispuso que “el Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate

¹⁷ ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. 3ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1990. p. 136.

y la probable responsabilidad del inculpado como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.” El mismo artículo 168, que incorporó ciertos criterios de escuela que suscitarían polémica, entendía que esos elementos eran los siguientes:

- a) *Necesarios*, pues concurren invariablemente en el tipo penal, bajo la perspectiva adoptada por la reforma: 1.- Acción u omisión, y lesión o, en su caso, peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido; 2.- Forma de intervención de los sujetos activos (se entiende que aquí vienen al caso las formas de autoría o participación delictuosas, así llamadas hoy por el primer párrafo del artículo 13 del Código Penal Federal reformado en 1993, y antes denominadas formas de responsabilidad); y 3.- Realización dolosa o culposa de la acción u omisión (así se incorpora el dato subjetivo que había permanecido fuera del concepto de cuerpo del delito) (fracciones I-III).
- b) *Contingentes*, en cuanto su presencia depende de los requerimientos específicos de tipos determinados: “a).- Las calidades del sujeto activo y del pasivo, b).- El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión, c).- El objeto material, d).- Los medios utilizados, e).- Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f).- Los elementos normativos; g).- Los elementos subjetivos específicos, y h).- Las demás circunstancias que la ley prevea” (antepenúltimo párrafo).

“Como ya se indicó, el texto constitucional fue reformado el 8 de marzo de 1999, para cambiar, entre otras cosas, la comprobación de los elementos del tipo por la acreditación del cuerpo del delito. Como consecuencia de la anterior reforma, el 18 de mayo del mismo año fue modificado el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, para quedar como sigue: “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.”¹⁸

De esta manera se regresa a la solución tradicional para el ejercicio de la acción penal, que requiere la acreditación del cuerpo del delito. El propio Código Federal de Procedimientos Penales define este concepto, para prevenir confusiones o dudas sobre su connotación y alcance. Empero, esta definición resultó desafortunada en la medida en que no abarca todos los elementos que pudiera comprender, en su caso, el cuerpo del delito. Efectivamente, el segundo párrafo del precepto sostiene: “por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.” Así las cosas, han quedado fuera los posibles elementos subjetivos.

En cuanto a la probable responsabilidad cabe decir que la nueva redacción del Código Federal de Procedimientos Penales cambia drásticamente la noción que prevaleció, asociada a la participación delictuosa, aún cuando no hubo modificación constitucional a este respecto. Por otra parte, las reformas uniforman la terminología de la ley secundaria. Anteriormente, se utilizaban indistintamente las expresiones probable o presunta responsabilidad. Cabe hallar diferencia, así resulte relativa o secundaria, entre ambas voces. Empero, lo cierto es que la Constitución habla de probable responsabilidad, y por ello es debido que la ley secundaria se atenga a esta expresión.

Como antes señalamos, los textos legales anteriores construyeron el concepto de probable responsabilidad precisamente a partir de la norma penal que aludía en forma específica y directa al tema de la responsabilidad. A la cabeza del artículo 13 del Código Penal se decía: “Son responsables del delito,” y enseguida aparecían los extremos de la autoría y la participación delictuosas. Por ello, pero

¹⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. cit. p. 306.

también, obviamente, por el sentido sustancial de la responsabilidad que enuncian las normas procesales, el tercer párrafo del artículo 168 determinó, antes de la reforma del 18 de mayo del 99, que “la presunta responsabilidad del inculpado se tendrá por comprobada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en la conducta o hecho constitutivos del delito demostrado.”

“Bajo la reforma de 1993, el artículo 13 nos dice ya quiénes son responsables del delito, sino quiénes son autores o partícipes de éste. Ha desaparecido, pues, la liga explícita entre la “probable responsabilidad” que aún establece el texto constitucional, y las formas de participación delictuosa que contuvo el artículo 13 del Código Penal. Ahora bien, es evidente que el legislador reformista del 93 tenía una idea diferente de la que tuvo el legislador anterior acerca de esta cuestión. Como recordamos, *supra*, la llamada forma de intervención de los sujetos activos figuraba entre los elementos del tipo penal. En cambio, el penúltimo párrafo del artículo 168, que también sería fuente de dudas y confusiones, requería dos extremos, uno positivo y otro negativo.”¹⁹

En primer término, para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, bajo el texto anterior a la reforma del 99, establecía la necesidad de que “obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad,” de donde se podía desprender que en concepto del legislador eran sinónimos “probable responsabilidad” y “probable culpabilidad”. No parecía fácil, en la práctica, deslindar entre este extremo asociado a la probable responsabilidad, y “la realización dolosa o culposa de la acción u omisión” que se vinculaba al tipo penal. En este punto es donde viene a tener presencia el asunto de la imputabilidad, que debe resolverse como presupuesto de la culpabilidad. Actualmente, se establece que “la 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.”

¹⁹ *Ibidem*, p. 307.

Lo que aquí se requiere para acreditar la responsabilidad es que se pueda deducir la participación del sujeto en el delito, lo cual es congruente con los términos del artículo 13 del Código Penal Federal a propósito de las personas responsables de los delitos. De esta manera se separa claramente la participación de un sujeto en la comisión del delito de la forma de comisión del mismo (esto último conforme al artículo 8 del Código Penal Federal).

En segundo término, es necesario, señala el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, que “no exista a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.” En el texto anterior a la reforma del 99, sólo se aludía a excluyentes por licitud o justificación, no a otro género de eximentes (aunque las relativas a la culpabilidad se hallaban implícitamente descartadas cuando se afirmaba la probable culpabilidad). Como se advierte, ahora se habla del indiciado; anteriormente se hacía referencia al inculpado. Por otra parte, tampoco parece afortunado que el Código Procesal, y no el sustantivo, incorpore deslindes a propósito de los aspectos negativos del delito.

