



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO

---

---

*Facultad de Derecho*

EL PERIODO DE PREINSTRUCCION EN EL CODIGO  
DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL  
DISTRITO FEDERAL.

T E S I S

Que para obtener el Titulo de  
LICENCIADO EN DERECHO  
p r e s e n t a

José Roberto Montes de Oca Tapia



México, D. F.

1992



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está 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.

102  
101

**EL PERIODO DE PREINSTRUCCION EN EL CODIGO DE  
PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL**

**INDICE**

	<b>Pág.</b>
<b>INTRODUCCION</b>	<b>I-III</b>
<b>CAPITULO I.</b>	
<b>EJERCICIOS DE LA ACCION PENAL.</b>	<b>1</b>
1. REQUISITOS FORMALES DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.	4
2. JURISDICCION.	11
2.1. MATERIA (FUERO COMUN Y FEDERAL).	14
2.2. PENALIDAD.	17
3. COMPETENCIA.	19
4. AUTO DE RADICACION.	21
5. EFECTOS DEL AUTO DE RADICACION.	24
<b>CAPITULO II</b>	
<b>ORDEN DE APREHENSION.</b>	<b>29</b>
1. EXCEPCIONES (FLAGRANCIA, CUASIFLAGRANCIA Y CASOS URGENTES).	30
2. REQUISITOS DE LA ORDEN DE APREHENSION. (ART. 16 CONSTITUCIONAL).	40
3. CONSECUENCIA DEL EXAMEN DE LOS HECHOS (ART. 4o. DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES).	46
4. ORDEN DE REAPREHENSION.	51
5. ORDEN DE COMPARECENCIA.	52
6. INSTITUTOS DIVERSOS A LA ORDEN DE APREHENSION.	53
<b>CAPITULO III.</b>	
<b>DECLARACION PREPARATORIA.</b>	<b>58</b>
1. ANTECEDENTES HISTORICOS.	61
2. REQUISITOS CONSTITUCIONALES.	65
3. COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL.	70
4. FORMAS DE LLEVARLA ACABO.	73
5. CAREOS CONSTITUCIONALES.	75
<b>CAPITULO IV.</b>	
<b>DESIGNACION DE DEFENSOR.</b>	<b>80</b>
1. ANTECEDENTES HISTORICOS.	83
2. REQUISITOS CONSTITUCIONALES.	86
3. COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL.	89
4. DURANTE LA AVERIGUACION PREVIA.	94
5. AL RENDIR LA DECLARACION PREPARATORIA.	98
6. PROBLEMATICA DEL CUMPLIMIENTO DE PRUEBAS DENTRO DEL TERMINO CONSTITUCIONAL.	101

<b>CAPITULO V</b>	
<b>LIBERTAD CAUCIONAL.</b>	106
1 INSTITUTOS DIVERSOS A LA LIBERTAD CAUCIONAL	106
2 PROBLEMATICA DE LAS CALIFICATIVAS EN EL DERECHO A LA LIBERTAD CAUCIONAL	116
<b>CAPITULO VI</b>	
<b>AUTO DE FORMAL PRISION.</b>	124
1 REQUISITOS MEDULARES	124
2 REQUISITOS FORMALES	131
3 PROBLEMATICA DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO	138
4 EFECTOS DEL AUTO DE FORMAL PRISION	143
5 IMPUGNACION DEL AUTO DE FORMAL PRISION	146
<b>CAPITULO VII.</b>	
<b>AUTO DE FORMAL PRISION CON SUJECCION A PROCESO.</b>	149
<b>CAPITULO VIII.</b>	
<b>AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR.</b>	150
<b>CAPITULO IX.</b>	
<b>AUTO DE LIBERTAD ABSOLUTA.</b>	161
<b>CONCLUSIONES.</b>	165
<b>BIBLIOGRAFIA.</b>	170

## INTRODUCCION

En los últimos años ha habido una incesante tendencia orientada hacia la reforma legislativa. Se pretende adecuar las leyes a las diferentes situaciones reales que se dan en nuestra sociedad.

Las reformas que se han hecho comprenden tanto a las leyes sustantivas como adjetivas, y en el orden federal y local.

Uno de los aspectos que no ha escapado a esta tendencia es la materia procesal penal, que a partir del año de 1982 ha experimentado algunos cambios importantes. Las últimas reformas que se hicieron en enero de 1991 revelan el criterio de una mejor impartición de justicia en materia penal.

Desafortunadamente no siempre se logran muchos aciertos, sobre todo cuando las reformas se elaboran sin armonizar plenamente todas las disposiciones de un cuerpo legal, y más aun cuando existe relación con otras leyes con las cuales es necesario mantener un equilibrio.

Tal es el caso de las reformas que se han hecho al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, las cuales no siempre han armonizado con el Código Federal de Procedimientos Penales.

Uno de los temas que demuestra esa falta de armonía es el periodo de preinstrucción, mismo que en el Código Federal comprende hasta que una vez vencido el termino constitucional de setenta y dos horas, se dispone la formal prisión o, en su caso, la libertad. En cambio, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no se ha especificado el alcance del periodo de preinstrucción. Por esta razón estimamos necesario estudiar este tema procurando abarcar los diferentes aspectos involucrados en dicho periodo.

Para tal efecto, en el capítulo primero estudiaremos lo relativo al ejercicio de la acción penal, misma que constituye la base para que pueda iniciarse la actividad jurisdiccional. Aquí, trataremos lo concerniente a sus requisitos formales y lo relativo a la jurisdicción y competencia, incluyendo lo referente al auto de radicación y sus efectos.

En el capítulo segundo se estudiará la orden de aprehensión, con sus requisitos y las consecuencias del examen de los hechos. Asimismo consideraremos las excepciones que se presentan en los casos de flagrancia, cuasiflagrancia y urgentes. También se estudiarán las ordenes de reaprehensión y de comparecencia, así como otros institutos diversos a la orden de aprehensión.

En virtud de que la declaración preparatoria es muy importante, será tratada en el capítulo tercero a partir de sus antecedentes históricos y comprendiendo sus requisitos constitucionales, siendo necesario enfatizar dicha declaración como garantía constitucional, su forma de llevarla a cabo y los careos constitucionales.

También la designación de defensor es una garantía constitucional, por lo que será estudiada por separado en el capítulo cuarto, comprendiendo sus antecedentes históricos y requisitos constitucionales. Toda vez que la designación de defensor puede hacerse en diversos momentos, veremos la que se hace durante la averiguación previa y al rendir la declaración preparatoria. En este capítulo se incluye lo referente a la problemática del ofrecimiento de pruebas dentro del término constitucional, mismo que es de gran importancia dentro del tema que en general se desarrolla en esta investigación.

Por su parte el capítulo quinto tratará de la libertad caucional, comprendiendo el estudio de los institutos del derecho relativos a esta libertad y la problemática de las calificativas en el derecho a la libertad provisional.

Finalmente, al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas deberá dictarse alguna de las siguientes resoluciones, que serán tratadas en los cuatro restantes capítulos.

En primer lugar está el auto de formal prisión, que se estudiará con sus requisitos medulares y formales; asimismo se considerará la problemática de las circunstancias del delito, así como los efectos del auto de formal prisión y los medios por los cuales puede ser impugnado.

En segundo término se estudiará el auto de formal prisión con sujeción a proceso.

En tercer lugar se analizará el auto de libertad ; or falta de elementos para procesar

Por último, se estudiará lo referente al auto de libertad absoluta

Todo lo anterior nos permitirá analizar de manera integral el periodo de preinstrucción en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal proponiendo, cuando fuere procedente, los cambios que sean necesarios para lograr un avance más dentro de la reforma procesal penal.

## CAPITULO I

### EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

El ejercicio de la acción penal marca el inicio del periodo de preinstrucción. Por tal motivo es el punto de partida de la presente investigación, sin embargo, para entender y ubicarnos específicamente en este momento procesal, es pertinente hablar de la función persecutoria que realiza el Ministerio Público, ya que dentro de ésta encontramos precisamente el ejercicio de la acción penal.

En efecto, de acuerdo con el artículo 21 de nuestra Constitución Política "La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél". Esto significa que el Ministerio Público se encarga de perseguir los delitos, es decir, investiga y reúne los elementos necesarios, practicando las diligencias pertinentes, para procurar que a los autores de los delitos se les apliquen las sanciones establecidas en la ley.

Por lo tanto, son dos actividades muy importantes las que realiza el Ministerio Público en el desempeño de su función persecutoria, una de ellas es la actividad investigadora, conocida comúnmente como averiguación previa, y la otra es el ejercicio de la acción penal.

En relación con la primera actividad antes mencionada, Manuel Rivera Silva dice que "La actividad investigadora entraña una labor de auténtica averiguación, de búsqueda constante de las pruebas que acreditan la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes en ellos participan. Durante esta actividad, el órgano que la realiza trata de



proveerse las pruebas necesarias para comprobar la existencia de los delitos y poder estar en aptitud de comparecer ante los tribunales y pedir la aplicación de la ley, pues es obvio que para pedir la aplicación de la ley a una situación histórica, es menester dar a conocer la propia situación y, por ende, previamente estar enterado de la misma". (1)

Queda claro que esta actividad investigadora es presupuesto necesario para el ejercicio de la acción penal, de allí que es muy importante que se cumplan ciertos principios y requisitos sin los cuales no podría llegarse al ejercicio de dicha acción

Básicamente son tres los principios que existen en relación con la actividad investigadora, y son:

1) Principio de iniciación de la investigación. Significa que el órgano investigador no puede dar comienzo a la averiguación previa sin que se reúnan ciertos requisitos de procedibilidad señalados por el artículo 16 de nuestra Carta Magna, mismos que más adelante se precisarán

2) Principio de oficiosidad. Se refiere a la potestad que tiene el órgano encargado de la investigación para buscar las pruebas necesarias que permitan integrar el cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad.

3) Principio de legalidad. Quiere decir que si bien la autoridad investigadora tiene facultad para desarrollar su investigación, también

(1) Rivera Silvia, Manuel. El Procedimiento Penal, Editorial Porrúa, Decimosexta Edición, México, 1986, pag. 42

vemos que no queda a su arbitrio la forma de llevar a cabo su función

Respecto a los requisitos de procedibilidad, Cesar Augusto Osorio y Nieto (2) resume en los siguientes términos "Los requisitos de procedibilidad son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal contra el probable responsable de la conducta típica. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé en su artículo 16 como requisitos de procedibilidad, la denuncia, la acusación y la querrela.

#### A) DENUNCIA CONCEPTO

Es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible por oficio.

#### B) ACUSACION CONCEPTO.

Es la imputación directa que se hace a persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio o a petición de la víctima u ofendido.

#### C) QUERRELLA CONCEPTO.

La querrela puede definirse como una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal". (2)

(2) Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 1989, pag. 7

Una vez que el Ministerio Público cumple con los anteriores principios y requisitos, es decir, cuando ha desarrollado la averiguación previa durante la cual practicó todas las diligencias necesarias para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, está en condiciones de optar por el ejercicio o abstención de la acción penal, según sea el resultado de dicha averiguación.

Si el Ministerio Público decide ejercitar la acción penal deberá cumplir con otros requisitos, como se verá a continuación.

## **I. REQUISITOS FORMALES DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.**

Antes de hablar concretamente de los requisitos formales del ejercicio de la acción penal, conviene definir previamente esta última y señalar sus características, lo cual nos dará un mayor entendimiento sobre el tema.