“En lo que atañe a la prueba sobre estos asuntos, la reforma contiene dos preceptos. Pudo evitarse la doble regulación y reunirse ambas prevenciones en un solo artículo. El último párrafo del artículo 168 disponía que “los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley,” y el artículo 180 del Código Federal de Procedimientos Penales permite al Ministerio Público y a los tribunales el empleo de medios de investigación diferentes de los que menciona la ley, siempre que no sean contrarios a derecho.”²⁰

Actualmente, como antes se dijo, el último párrafo del artículo 168 dispone: “El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.” A su vez, el artículo 180 del Código Federal de Procedimientos Penales, que también fue reformado en el 99, establece que “para la comprobación del cuerpo del delito y la probable

²⁰ Ibidem. p. 308.

responsabilidad el indiciado, el Ministerio Público y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que éstos medios no sea contrarios a derecho.” Como podemos observar, el legislador amplió las posibilidades probatorias al permitir la utilización de algún medio de prueba no previsto, siempre que no sea contrario a derecho. Corresponderá al Juez y al Ministerio Público apreciar, en la especie, el alcance de esta norma.

Las normas antes mencionadas bastan para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad en la mayoría de los casos, sujetos, así, a reglas genéricas de comprobación. Subsisten normas específicas para la acreditación en determinadas hipótesis, algunas de las cuales fueron reformadas, y se han suprimido las correspondientes a los delitos de robo, abuso de confianza, fraude, peculado y contra la salud, por derogación o cambio de los artículos 174, 175, 177 y 178 Código Federal de Procedimientos Penales. En esta virtud, el robo queda sujeto a la regla general estatuida en el artículo 168. del Código Federal de Procedimientos Penales La práctica se pronunciará sobre los méritos de esta derogación, que ha desechado antiguas y muy discutibles soluciones.

Fueron modificadas y precisadas las exigencias probatorias a propósito de lesiones internas, pero se sigue requiriendo la doble prueba de inspección y dictamen . Hoy es explícita la exigencia de clasificación médico-forense de las lesiones en orden a su naturaleza, gravedad, consecuencias y cualquier otra circunstancia atendible para ese fin” (artículo 169 del Código Federal de Procedimientos Penales). También hay precisiones para la prueba de las lesiones externas; destaca la posibilidad expresa de recurrir a cualesquiera diligencias que resulten procedentes, además de la inspección y el dictamen (artículo 170 del mis ordenamiento). Esto creará problemas en la hipótesis de que se suponga que eran precedentes determinadas diligencias que no fueron practicadas; se restará

eficacia o quedarán bajo sospecha las probanzas de inspección y pericia que efectivamente se realizaron.

Entre los grandes temas del procedimiento penal figuran las medidas precautorias o cautelares, y en el catálogo de éstas se hallan los instrumentos de privación de la libertad personal, que atienden al objetivo básico, pero no único, de asegurar la presencia del inculpado en el proceso. La Constitución ha regulado los supuestos de detención, materia que fue objeto de reelaboración en 1993. En este año se reformó el régimen de flagrancia, la urgencia y la orden de aprehensión, que son los tres medios tradicionales para la privación cautelar de la libertad, a los que cabe agregar la comparecencia voluntaria del indiciado ante el Ministerio Público, habida cuenta de los términos del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales.

La detención por mandamiento del Ministerio Público se halla regulada en el artículo 123, del mismo ordenamiento bajo el nuevo texto del párrafo tercero. Aquél sólo podrá ordenar la detención de una persona, cuando se trate de delito flagrante o de caso urgente, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución, y enseguida remite a los artículos 193 y 194 del Código Federal de Procedimientos Penales para resolver, respectivamente, las circunstancias de la flagrancia y la urgencia. Anteriormente, el artículo 123 del mismo ordenamiento prevenía la sanción para quien quebrantase las normas sobre detención, y disponía la inmediata libertad del detenido. Ahora estas disposiciones se localizan, repetidas, en los artículos 193 y 194 de los ordenamientos federal y procesal en cita.

CAPITULO CUARTO
NECESIDAD DE ADICIONAR EL ARTÍCULO 55 DEL CÓDIGO PENAL
FEDERAL REFORMADO EL 26 DE MAYO DEL 2004

La reforma al artículo 55 del Código Penal Federal publicada el 26 de mayo del 2004 desde nuestro particular punto de vista, es contrario a las principios procesales del derecho referido a la igualdad en el proceso, equidad y generalidad de la ley, por que nos establece que cuando una orden de aprehensión se dicta en contra de una persona mayor de 70 años de edad, el Juez podrá ordenar que la prisión preventiva se lleve a cabo en el domicilio del indiciado bajo las medidas de seguridad que procedan de acuerdo en la representación social.

Lo establecido en dicho numeral es a nuestro juicio improcedente, por que ya no existiría generalidad de la ley ni igualdad y equidad jurídica, y se estará hablando de delincuentes o posibles responsables especiales.

Por lo señalado, nos permitiremos puntualizar lo siguiente.

4.1. Texto del Artículo 55 del Código Penal Federal, antes y después de la reforma del 26 de mayo de 2004.

Antes de las reformas del 26 de mayo del 2004, el artículo de reparación estableció lo siguiente.

“Artículo 55. Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el Juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución, podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el Juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos.”

La lectura de este artículo, es quizás más fundamentada y motivada, aunque no se justifica, en razón de que, si el sujeto activo, fue capaz de cometer en determinado ilícito es que este todavía tiene energía o fuerzas suficientes para purgar la pena que el juzgador consideré pertinente, a no ser que se trate de las excluyentes de responsabilidad que la misma ley establece para tal efecto.

En la actualidad y después de las reformas del 26 de mayo del 2004, el artículo 55 del Código Penal Federal establece lo siguiente.

“Artículo 55. Cuando la orden de aprehensión se dicte en contra de una persona mayor de 70 años de edad, el JUEZ, podría ordenar que la prisión preventiva se lleve a cabo en el domicilio del indiciado bajo las medidas de seguridad que proceden de acuerdo con la representación social.

No gozarán de esta prerrogativa quienes a criterio del JUEZ sustraerse de la acción de la justicia manifiesten una conducta que haga presumible su peligrosidad.

En todo caso la valoración por parte del JUEZ se apoyará en dictámenes de peritos.