Son varios los conceptos que existen en relación con la acción penal, Sergio García Ramírez cita a diferentes autores que han dado sus propias definiciones; así, nos dice que "Garraud define a la acción penal como el recurso ante la autoridad judicial ejercitado en nombre y en interés de la sociedad para llegar a la comprobación del hecho punible, de la culpabilidad del delincuente y la aplicación de las penas establecidas por la ley. Florian indica que acción penal es el poder jurídico de excitar y

promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de Derecho Penal. Para Alcalá Zamora se trata del poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador pronuncie acerca de la punibilidad de hecho que el titular de aquella reputa constitutivos de delito". (3)

Las anteriores definiciones ofrecen datos importantes que permiten precisar el contenido de la acción penal. En primer lugar, notamos que se trata de un poder jurídico, mismo que en nuestro Derecho procesal penal corresponde al Ministerio Público.

En segundo lugar, tenemos que mediante dicho poder se acude ante el órgano jurisdiccional para promover su actuación.

Finalmente, se pretende que la autoridad judicial aplique la ley penal a un caso concreto para que decida acerca de la punibilidad de hechos considerados delictivos.

Ahora bien, se ha aceptado por la doctrina que la acción penal tiene ciertas características, las cuales son resumidas por Fernando Anllia Bas en los siguientes términos:

"a) Es pública porque sirve a la realización de una pretensión estatal; la actualización de la acción penal sobre el sujeto activo del delito. La pretensa punitiva,

(3) García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, 1989, pag. 200.

b) Es única porque abarca todos los delitos perpetrados por el sujeto activo, que no hayan sido juzgados. Es decir, abarca todos los delitos constitutivos de concurso real o ideal.

c) Es indivisible en cuanto recae sobre todos los sujetos del delito (autores o partícipes según los casos) salvo aquellos en quienes concurra una causa personal de exclusión de la pena.

d) Es intrascendente en virtud de que, en acatamiento al dogma de la personalidad de las penas, consagrado por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prohíbe las penas transcendentales, se limita a los responsables del delito;

e) Es discrecional, pues el Ministerio Público, puede o no ejercerla, aun cuando estén reunidos los elementos del artículo 16 de la propia Constitución; y

f) Es retractable, ya que la citada institución tiene la facultad de desistirse de su ejercicio, sin que el desistimiento prive al ofendido por el delito del derecho de demandar la reparación del daño ante los tribunales civiles". (4)

Una vez que tenemos una idea más concreta de lo que es la acción penal y de sus características, procede hablar de su ejercicio. Para entenderlo es pertinente aclarar que la acción penal pasa por dos periodos

(4) Arilla Bas, Fernando: El Procedimiento Penal en México, Editorial Kratos, Ducesava Edición, México, 1989, pag. 20 y 21.

que son, el persecutorio y el acusatorio.

El primero se inicia con la consignación, que es el acto que realiza el Ministerio Público una vez que se ha integrado la averiguación previa, y por medio del cual se inicia el ejercicio de la acción penal, teniendo por objeto el poner a disposición del juez todo lo actuado, así como a las personas y cosas relacionadas con la averiguación. En este período se busca la comprobación del delito y la probable responsabilidad de quienes en él intervinieron.

El segundo período tiene lugar cuando el Ministerio Público considera que se han comprobado los elementos del delito, por lo tanto formula conclusiones acusatorias, con la finalidad de que el juez aplique las sanciones al caso concreto.

Podemos ver entonces que el ejercicio de la acción penal se inicia cuando el Ministerio Público hace la consignación ante la autoridad judicial, para tal efecto debe cumplir con los requisitos señalados en el artículo 16 constitucional, especialmente los que se refieren al cuerpo del delito y probable responsabilidad.

Osorio y Nieto considera estos requisitos formales del ejercicio de la acción penal cuando dice que "La acción penal tiene su principio mediante el acto de la consignación, este acto es el arranque, el punto en el cual el Ministerio Público ocurre ante el órgano jurisdiccional y provoca la función correspondiente, la consignación es el primer acto del ejercicio de la acción penal. Ahora bien, para poder llevar a cabo este acto inicial de ejercicio de la acción penal, es menester cumplir determinados requisitos

constitucionales, los cuales estar contenidos en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se refieren a cuerpo del delito y probable responsabilidad - Agrega este autor que - El cuerpo del delito se infiere con el total de los elementos contenidos en el tipo penal, ya sean estos, como los ha denominado la doctrina, objetivos, subjetivos o normativos; es el cuerpo del delito el conjunto de elementos contenidos en el tipo penal, en relación a ejecución y sus circunstancias, lo cual es congruente con el artículo 19 Constitucional, de donde proviene el concepto de cuerpo del delito. Por probable responsabilidad se entiende la posibilidad razonable de que una persona determinada haya cometido un delito y existiera cuando del cuadro procedimental se derivan elementos fundados para considerar que un individuo es probable sujeto activo de alguna forma de autoría, concepción, preparación o ejecución o inducir o compeler a otro a ejecutarlos. Se requiere, para la existencia de la probable responsabilidad, indicios de responsabilidad, no la prueba plena de ella, pues tal certeza es materia de la sentencia" (5).

Tenemos entonces que de conformidad con el artículo 16 constitucional, en concordancia con el 19 de la misma Constitución Política, los requisitos formales que deben cumplirse para que la acción penal se ejercite legalmente son, la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad.

(5) Osorio y Nieto, op. cit., pag. 24 y 25.

Estos requisitos deben quedar acreditados con todas y cada una de las diligencias que el Ministerio Público haya practicado durante la averiguación previa. Por ello, debe enfatizarse que esta constituye un presupuesto fundamental para que pueda ejercitarse la acción penal.

Para complementar lo relativo al ejercicio de la acción penal y sus requisitos, es necesario considerar el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para tal efecto, transcribiremos algunas tesis de nuestro más alto tribunal que sobre esta materia se han dictado.