Una vez dictada la sentencia ejecutoriada, la pena podrá ser sustituida por una medida de seguridad a juicio del Juez o tribunal que la imponga de oficio o a petición de parte, cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias, graves en su persona, o por su senilidad o su precario estado de salud, fuera notoriamente innecesaria o irracional que se compurgue dicha pena.

En los casos de senilidad o precario estado de salud, el Juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos.”

La disposición actual del nuevo artículo traerá como consecuencia actos de corrupción e insuficiencia por que no todos los ancianos de 70 años estén totalmente acabado o en condiciones imposibles de purgar una condena, y se estaría a un criterio subjetivo del juzgador. La sustitución de la pena trayendo

consigo, la compra de dictámenes penales. Nosotros creemos que en cuestiones de administrar e impartir justicia el anciano o la persona mayor de 70 años deberá tener una mayor consideración en cuanto reclame el apoyo de la justicia, no así, cuando se trate de cumplir una pena previamente establecido por la ley a no ser como ya lo señalamos, que se trate de excluyentes de responsabilidad.

4.2. Los Derechos del presunto responsable y los de la víctima.

Entre los propósitos y las tendencias más notables de la reforma procesal penal de los últimos dos lustros figura el mejoramiento de la situación jurídica del inculpado detenido sin perjuicio de avances, también, en la que corresponden al inculpado no detenido, que se traduce en la ampliación constante de los derechos que concurren a formar su estatuto especial. Este tienen fundamento en la Constitución misma, tanto a partir del texto original de 1917, como en los términos de las reformas posteriores, particularmente la realizada en el mismo año de 1993, que revisó esta importante materia.

“La renovación en el régimen jurídico del detenido avanzó primero un largo trecho en la ley secundaria, bajo la idea de que ésta puede incrementar las prerrogativas, facultades o derechos del individuo, más allá de los textos constitucionales, según el conocido principio de que la Ley Suprema contiene sólo el mínimo de derechos insuprimibles o irreducibles, pero nunca el máximo de los derechos del hombre frente al Estado. Pese a ocasionales resistencias, este principio se abrió paso en el Derecho mexicano e ilustró las más apreciables reformas procesales de los últimos veinte años. Entre ellas cuentan, como bien se sabe, las referentes a libertad provisional, comunicación, defensa y formal prisión.”¹

Dentro de los derechos del presunto responsable se establecen que, se dejará constancia de la práctica (día, hora y lugar) de la detención o de la comparecencia, así como del nombre y cargo de quien la ordenó y de otros puntos en el caso de que la hubiese realizado una autoridad no dependiente del Ministerio

¹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *La Teoría del Delito*. 6ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1999. p. 136.

Público. Cabe entender que aquí se trata de dependencia orgánica, y que por lo mismo se alude a las autoridades u órganos que no se hallan formalmente incorporados en la estructura de la Procuraduría. Puede tratarse, pues, de los auxiliares indirectos del Ministerio Público.

Se hace saber al detenido la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante o querellante. Antes se ignoraba al querellante y se decía, con torpeza, que aquella información sobre el denunciante se proporcionaría “en su caso”, lo que dejaba la puerta abierta, aparentemente, para el anonimato de los denunciantes.

Se le hacen saber los derechos otorgados por la Constitución Política “y, particularmente en la averiguación previa, de los siguientes...” La defectuosa redacción permite suponer que harán del conocimiento del sujeto tanto los derechos que le asisten en la averiguación previa, como todos aquellos que la Constitución atribuye al inculpado e incluso al sentenciado en un juicio penal.

Los derechos específicos que se mencionan en el procedimiento penal federal son los siguientes.

- Tiene, pues, derecho constitucional y legal al silencio. No considero que esa asistencia del defensor en la declaración pueda llegar al extremo de orientar las manifestaciones que haga el inculpado, lo cual restaría sentido a este importante acto del procedimiento. Es lógico suponer que la asistencia tiene el propósito, al que debe contraerse, de evitar que durante la diligencia se menoscaben derechos del sujeto o se le cause algún perjuicio ilícito.
- “Tener una “defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiese designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio. Aquí también se recoge

una garantía constitucional.”² Como se ve, el sujeto puede defenderse por sí, y en tal virtud excluir –cosa que se extiende al proceso propiamente dicho- a un tercero defensor; empero, no puede declarar sin defensor presente, aun cuando esté ejerciendo personalmente su defensa.

- “Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación” (inciso c). Al respecto, conviene observar que la fracción IX del artículo 20’ C. Apartado “A” determina que el inculpado en un proceso penal “tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso, y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera”. Esta fórmula de la fracción IX, que avanza en la tutela del inculpado, tiene una redacción muy desafortunada: es imposible que el defensor comparezca en “todos” los actos del proceso, y es inconveniente que la obligación de hacerlo se reduzca a los supuestos en que “se le requiera”.
- Se le permitirá al indiciado comunicarse con las personas que él solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de comunicación del que se pueda disponer, o personalmente, si ellas se hallaren presentes.
- “Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación, para lo cual se permitirá a él y a su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el expediente de la averiguación previa”.
- Recepción de testigos y pruebas que ofrezca el inculpado, lo cual constituye, asimismo, garantía del procesado que la Constitución, reformada en 1993, extendió al indiciado durante la averiguación previa (penúltimo párrafo del artículo 20, apartado A). En este extremo es preciso considerar ciertas características relevantes de la

² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. cit. p. 239.

referida recepción de pruebas ofrecidas por el inculpado (o su defensor):

“Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución y en los términos del párrafo segundo del artículo 135 de éste Código.”

La debida defensa requiere entendimiento, por lo menos, de los actos del procedimiento, y comunicación entre quienes participan en éste. No hubo cambios en lo que respecta a la obligación de designar intérprete (traductor, dice erróneamente la ley, a partir de la reforma de 1990) al indígena y al extranjero que no entienden o no hablan suficientemente el castellano. También se conserva el deber de informar a la representación diplomática o consular del país al que corresponda ese extranjero.

En todo caso se mantendrán separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de detención o reclusión, dice ahora la fracción IV del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En relación a los derechos de la víctima mucho se ha dicho, aunque no siempre se actúe en este sentido, que el proceso penal debe servir al triple propósito de tutelar jurídicamente al inculpado (en lo que hace a sus legítimos intereses, recogidos en sendos derechos), al ofendido por el delito y a la sociedad.

“Hasta hace poco, los derechos del ofendido se hallaban dispersos distintos preceptos, y siguen estando así distribuidos, pero hoy existe un principio de reunión o concentración creado por la reforma constitucional de 1993, que abordó el tema de los derechos del ofendido, por vez primera en la Constitución, al través del último párrafo del artículo 20.”³

³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. cit. p. 309.

Actualmente, y con motivo de la reforma del 21 de septiembre del 2000, como ya se dijo, existe un apartado B) en el que se estipulan los principales derechos de la víctima u ofendido, punto que ya examinamos al ocuparnos de las reformas al artículo 20 de la Constitución. Esta reforma repercute en la norma secundaria: artículo 141 de la Constitución Federal, aunque cabe aclarar que a la fecha este artículo no ha sido modificado.

Ese precepto del Código manifiesta que en el procedimiento penal la víctima o el ofendido por el delito tienen ciertos derechos. Estos son los marcados por la Constitución, con redacción diferente en algunos casos, y otros que la ley secundaria tuvo a bien introducir o redactar de nueva cuenta, antes de la reforma del 2000 a la Constitución. En estas reformas constitucionales y legales y en su contexto generador, late la idea, entre líneas o con evidencia, de incorporar al ofendido cada vez más en la persecución del delito, a costa del monopolio persecutorio del Ministerio Público. Los derechos de referencia son:

- a) Recibir asesoría jurídica y ser informado, cuando lo solicite, del desarrollo de la averiguación previa o del proceso (fracción I). No parece haber mayor problema en este último caso, pues nada hay en el proceso que implique reserva para el ofendido, como no se trate de alguna medida precautoria: así, el libramiento de una orden de aprehensión o reaprehensión. Otra cosa ocurre por lo que toca a la averiguación previa. Son parte de ésta las diligencias investigatorias que cumple la policía. Parece irracional querer que se mantenga al indiciado al tanto, cuando lo solicite, sobre el avance de la Policía Judicial en las actividades indagatorias que realiza. En lo que respecta al ofendido, el texto actual del artículo 20 constitucional le otorgó el derecho a ser informado sobre el procedimiento penal, que abarca la averiguación previa, cuando así lo requiera.
- b) Coadyuvar con el Ministerio Público (fracción II). Esta coadyuvancia, que no es ejercicio de acción, aunque cada vez se le asemeje más, es

la función característica del ofendido (o del querellante) en el proceso. Se coadyuva mediante actos de suministro de información relevante al Ministerio Público y al Juzgador, para el éxito de la persecución penal. El coadyuvante pretende, técnicamente, que se repare en su favor el daño causado por el delito, en realidad, sin embargo, también pretende que se aplique pena al delincuente que lo victimó.

El penúltimo y el último párrafo del artículo 141 reglamentan la coadyuvancia. Hubo reformas al penúltimo párrafo, no así al último. En su versión anterior a la reforma, aquél disponía que el ofendido pudiese proporcionar al Juzgador, directamente o por conducto del Ministerio Público, “todos los elementos que tenga y que conduzcan a comprobar la procedencia y monto de la reparación del daño y perjuicio.” Esta redacción provino de la reforma procesal penal de 1983, y fue consecuente con la única pretensión que esgrime formalmente el ofendido a la reparación del daño y los perjuicios patrimoniales, por más que esa reparación suponga, obviamente, la comprobación del delito y de la responsabilidad de personas determinadas.

“El texto de 1993 expresa en forma inequívoca la tendencia a convertir al ofendido en un verdadero actor penal. Ello se muestra en la nueva redacción, que faculta a dicho ofendido para allegar al Juzgador precisamente lo mismo que debe proporcionarle el Ministerio Público, es decir, “todos los datos o elementos de prueba con que cuente, que conduzcan a acreditar el cuerpo del delito y a establecer la probable o plena responsabilidad del inculpado, según el caso, y la procedencia y monto de la reparación.” He aquí un impulso al ofendido, pues, dando a su presencia en el juicio el mismo contenido que tiene la acción del Ministerio Público.”⁴

Esta tendencia, más acentuada, se advierte en la reforma de 1993 al artículo 34 del Código Penal. Anteriormente se hacía expresa mención de la coadyuvancia. Hoy no se alude a ésta, sino sólo se faculta al ofendido o a sus

⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. cit. p. 312.

derechohabientes para allegar al Ministerio Público, o al Juez datos y pruebas que demuestren la procedencia y el monto de la reparación exigible al inculpado. Cabe señalar que la Constitución es más explícita al respecto, ya que establece el derecho del ofendido a “coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con que se cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.” Señala también que cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia solicitada por el ofendido, deberá fundar y motivar su negativa.

- c) Estar presente en el desarrollo de todos los actos procesales en los que el inculpado tenga este derecho (fracción III). Aquí se quiere acentuar el carácter bilateral del proceso, la igualdad de oportunidades entre las partes y la imparcialidad del Juzgador. Empero, valdría la pena preguntarse si el ofendido tiene verdaderamente la posibilidad de estar presente en todos los actos en que lo esté, para ejercer sus derechos, el inculpado. Por ejemplo, éste puede requerir una inspección judicial acompañada de dictamen médico sobre puntos que impliquen revisión física. ¿Tiene el ofendido la facultad de estar presente?

- d) Recibir la asistencia médica de urgencia y psicológica cuando lo requiera (fracción IV). Esta facultad se encuentra en la Constitución, y se hallaba asimismo en la legislación secundaria a propósito de la atención médica y el auxilio a víctimas del delito. La Constitución hablaba, antes de la reforma del 2000, de la atención médica de urgencia, no así de la psicológica, que bien podía quedar abarcada dentro de la médica, habida cuenta del carácter preventivo, asistencial o terapéutico que aquélla tiene. Se trata de una proyección del derecho a la salud, estipulado por el artículo 4 constitucional. Es obvio que bajo este amparo el ofendido no sólo tiene derecho a atención

médica de urgencia, sino a toda la atención médica que requiera, con cargo al Estado. Por otra parte, el mismo derecho tiene el inculpado, a título de particular frente al Estado. Actualmente, la Constitución hace referencia a la atención psicológica de urgencia, además de establecer el momento a partir del cual la víctima o el ofendido pueden ejercer ese derecho, esto es, desde la comisión del delito.