"ACCION PENAL EJERCICIO DE LA. Conforme al artículo 21 constitucional, el ejercicio de la acción penal compete exclusivamente al Ministerio Público, y si este funcionario acusa por determinado delito, señalando concretamente la ley que ha sido violada por el delincuente, y la autoridad sentenciadora, aplica en su sentencia una disposición distinta, es indudable que esa misma sentencia impone pena por un delito que no fue motivo de la acusación del Ministerio Público, violandose así la garantía que establece el artículo 21 de la Constitución Federal de la República, puesto que el sentenciador practicó el oficio la persecución de un delito que, de acuerdo con el precepto constitucional citado, corresponde exclusivamente al Ministerio Público".

"ACCION PENAL EJERCICIO DE LA. El artículo 21 constitucional establece el principio de que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, lo cual revela que el ejercicio de esa facultad, según la Ley Fundamental, no es un derecho que pertenezca al patrimonio de los particulares, sino al Estado mismo, ya que el Ministerio



Público, es un órgano de aquel, en virtud, y aun cuando los representantes de esa institución dejaren de acusar, faltando a sus deberes legales e incurriendo en responsabilidades, no sería posible, constitucionalmente, establecer que cabe al amparo por lesiones de un derecho protegido por los artículos, 14 y 16, también constitucionales. En corroboración de esta tesis, conviene transcribir la opinión que Eugenio Florián sustenta en su obra Derecho Procesal Penal, páginas 172, 173 y 180, que dice "Si contemplamos el organismo del proceso, veremos manifestarse la exigencia de una actividad encaminada a incorporar el proceso, a pedir la aplicación de la Ley Penal, en cada caso concreto. Esta exigencia es la que hace surgir la acción penal, la cual puede considerarse como el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional, sobre una determinada relación de derecho penal. Paralelamente la acción penal consiste en la actividad que se despliega con tal fin. Examinaremos ahora a quién corresponde la acción penal y cuáles son los criterios que rigen en su ejercicio. La acción penal no puede pertenecer más que al Estado, y ello por su misma función, como titular del derecho subjetivo de castigar. En este punto hay que guardarse mucho de la tentación de emplear frases genéricas, que son imprecisas, sin significado jurídico. Hay, por ejemplo, un célebre autor que escribe que 'el sujeto activo de la acción penal es la universalidad de los ciudadanos', lo que no puede aceptarse por la falta de precisión, pues la sociedad existe de hecho, pero pertenece al Estado, el cual la ejerce por medio de órganos propios, inmediatos o mediatos. El incremento de la civilización del proceso, se manifiesta en la injerencia cada vez mayor del

Estado en el ejercicio de la acción penal, en contraste con entes colectivos o ciudadanos que han intentado atribuirse (especialmente para ciertos delitos), la facultad de ejercitar el derecho de castigar.

Tomo XII, p. 3766 - Amparo penal en revisión 13264/32.-  
Fentanes, Angel - 30 de agosto de 1934 - Mayoría de 3 votos"

## 2. JURISDICCION

Hemos hablado anteriormente de órganos jurisdiccionales, para entender éstos, así como sus funciones e importancia en relación con nuestro tema, es necesario referirnos ahora a la jurisdicción.

La palabra jurisdicción tiene su etimología en dos vocablos latinos que son; jus y dicere, que significan decir o declarar el Derecho. Sin embargo, aunque sí nos da una idea de la misma, pues en términos generales los autores coinciden en que la jurisdicción es una atribución del Estado por la cual aplica la ley a un caso concreto para resolver un conflicto de intereses. Consecuentemente, hay una declaración del Derecho en casos concretos.

Uno de los autores que precisa más la esencia de la jurisdicción es Eugenio Florián, quien señala que la misma comprende tres elementos. "1. La potestad de declarar la aplicación de la ley penal en los casos concretos, declaración que tiene lugar mediante un juicio. Pero si la facultad

jurisdiccional se agotase en esta declaración, los fines prácticos del proceso dejarían de realizarse, la declaración sería puramente teórica si no tuviese la fuerza bastante para hacerse efectiva. Por esto es necesario el segundo elemento: 2. La potestad de imprimir fuerza ejecutiva a la declaración con que se aplica la ley penal en el caso concreto. 3. La facultad de dictar las disposiciones adecuadas para la ejecución de la sentencia y en general, para la efectiva aplicación de la ley penal" (6).

Consideramos que los anteriores elementos reflejan de una manera más amplia el contenido y alcance de la jurisdicción, la cual implica no sólo la facultad de declarar el Derecho para decidir un conflicto, sino también comprende la potestad de dictar las medidas necesarias para que se ejecute la sentencia respectiva.

Enfatizando este último aspecto, Rafael de Pina dice que "la jurisdicción puede definirse como la actividad del Estado encaminada a la actuación del derecho positivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto. Ahora bien, de la aplicación de la norma general al caso concreto puede deducirse, a veces, la necesidad de ejecutar el contenido de la declaración formulada por el juez y entonces la actividad jurisdiccional no es ya meramente declarativa sino ejecutiva también. La actividad que

(6) Citado por Collin Sánchez, Guiterman. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa, Decimosegunda Edición, México, 1990, pag. 137.

los jueces realizan en el proceso es, por tanto, no solo declarativa sino también ejecutiva de la resolución que se dicte, cuando sea necesario. La tesis que niega a la ejecución procesal naturaleza jurisdiccional no es admisible, a nuestro entender, porque la función del juez no consiste únicamente en dar la razón al que la tenga, sino que se extiende a hacer efectivo al mandato contenido en la sentencia cuando el vencido no la cumple voluntariamente" (7).