- e) Los demás que señalen las leyes (fracción IV). Como ya hemos indicado, el actual apartado B) del artículo 20 constitucional contiene una más amplia expresión de los derechos de la víctima: además de los anteriormente señalados, estipula a favor de aquél los derechos a la reparación del daño; a no carearse con el inculpado, en caso de ser menor de edad, cuando se trate de delitos de violación o secuestro; así como a solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.

4.3. Los principios generales del Derecho Procesal violados con éste artículo.

Antes de hablar de los principios generales del derecho que se violan con la reforma del artículo 55 del Código Penal Federal del 26 de mayo del 2004, queremos señalar que las personas mayores de 70 años ante los tribunales de cualquier carácter y autoridades administrativas de toda índole; órganos y oficinas gubernamentales, a las personas de edad avanzada, debe dárseles una atención y un tratamiento especiales. Escuchar con paciencia el planteamiento de su problema o necesidad; una denuncia de hechos ante el Ministerio Público; en el tipo de ayuda que esté solicitando; o a la información que requiera como parte en un proceso judicial, como peticionario individual o parte de un grupo, para que les cedan ciertos derechos o prestaciones sociales; no se diga como sujeto a un proceso penal o en fase de cumplimiento de una sentencia por la comisión de un delito, y en muchos otros casos.

Su condición física, material o psíquica, imponen la exigencia moral y jurídica de auxiliarlo, teniendo para él las debidas consideraciones.

Si continúan bajo la dependencia de un patrón, darle el lugar y las prestaciones que le corresponden; como prestador no dependiente de diversos servicios, un trato racional para con él.

Tiene en suma, derecho a la justicia administrativa; a la del sistema judicial; la familiar, social, laboral, penal, etc.

“La denegación de justicia, en el caso de éstas personas, muchas en condiciones bien lastimosas, resulta todavía más grave que en la de otros casos, pues trátase de individuos generalmente indefensos, desatendidos, con penurias de todo tipo, por lo que insistimos en una necesaria preocupación estatal en su favor, en el aspecto que se comenta.”⁵

En muchos casos, no quieren que se les dé atención a su problema o recibir algún apoyo; ya se ha apuntado que el extremo de otorgarles todo, a cambio ningún esfuerzo, tampoco es recomendable. Desconocemos sí así se proceda, pero cuando se presenta una persona de tales características ante una dependencia pública o institución privada a implorar ayuda, lo primero será indagar su real situación económica y social, para no cometer errores y concederla sólo, si es necesario todo, a quien demostradamente lo requiere. No podemos hablar de verdadera justicia en éste ámbito, sino cuando no se da a cada uno lo que le corresponde o lo que efectivamente necesita.

No hay duda que los senectos están propensos a que se cometan mil injusticias en su contra, de lo que siempre todos, la sociedad, debemos estar muy atentos, más ahora en que el humanismo como actitud hacia sí mismo y hacia los demás, está igualmente deteriorado y en lugares hasta perdidos, por lo que es muy fácil y cotidiano, que en nuestro transitar urbano, en la carrera de la vida,

⁵ VELA TREVIÑO, Sergio. Op. cit. p. 72.

cometamos injustos atropellos, físicos y morales, contra nuestros viejos; no se diga en las grandes y pobladas ciudades, como la de México; estarán encantados, y se nota que lo están, muchas personas ancianas que en pequeñas poblaciones circulan con pocos riesgos, mientras que en grandes concentraciones demográficas, simplemente caminando pueden ser dañados o muertos en cualquier esquina de semáforo.

La justicia como valor, es toda aquélla a la que tienen derecho desde luego, las honorables gentes de la tercera edad.

De lo anotado, se comprende que los mayores de 70 años tienen varios privilegios, no así para lo referido en el artículo 55 del Código Penal Federal, ha no ser que para otorgar tal beneficio cuente con la anuencia de la víctima.

Los derechos o principios violados con el artículo 55 del Código Penal Federal son: el principio de igualdad y equidad procesal y se violenta la característica de generalidad de la ley ya que todos somos iguales ante la ley y sus limitantes y restricciones sólo se verán restringidas en las hipótesis que esta misma establece.

4.4. Lagunas existentes en el artículo 55 del Código Penal Federal.

De la lectura del artículo 55 del Código Penal Federal se desprenden las siguientes omisiones para su procedencia, es decir, lo que el legislador no previó al establecer dicho texto:

- Se especifican los delitos en los cuales el mayor de 70 años se le puede cambiar la prisión preventiva por la casa del indiciado.
- No se especifican las medidas de seguridad a seguir para la sustitución de esta hipótesis.
- Los 70 años son muy subjetivos porque muchas personas a esa edad, son todavía fuertes y esto beneficiaría a un determinado sector de la sociedad.

- Los dictámenes periciales y el criterio del Juez pueden fácilmente ser motivo de soborno para la calificación y procedencia de dicho beneficio.
- No se toma en cuenta el perdón o anuencia del ofendido para tal situación.
- La valoración de la conducta, forma de realización y demás elementos que comprueben el ilícito no se establece en dicho artículo.
- En base a lo señalado, podemos decir que es improcedente dicha reforma por que acarrearía descontento en la población, la cual debió de tomarse en cuenta.

4.5. La edad de 70 años como improcedente para dictar la orden de aprehensión.

La realidad de los fenómenos que ocurren en la vida diaria, hace que algunos criterios jurídicos tengan que ser constantemente revisados. La dogmática jurídico-penal, que es determinante para el estudio del delito, tiene que ajustarse a tal realidad, para lograr una respuesta congruente a todos los casos concretos que se presenten y deban ser resueltos con base en la interpretación de la ley vigente.

“La teoría del delito parte de una convención acerca del concepto de delito. Para determinar si un hecho concreto es o no constitutivo de delito. Esta idea, la extraemos del ordenamiento jurídico general, realizando un análisis que permita conocer los caracteres comunes en todos los delitos. Así, de nuestro sistema jurídico, podemos extraer los caracteres de todos los hechos delictuosos, que son: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad.”⁶

⁶ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. Op. cit. p. 191.

Cada uno de ellos está localizado en el conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico general y, en algunos casos, existe la norma que expresamente hace el señalamiento.

En esta función dogmática, se llega a la conclusión de que es válido sostener que, convencionalmente, se puede entender el delito como la conducta típica, antijurídica, culpable y punible. Es éste el esquema perfecto, aceptable para todos los delitos, porque contiene los ingredientes que se presentan en todos los casos legales y, además, porque la ausencia o afectación de alguno de tales caracteres o elementos, trae como consecuencia que el caso concreto que se estudia no pueda ser considerado como delictuoso.

En el esquema perfecto se dan: un hecho, un sujeto, una norma y un resultado. Sin embargo, erraría quien pretendiera sostener que la realidad se presenta con la misma perfección que lo hace el esquema lógico. La verdad es que en el mundo de la naturaleza, es frecuente que los hechos que requieren una calificación jurídica, para saber y resolver si son o no delictuosos, se presenten alejados de la perfección del esquema, sin que por ello éste deje de ser cierto.

Hay ocasiones en las que un único hecho puede ser violatorio de dos o más normas penales, como también puede darse el caso de que varias personas, cada una haciendo algo o dejando de hacerlo, concurren para la realización de un único resultado. Estos casos se alejan de la perfección ideal del esquema de delito al que nos hemos referido, pero tienen que ser tratados y resueltos por la ley.

Con plena razón, se sostiene que cualquier corriente del pensamiento jurídico-penal, para entender el delito encuentra su más claro cuestionamiento cuando se enfrenta a la realidad de los concursos, nombre que se da a los fenómenos reales que nos ocupan y que se apartan del esquema perfecto. El concurso de personas, que es el que especialmente interesa ahora, se presenta obligando a replantear los caracteres: conducta, tipicidad y culpabilidad, reconocidos en el esquema o concepto de delito aceptado.

Antes de entrar al análisis de los casos que puedan presentarse conforme a la ley, en los cuales un resultado genere responsabilidad penal para alguna persona, es necesario que metodológicamente quede precisada la posición de la ley, porque ello permitirá un manejo más cómodo de las ideas que se expresarán.

Para la cuestión metodológica anotada, hay que hacer referencia al texto de la ley que pretende ser interpretada. Ésta se ubica, esencialmente, en el artículo 22 del Código Penal.

“Artículo 22.- (Formas de autoría y participación) Son responsables del delito, quienes:

- I. Lo realicen por sí;
- II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores;
- III. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento;
- IV. Determinen dolosamente al autor a cometerlo;
- V. Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión; y
- VI. Con posterioridad a su ejecución auxiliien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito.

Quienes únicamente intervengan en la planeación o preparación del delito, así como quienes determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, sólo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer.

La instigación y la complicidad a que se refieren las fracciones IV y V, respectivamente; sólo son admisibles en los delitos dolosos. Para las hipótesis previstas en las fracciones V y VI se impondrá la punibilidad dispuesta en el artículo 81 de este Código.”

Debe resultar evidente que en el texto transcrito se hace uso de varios verbos (acordar, preparar, realizar, determinar, ayudar, auxiliar, etc.), para

referirlos al delito; en efecto, hay responsabilidad penal, si se acuerda o prepara un delito, si se realiza un delito, y así sucesivamente. En este caso, la expresión delito está empleada por la ley como equivalente a hecho o resultado típico y no a la concepción doctrinaria del delito. En diferente forma de expresión, lo que se dice en la ley es que habrá responsabilidad penal para quien acuerde, prepare o realice, un resultado que posteriormente es calificado como delito. Si no se aceptara esta forma de interpretación, podría caerse en el absurdo de que para saber si alguien es responsable penalmente por una determinada forma de participación en la producción del hecho, antes se tuviera que haber resuelto que el hecho era delictuoso. Esto no es aceptable desde ningún punto de vista.

La forma de empleo del verbo en el artículo 22 nos lleva a la necesidad de reconocer que lo determinante para la solución de los casos concretos está en la conducta de quienes intervienen en la producción del resultado, o sea, en la acción referida por el propio verbo. Haciendo función dogmática, y en estricto apego al principio de legalidad, debe afirmarse que solamente serán responsables de los delitos quienes cumplan la acción descrita por el verbo.

La referencia al verbo nos vincula indudablemente con el autor de la conducta, ya que es sabido que sólo los seres humanos son capaces de realizar conductas con contenido penalístico. En efecto, desde del enunciado personas responsables de los delitos, se está asociando la expresión con autores de conductas, que deben ser sujetos imputables y que para los efectos penales son aquellos que se comportan típicamente, que ejecutan el verbo, o mejor dicho, la acción descrita por el verbo incluido en la norma legal.

De lo escrito, se deduce que el legislador no tomó en cuenta muchas de las hipótesis que pueden surgir al determinar la procedencia o no de la orden de aprehensión en personas mayores de 70 años, lo que traería en lo adelante problemas para éstas personas porque quizás serían utilizadas por narcotraficantes para cometer sus ilícitos.

Es urgente derogar el artículo 55 del Código Penal Federal, porque con él, se están dando armas a la delincuencia para cometer sus delitos, como en el caso de utilizar a menores en delitos federales, ya que éstos al ser inimputables, rápidamente cumplen su condena, o rehabilitación y salen, es, por ello que a las personas mayores de 70 años se les debe tratar igual que a cualquier delincuente, a no ser que se otorgue el perdón y anuencia de la víctima para que cumpla su sanción en su casa.