Lo anterior coincide con los elementos que tradicionalmente se le asignan a la jurisdicción, los cuales son: notio, mediante este elemento el juez puede conocer del conflicto, vocatio, implica la facultad para obligar a las partes a comparecer ante el juez, coertio, es el empleo de la fuerza para el cumplimiento de las decisiones, iudicium, es la potestad que tiene el juzgador para dictar sentencias y resolver con ella los conflictos, executio, comprende la facultad que tiene el juez para reclamar el auxilio de la fuerza pública y obtener la ejecución de sus determinaciones.

Todos estos elementos son aplicables a la jurisdicción penal. Consecuentemente, su esencia misma puede cumplirse en la medida que se aplica la ley penal para declarar si en un caso concreto se ha cometido un delito, y en su caso asignar al autor la pena o medida de seguridad procedente, proveyéndose necesario para la ejecución de la sentencia.

(7) De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, Sexta Edición, México, 1977, pag. 256.

La facultad de decidir los conflictos que tiene el Estado tiene como única fuente la ley, sobre todo porque preceptos de nuestra Constitución Política así lo declaran, entre ellos destacan los párrafos segundo y tercero del artículo 14 constitucional que dicen:

"Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho"

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

Vemos entonces que los tribunales, es decir, los órganos jurisdiccionales, deben estar previamente establecidos para poder dictar sus sentencias. Además, las penas que se impongan deben basarse en una ley "exactamente aplicable al delito de que se trata".

Por lo tanto, la función jurisdiccional está bien delimitada en nuestra legislación, lo que se corrobora con la clasificación que permite ver a la jurisdicción de acuerdo a la materia y a la penalidad, como se verá en seguida.

## **2.1 MATERIA (FUERO COMUN Y FEDERAL).**

Haciendo una clasificación de la jurisdicción, Guillermo Coín

Sánchez señala que "en nuestro medio, la jurisdicción se clasifica en ordinaria y especial.

La ordinaria se subdivide en común y particular

La jurisdicción ordinaria común es aquella que tiene una existencia de Derecho, instituida por el artículo 14 Constitucional, y atendiendo a nuestra organización actual, se divide en Constitucional, Federal y Común o Local.

La ordinaria particular, "privativa o privilegiada", se da en razón del sujeto, de su investidura u ocupación, y se clasifica en militar y para menores.

Por lo que toca a la jurisdicción especial, ya se dijo que obedece a situaciones de hecho o es ocasional, razón por la cual la prohíbe el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En la jurisdicción constitucional, se atiende a la naturaleza especial de la infracción y a la persona que la ha cometido. Tiene su fuente en los artículos 76, fracción VII y III de la Constitución, la deposita en la Cámara de Senadores para los casos previstos expresamente por la propia norma constitucional, y en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servicios Públicos.

La jurisdicción federal, se refiere a aquellas controversias que se suscitan con motivo de la comisión de delitos que tengan ese carácter, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 104 y demás relativos de la Constitución, y se ejerce sobre todo el ámbito territorial de la República Mexicana.

La común o local, se circunscribe exclusivamente al territorio de la entidad federativa en donde ejercen sus funciones los tribunales, es decir, corresponde a los órganos jurisdiccionales del Distrito Federal y a los de los Estados, para los casos de infracciones previstos por las leyes respectivas". (8)

De lo anterior, lo que mas nos interesa destacar es lo relativo a la jurisdicción común y federal:

En cuanto a la jurisdicción común, la "Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal" dispone en su artículo 10 que "corresponde a los tribunales de justicia del fuero común del Distrito Federal, dentro de los términos que establece la Constitución General de la República, la facultad de aplicar las leyes en asuntos civiles y penales del citado fuero, lo mismo que en los asuntos del orden federal en los casos en que expresamente las leyes de esta materia les confieren jurisdicción".

En materia penal esta facultad se ejerce por los siguientes órganos:

1. Por los jueces de paz del orden penal;
2. Por los jueces penales;
3. Por el jurado popular;
4. Por los Presidentes de Debates;
5. Por el Tribunal Superior de Justicia;

(8) Colin Sánchez, op cit, pag 141

6 Por los demás servidores públicos y auxiliares de la administración de justicia que establezcan las leyes respectivas

En lo que respecta a la jurisdicción federal, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación señala en su artículo 10 que: "El Poder Judicial de la Federación se ejerce:

I. Por la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

II. Por los Tribunales Colegiados de Circuito;

III. Por los Tribunales Unitarios de Circuito,

IV. Por los Juzgados de Distrito,

V. Por el Jurado Popular Federal, y

VI. Por los Tribunales de los Estados y del Distrito Federal, en los casos previstos por el artículo 107, fracción XII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los demás en que, por disposición de la ley, deban actuar en auxilio de la justicia federal".

La propia Ley Orgánica precisa las atribuciones de cada órgano, así como su integración.

## 2.2 PENALIDAD.

De acuerdo a la penalidad no todos los órganos jurisdiccionales conocen de los mismos asuntos. Así nos lo hace ver claramente Sergio García Ramírez, quien nos dice al respecto lo siguiente "En cuanto a la pena, los jueces de distrito pueden conocer de cualesquiera delitos,



independientemente de la penalidad que les sea aplicable. No hay aquí, pues, discriminación alguna. No ocurre lo propio en el fuero común, donde a los jueces penales, órganos ordinarios de la Jurisdicción (artículos 10, segundo párrafo, CdF, y 71 Lot.) se contraponen los jueces de paz del partido judicial del Distrito Federal (artículo 98, Lot.) Estos últimos pueden conocer, en orden a la pena, sólo de los delitos a los que correspondan una o más sanciones no privativas de la libertad, que sean las únicas aplicables, o bien privativas de la libertad hasta dos años, en caso de concurso se está a la penalidad máxima del delito que apareje la mayor. Esto así, a partir de las reformas de 1971 y 1983, pues anteriormente la cuantía de la multa se limitaba a cincuenta pesos y el tiempo de la prisión a seis meses" (9)

Como puede apreciarse, los órganos jurisdiccionales que conocen de asuntos penales distintos en razón de la penalidad, pertenecen al fuero común.