4.6. Propuesta de solución.

En caso de seguir el artículo 55 del Código Penal Federal como está hasta ahora, se caerá en la idea de seguir protegiendo más al criminal que a la víctima; porque, como sabemos es un problema que está siendo actualmente muy estudiado por los criminólogos, es el referente a las víctimas de las conductas antisociales. Aunque pueda parecer extraño, la víctima de la conducta criminal ha sido muy esporádicamente estudiada; parece que frente a la gran preocupación por el criminal hay un olvido absoluto por la víctima. Los grandes criminales han pasado a la historia, las víctimas, generalmente, han quedado en el olvido.

Este fenómeno puede tener varias explicaciones, quizá sea que nos identificamos con el criminal y jamás con la víctima, quizá sea que admiramos al criminal que se atreve a hacer lo que nosotros no haríamos, y no admiramos a la víctima; o, lo más probable, es que todos tenemos a un criminal y nadie teme a una víctima.

Sin embargo, a partir de las primeras investigaciones sobre víctimas, los estudiosos se llevaron una sorpresa al descubrir que en una notable cantidad de hechos la víctima tenía una gran participación y, en ocasiones, era la verdadera causante del delito.

Se ha intentado hacer una clasificación de las víctimas, encontrándose que, de acuerdo a su culpabilidad, podrían clasificarse en:

1. "Víctima totalmente inocente. Es aquélla que no tiene ninguna responsabilidad ni intervención en el delito (infanticidio).
2. Víctima menos culpable que el criminal (víctima por ignorancia, víctima imprudencial).
3. Víctima tan culpable como el criminal. Es la víctima voluntaria (riña, duelo).
4. Víctima más culpable que el criminal (víctima provocadora).
5. Víctima totalmente culpable (víctima agresora, simuladora, imaginaria, etc.)."⁷

Los juristas han encontrado aplicación a esto, ya que al colaborar la víctima en mayor o menor grado, y en ocasiones intencionalmente, podría disminuirse la pena al criminal en el grado que la víctima participó en el delito.

El estudio de las víctimas es ahora de gran importancia; existen sujetos con una gran predisposición victimal, que necesitan una mayor atención (niños, débiles mentales, atípicos, ancianos, etc.).

Hay también sujetos con gran peligrosidad victimal, los cuales, por sus peculiares características, son un peligro para sí y para los demás.

No cabe duda de que muchas víctimas necesitan más ayuda, protección y tratamiento que sus victimarios. Gran parte del dinero que el Estado utiliza en diagnóstico, pronóstico y tratamiento de criminales, debía usarlo en atender a las víctimas, pues éstas representan una grave responsabilidad ante el fracaso de la obligación que el Estado tiene de proteger a los miembros de la sociedad.

Quizá lo más importante del problema de la victimología sea la deducción de que no solamente debemos hacer prevención criminal, sino también prevención victimal.

⁷ GAROFALO, Rafael. *Criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la representación*. 2ª edición, Editorial, Ángel Editor, México, 2002. p. 131.

Para limitar la procedencia unilateral del artículo 55 del Código Penal Federal, este deberá contener las siguientes adiciones.

“Artículo 55.- Cuando la orden de aprehensión se dicte en contra de una persona mayor de 70 años de edad, el Juez, podrá ordenar que la prisión preventiva se lleve a cabo en el domicilio del indiciado bajo las medidas de seguridad que procedan de acuerdo con la representación social, siempre y cuando exista el perdón de la víctima.

No gozarán de esta prerrogativa quienes a criterio del Juez puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumible su peligrosidad. Así como la crueldad excesiva con que se haya cometido el delito o se trate de delitos contra la salud.

En todo caso la valoración por parte del Juez se apoyará en dictámenes de peritos.

Una vez dictada la sentencia ejecutoriada, la pena podrá ser sustituida por una medida de seguridad, a juicio del Juez o Tribunal que la imponga de oficio o a petición de parte, cuando por haber sufrido el sujeto activo, consecuencias graves en su persona, o por su senilidad o su precario estado de salud; fuere notoriamente innecesaria o irracional que se compurgue dicha pena. Siempre y cuando esté de acuerdo la víctima o los familiares más cercanos en su caso y en los casos de delitos culposos.

En los casos de sensibilidad o precario estado de salud, el Juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos.”

Con lo anterior, se pretende dar seguridad jurídica a las víctimas así como buscar un equilibrio e igualdad entre las partes contendientes para demostrar que la justicia y el derecho deben ser imparciales y no hacer delincuentes especiales.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El procedimiento penal lo entendemos como el conjunto de actividades o actos regidos por el Derecho Procesal Penal que inicia cuando la autoridad pública interviene al tener conocimiento de que se ha cometido un delito, y lo investiga y se prolonga hasta el pronunciamiento de la sentencia.

SEGUNDA. El proceso penal desde nuestro particular punto de vista, de manera general, ha pasado por cuatro períodos, el primero, fue el proceso penal de la antigüedad (Grecia y Roma). Después, el proceso penal canónico, un poco después apareció el proceso penal común que se mezcló del Derecho Canónico y del Romano. Finalmente, el Proceso Penal Moderno que tomó gran parte del proceso penal antiguo, siendo la consecuencia de los pensadores de la revolución francesa.

TERCERA. El desarrollo del procedimiento penal en nuestro país, se debe a las etapas y leyes pronunciadas durante la vigencia de aquellos como fueron la Colonia, Independencia y etapa constitucionalista, lo que trajo consigo un desarrollo paulatino de nuestros ordenamientos procesales, es decir, los cambios y movimientos jurídicos, políticos y sociales dieron la pauta de ir reafirmando en los procesos penales los avances en materia procesal penal.

CUARTA. No debemos perder de vista, que nuestro país, ha sido pionero de los avances en materia de protección a las garantías de seguridad jurídica, siendo en la etapa contemporánea donde más ha alcanzado un buen nivel y, consideramos que debe seguir así y para lograrlo debe continuar en este sentido no concediendo dádivas a los delincuentes por el simple transcurso de la edad.

QUINTA. De continuar la sustitución, casa por cárcel a los mayores de 70 años se estaría en peligro de hacer que la teoría del delito, el cuerpo del delito y demás cuestiones de penología criminal no operen para los senectos haciéndolos más vulnerables para que otros delincuentes los utilicen para cometer sus ilícitos.