Un aspecto relacionado íntimamente con esto último es lo relativo a la competencia, misma que por su importancia será analizada por separado.

(9) García Ramírez, op cit., pág. 165

### 3. COMPETENCIA.

El órgano jurisdiccional sólo puede actuar en determinado asunto cuando tenga la capacidad necesaria

En este sentido la capacidad es considerada desde dos puntos de vista; uno subjetivo y otro objetivo.

En el aspecto subjetivo, la capacidad se refiere a los requisitos que debe cumplir la persona que actúa como titular del órgano jurisdiccional (juez, magistrado o ministro).

Desde el punto de vista objetivo, la capacidad está referida a la facultad de actuar en determinada circunscripción territorial. Aquí, surge el concepto de competencia aplicado a los órganos jurisdiccionales.

En relación con esto Rivera Silva dice que "por la capacidad objetiva debe entenderse la extensión de la jurisdicción, es decir, el volumen de la facultad de declarar el Derecho. En términos más sencillos, la competencia. Así pues, capacidad objetiva y competencia son términos equivalentes, abarcadores de los mismos conceptos. Es torpe confundir jurisdicción con competencia, pues en tanto que es posible tener jurisdicción sin poseer competencia, resulta obvio que no son términos sinónimos. La competencia es simple y llanamente el límite de la jurisdicción. (10)

(10) Rivera Silva, op cit, pág 80.

De acuerdo con nuestra legislación vigente y para efectos de la competencia, el Distrito Federal integra en su ámbito territorial un solo partido judicial. La sede de los juzgados será determinada por el Tribunal Superior en Pleno, (artículos 5 y 9 de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal)

Ahora bien, existen algunas reglas para fijar la competencia las cuales son resumidas por Sergio García Ramírez en los siguientes términos:

"La norma en materia territorial es atribuir competencia al juez del *forum delicti*, es decir, del lugar en que se cometió el delito (artículos 446 Cdf y 6 Cf). Cuando son varios o hay duda sobre donde se cometió el delito, es competente quien previno, o sea, quien primeramente conoció del asunto (artículo 447 Cdf). El segundo párrafo del artículo 6 del Cf, agregado en 1985, vino a resolver delicados problemas competenciales, al precisar que "si el delito produce efectos en dos o más entidades federativas, será competente el juez de cualquiera de éstas o el que hubiera prevenido". Esta norma se funda, claramente, en la necesidad de acción eficaz frente a una delincuencia bien organizada que difunde, cada vez más, sus actividades ilícitas.

Caso especial plantean los artículos 2,4 y 5 del Cp. Tratándose de los preceptos 2, 4 y 5, fracción V, es competente el tribunal en cuya jurisdicción este el inculcado, o el del Distrito Federal ante el que se ejercite la acción penal, para pedir la extradición y conducir el proceso, cuando aquel este en el extranjero (artículo 7 Cf.) Tratándose de buque o

aeronaves, supuestos al que se contrae el artículo 5o., fracciones I, II, III y IV, es competente el tribunal a cuya jurisdicción corresponda el primer punto al que arribe la nave, y en el caso de aparato extranjero, el de la jurisdicción del puerto en que este o al que llegue la nave (artículos 8 y 9).

También es singular el régimen de los delitos continuos. En el Cdf. es competente el juez que previno (artículo 448), en el Cf., que alude a delitos continuados y a continuos o permanentes, lo es cualquiera de los tribunales en cuya jurisdicción se hayan ejecutado actos que por sí solos constituyan el o los delitos imputados (artículo 10)" (11)

Con los anteriores lineamientos podemos referirnos ya al auto de radicación que para los efectos de la presente investigación tiene gran importancia.

#### 4. AUTO DE RADICACION

Una vez que el Ministerio Público ha realizado la consignación, la autoridad judicial conocerá del asunto correspondiente viéndose en la necesidad de dictar un acuerdo relativo a dicha consignación.

Este primer acuerdo judicial recibe la denominación de auto de radicación, de inicio o cabeza de proceso y se considera por la mayoría de

(11) García Ramírez, op cit., pag 166 y 167

los autores que mediante él se abre o inicia propiamente el proceso ya que se establece claramente la relación procesal.

Guillermo Colín Sánchez define este auto y menciona los requisitos que debe tener, diciendo que "El auto de radicación es la primera resolución que dicta el órgano de la jurisdicción, con esta se manifiesta en forma efectiva la relación procesal, pues es indudable que, tanto en el Ministerio Público como el procesado, quedan sujetos, a partir de ese momento, a la jurisdicción de un tribunal determinado. Esta resolución judicial 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 Ministerio Público adscrito, para que este último intervenga, de acuerdo con sus atribuciones, y la orden para practicar las diligencias señaladas en la Constitución General de la República y el Código de Procedimientos Penales, si hay detenido, cuando no lo hay, deberá ordenar el juez que se hagan constar sólo los datos primeramente citados para que, previo estudio de las diligencias, esté en aptitud de obsequiar la orden de aprehensión, o negarla" (12)

El Código de Procedimientos penales para el Distrito Federal no contiene disposición específica en relación al tiempo durante el cual debe dictarse el auto de radicación. En cambio, el Código Federal de

(12) Colín Sánchez, *op. cit.*, pag 265 y 266

Procedimientos Penales regula este aspecto en su artículo 142 señalando lo siguiente:

"Art. 142 - El tribunal ante el cual se ejercite la acción penal, radicará de inmediato el asunto. Sin más trámite le abrirá expediente en el que resolverá lo que legalmente corresponda y practicará sin demora alguna, todas las diligencias procedentes que promuevan las partes