SEXTA. Consideramos que el Juzgador debe tomar en cuenta otros elementos al ordenar la aprehensión de los mayores de 70 años como son la crueldad con que se cometió tal delito, qué tipo de delito y más que nada que la víctima sea tomada en cuenta o los familiares de ésta para ver si es aceptable o no dicha disposición.

SÉPTIMA. Los delitos a los cuales se les puede sustituir la prisión por casa del presunto responsable, serán en aquellos delitos culposos y en los que la ley considere como no graves, mediando la anuencia de los familiares o de la víctima, porque de lo contrario a los adultos mayores de 70 años, se les tendría casi como inimputables lo que los haría foco de atención para otros delincuentes en la comisión de ilícitos.

OCTAVA. La orden de aprehensión debe ser dictada en atención a la comprobación del cuerpo del delito y no en la edad del probable responsable así como también al tipo de delito, y a la crueldad con que se cometió dicha conducta.

NOVENA. En nuestro país, al parecer, los derechos del detenido o presunto responsable son mayores o de mejor perspectiva jurídica, que los de la víctima, es por ello que, estamos en desacuerdo con lo estipulado por el artículo 55 del Código Penal Federal ya que este, no toma en cuenta a la víctima del delito, y lo consideramos unilateral porque solo favorece a una de las partes, perdiéndose el sentido de generalidad de la ley así como inaplicable el principio procesal de igualdad y equidad de la norma jurídica.

DÉCIMA. Para limitar la procedencia unilateral del artículo 55 del Código Penal Federal, este deberá contener las siguientes adiciones.

“Artículo 55.- Cuando la orden de aprehensión se dicte en contra de una persona mayor de 70 años de edad, el Juez, podrá ordenar que la prisión preventiva se lleve a cabo en el domicilio del indiciado bajo las medidas de seguridad que procedan de acuerdo con la representación social, siempre y cuando exista el perdón de la víctima.

No gozarán de esta prerrogativa quienes a criterio del Juez puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumible su peligrosidad. Así como la crueldad excesiva con que se haya cometido el delito o se trate de delitos contra la salud.

En todo caso la valoración por parte del Juez se apoyará en dictámenes de peritos.

Una vez dictada la sentencia ejecutoriada, la pena podrá ser sustituida por una medida de seguridad, a juicio del Juez o Tribunal que la imponga de oficio o a petición de parte, cuando por haber sufrido el sujeto activo, consecuencias graves en su persona, o por su senilidad o su precario estado de salud; fuere notoriamente innecesaria o irracional que se compurgue dicha pena. Siempre y cuando esté de acuerdo la víctima o los familiares más cercanos en su caso y en los casos de delitos culposos.

En los casos de sensibilidad o precario estado de salud, el Juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos.”

Con lo anterior, se pretende dar seguridad jurídica a las víctimas así como buscar un equilibrio e igualdad entre las partes contendientes para demostrar que la justicia y el derecho deben ser imparciales y no hacer delincuentes especiales.

BIBLIOGRAFÍA

ACERO, Julio. *Procedimiento Penal*. 2ª edición, Editorial, Cajica, Puebla, México, 1996.

ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, Niceto. *Derecho Procesal Mexicano*. 6ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1990.

AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. *Derecho Penal Mexicano*. 2ª edición, Editorial, Harla, México, 1990.

ARILLA BAZ, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*. 8ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1996.

AZUELA, Salvador. *Apuntes de Derecho Constitucional*. 2ª edición, Editorial, Cárdenas editor, México, 1996.

BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. *Derecho Procesal Penal*. 3ª edición, Editorial, Mc. Graw-Hill, México, 2002.

CENICEROS y GARRIDO, José. *La Ley Penal Mexicana*. 6ª edición, Editorial, Trillas, México, 1998.

CLARÍA OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. 3ª edición, Editorial, Depalma, Argentina, 1990.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. 10ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2001.

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. 6ª edición, Editorial, Bosch, España, 1990.

FLORIS MARGADANT, Guillermo. *Derecho Privado Romano*. 7ª edición, Editorial, Esfinge, México, 1990.

FRANCO SODI, Carlos. *Procedimiento Penal Mexicano*. 6ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1997.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano*. 6ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2001.

GAROFALO, Rafael. *Criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la representación*. 2ª edición, Editorial, Ángel Editor, México, 2002.

GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. *Orden de Aprehensión*. 2ª edición, Editorial, Ángel editor, México, 2002.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *Derecho Procesal Penal Mexicano*. 10ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2000.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *Teoría General del Delito*. 2ª edición, Editorial, Ángel Editor, México, 2002.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Delitos en Particular*. T.I. 2ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2000.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *La Teoría del Delito*. 6ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1999.

MEZGER, Edmundo. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Editorial, Temis, España, 1990.

PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. 10ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2002.

RIVERA SILVA, Manuel. *El Procedimiento Penal Mexicano*. 10ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1996.

RODRÍGUEZ, Ricardo. *El Procedimiento Penal en México*. 6ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1995.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *La Doctrina de la Acción Finalista*. 3ª edición, Editorial, Temis, España, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El Delito de Omisión*. 3ª edición, Editorial, Ángel Editor, España, 1992.

SILVA SILVA, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. 10ª edición, Editorial, Harla, México, 2000.

VELA TREVIÑO, Sergio. *Miscelánea Penal*. 4ª edición, Editorial, Trillas, México, 2000.

VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*. 6ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1996.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS 2ª edición, Editorial, Sista México, 2005.

NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Editorial, Sista México, 2005.

CÓDIGO PENAL FEDERAL. 2ª edición, Editorial, Sista, México, 2005.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Editorial, Sista, México, 2005.

LEY DE DEFENSORÍA DE OFICIO 2ª edición, Editorial, P.J.D.F., México, 2005.

LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Editorial, P.J.D.F., México, 2005.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*. T. P-Z. 10ª edición, Editorial, Porrúa-UNAM, México, 1999.

ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. 3ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1990.

OTRAS FUENTES

Enciclopedia Jurídica Omeba. T. VIII. 10ª edición, Editorial, Dris-Kill, Argentina, 1992.