Si durante el plazo de diez días, contados a partir del día en que se haya hecho la consignación, el juez no dicta auto de radicación en el asunto, el Ministerio Público podrá recurrir en queja ante el Tribunal Unitario de Circuito que corresponda

El juez ordenará o negará la aprehensión, reaprehensión o comparecencia solicitada por el Ministerio Público dentro de los quince días contados a partir del día en que se haya acordado la radicación. Si no resuelve oportunamente sobre este punto, el Ministerio Público procederá en los términos previstos en la parte final del párrafo anterior

Si el juez niega la aprehensión, reaprehensión o comparecencia solicitada, por considerar que no están reunidos los requisitos del artículo 195, el Ministerio Público podrá promover pruebas en el proceso hasta que se satisfagan dichos requisitos a criterio del juez"

En este precepto empiezan a considerarse los efectos del auto de radicación que serán diferentes según la consignación haya sido con o sin detenido. Estos efectos se precisarán en el siguiente inciso.

## 5. EFECTOS DEL AUTO DE RADICACION (CON O SIN DETENIDO).

Los efectos jurídicos del auto de radicación, según Manuel Rivera Silva son los siguientes

Primero. Fija la jurisdicción del juez. Con esto se quiere indicar que el juez tiene la facultad, obligación y poder de decir el Derecho, en todas las cuestiones que se le plantean, relacionadas con el asunto en el cual dictó el auto de radicación. Tiene facultad, en cuanto queda dentro del ámbito de sus funciones resolver las cuestiones que se le plantean. Tiene obligación, porque no queda a su capricho resolver sobre dichas cuestiones, debiendo hacerlo en los términos que la ley designa. Tiene poder, en virtud de que las resoluciones que dicta en el asunto en que ha pronunciado el auto de radicación, poseen la fuerza que les concede la ley.

Segundo. Vincula a las partes a un órgano jurisdiccional. Con esto queremos indicar que a partir del auto de radicación, el Ministerio Público tiene que actuar ante el tribunal que ha radicado el asunto, no siéndole posible promover diligencias ante otro tribunal (respecto de ese mismo asunto). Por otra parte, el inculcado y el defensor se encuentran sujetos también a un juez determinado, ante el cual deben realizar todas las gestiones que estimen pertinentes.

Tercero. Sujeta a los terceros a un órgano jurisdiccional. Fijado un asunto en determinado tribunal, los terceros también están obligados a concurrir a él, y

Cuarto. Abre el periodo de preparacion del proceso. El auto de radicacion señala la iniciacion de un periodo con término máximo de setenta y dos horas, que tiene por objeto el fijar una base segura para la iniciacion de un proceso, es decir, establecer la certeza de la existencia de un delito y de la posible responsabilidad de un sujeto. Sin esta base no se puede iniciar ningun proceso, por carecerse de principios sólidos que justifiquen actuaciones posteriores" (13)

Por su parte Sergio Garcia Ramirez agrega algunos efectos más, dentro de los cuales están algunos fuera del ámbito jurisdiccional, o como éste autor dice son "efectos del auto que no tienen alcance general sino sólo acarrear consecuencias para determinadas categorías de individuos. Así, por ejemplo, para los miembros del servicio exterior mexicano es causa de suspension de empleo el hecho de estar sujetos a proceso penal por delito intencional, normalmente se trataría de una suspensión sin goce de sueldo, pero cuando la familia del inculcado carece de otros medios de subsistencia, la Secretaria de Relaciones Exteriores puede autorizar que se le cubra el cincuenta por ciento de sus percepciones; se le pagará el total si es absuelto (artículo 59, inciso f, de la Ley Organica del Servicio Exterior Mexicano, del 30 de diciembre de 1981, publicada en el Diario Oficial del 8 de enero de 1982)

En los términos del séptimo párrafo del artículo 111 C, referente

(13) Rivera Silva, op cit., págs. 148 y 149



a servidores públicos que poseen inmunidad, "el efecto de la declaración de que ha lugar a proceder (declaración que emite la Cámara de Diputados) contra el inculcado será separarlo de su encargo en tanto esté sujeto a proceso penal". Como se advierte, aquí la separación ocurre por la fuerza de un acto extrajudicial previo al auto de radicación.

A nuestro modo de ver, es visible consecuencia del auto de radicación, como ya hemos anotado, el inicio mismo del proceso, no de una fase preparatoria de éste. En consecuencia, no desplazamos la aparición del proceso hasta el auto de formal prisión. Piénsese, en efecto, que desde el auto de radicación existe relación jurídica procesal. Un punto de vista contrario nos llevaría a negar el carácter estrictamente procesal de actos que a todas luces lo tienen, como son la declaración preparatoria, el nombramiento y las actividades iniciales del defensor, el libramiento de la orden de aprehensión, la libertad provisional bajo caución o mediante protesta, etc. No es posible reducir estos actos a la condición de simplemente procedimentales, negándoles jerarquía de actos dentro del proceso. Así lo han entendido el Cf. al indicar que la preinstrucción forma parte del proceso penal federal (artículo 4, primer párrafo). (14)

Existe un desacuerdo entre los autores antes citados, en el sentido de que el auto de radicación, para Rivera Silva, "abre el periodo de preparación del proceso", en cambio para García Ramírez es "el inicio

(14) García Ramírez, *op. cit.*, págs. 503 y 504.

mismo del proceso".

Consideramos que este último criterio es el acertado toda vez que por medio del auto de radicación se establece la relación procesal. Además como parte del periodo de preinstrucción está dentro del proceso penal federal, según lo dispone el artículo 4o del Código Federal de Procedimientos Penales.

Por otra parte, los efectos del auto de radicación pueden considerarse desde dos puntos de vista, según la consignación haya sido sin detenido o con él.

En el primer caso, el juez al dictar el auto de radicación tomará en cuenta si los hechos ameritan una sanción corporal, o si ha lugar a sanción alternativa. Esto es importante porque los efectos son distintos, pues en la primera hipótesis, revisará que se hayan cumplido los requisitos del artículo 16 constitucional, y en caso afirmativo procederá la orden de aprehensión, en la segunda hipótesis, lo que procede es el libramiento de la cita, comparecencia u orden de presentación.

Si la consignación fue con detenido, entonces se procederá a cumplir lo dispuesto por el artículo 19 constitucional, que dice:

"Art. 19 - Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en que el que se expresará el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del

acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención, o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten.

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

Todo maltrato 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."

De los efectos del auto de radicación se desprenden conceptos y actuaciones muy importantes como son: la orden de aprehensión, la declaración preparatoria, designación de defensor y auto de formal prisión, mismos que son materia de los capítulos siguientes.

## CAPITULO II

### ORDEN DE APREHENSION

El significado de la orden de aprehension se deduce principalmente de la palabra aprehender, la cual viene del latin "prehencia", que denota la actividad de coger, asir. De acuerdo con esto, aprehension es un acto material que implica apoderarse de una persona privándola de su libertad.

Ahora bien, la orden de aprehension tiene precisamente por objeto apoderarse de una persona para lograr su presencia ante la autoridad judicial. Por lo tanto, no es una privacion de libertad con fines punitivos sino procesales

En consecuencia, la orden de aprehension es plenamente un concepto procesal y, desde este punto de vista es definida por Colin Sánchez como "una resolución judicial en la que, con base en el pedimento del Ministerio Público y satisfechos los requisitos del artículo 16 constitucional, se ordena la captura de un sujeto determinado, para que sea puesto, de inmediato, a disposición de la autoridad que lo reclama, o requiere, con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye" (1)

De la anterior definición se desprenden algunos datos importantes como con los presupuestos que deben existir para que surja una orden de aprehension, y que son, que sea pedida por el Ministerio Público y que sean

(1) Colin Sanchez, op. cit., pag. 297

satisfechos los requisitos del artículo 16 constitucional

Sin embargo, hay aprehensiones que pueden realizarse sin que existan dichos presupuestos, nos referimos a los casos de excepción que el mismo artículo 16 constitucional señala y que analizaremos antes de hablar propiamente de los requisitos de la orden de aprehensión

#### **I. EXCEPCIONES (FLAGRANCIA, CUASIFLAGRANCIA Y CASOS URGENTES).**

El artículo 16 constitucional es el fundamento no solo de la orden de aprehensión, sino también de los casos de excepción en los que se autoriza la aprehensión de una persona sin que exista dicha orden

Este precepto dice en su parte conducente que "No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos, sin demora, a la disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y

tratándose de delitos que 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"

La primera parte de esta disposición se refiere a los requisitos constitucionales de la orden de aprehensión, que serán analizados más adelante; y en segundo término están las excepciones que permiten privar a una persona de su libertad sin que exista la orden de aprehensión dictada por autoridad judicial. Concretamente se menciona la flagrancia y los casos urgentes.

Estudiaremos en primer lugar la flagrancia y dentro de ella la cuasiflagrancia, sin dejar de mencionar también la presunción de flagrancia.

Nuestra Constitución Política dispone que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices en los casos de flagrante delito, es decir, cuando la acción, típica se está realizando.

La legislación procesal interpreta y describe el concepto de flagrante delito en los artículos 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, que respectivamente dicen:

"Art. 267 - Se entiende que el delincuente es aprehendido en flagrante delito no sólo cuando es arrestado en el momento de estarlo cometiendo, sino también cuando, después de ejecutado el acto delictuoso, el delincuente es materialmente perseguido"

"Art. 194 - Para los efectos de la fracción I del artículo anterior, se entiende que el delincuente es aprehendido en flagrante delito no sólo cuando es detenido en el momento de estarlo cometiendo, sino cuando, después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculpaado es perseguido materialmente, o cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad"

De los anteriores preceptos se separa claramente los conceptos de flagrancia, cuasiflagrancia y presunción de flagrancia, mismos que son expuestos por Sergio García Ramírez en los siguientes términos "Hay flagrancia estricta cuando el sujeto es detenido en el momento mismo de cometer el delito, sin solución de continuidad alguna entre la perpetración del crimen y el instante en que se procede a la captura. Existe, en cambio, cuasiflagrancia, cuando la detención se produce tras de haber perseguido materialmente al responsable, sin perderle de vista, una vez cometido el delito. Aquí, pues, la solución de continuidad está dada por la persecución del criminal. Hay, por fin, presunción de flagrancia, al tenor del artículo 194 Cf., en el caso de que una vez cometido el delito alguna persona señale a otra como responsable del crimen en cuestión, y se encuentre en poder del señalado el objeto del mismo delito, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir su culpabilidad" (2)

(2) García Ramírez, *op. cit.*, págs. 465 y 466.

Agrega este mismo autor que pueden darse algunas formas de flagrancia en el desarrollo mismo del proceso, por ejemplo, en los casos de aquellos testigos de quienes se sospeche fundadamente que han incurrido en falsedad al dar sus testimonios. El artículo 214 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal prevee esta situación diciendo que "Si de la instrucción aparecieren indicios bastantes para sospechar que algún testigo se ha producido con falsedad, o se ha contradicho manifiestamente en sus declaraciones, será consignado inmediatamente al Ministerio Público, se mandarán compulsar las piezas conducentes para la averiguación del delito y se formará separadamente el proceso correspondiente, sin que por esto se suspenda la causa que se esté siguiendo".

Vemos entonces que en los casos de flagrancia no sólo la autoridad y la policía judicial pueden aprehender al delincuente, sino cualquier persona.

Pero hablando estrictamente de la cuasiflagrancia es dudoso que "cualquier persona" logre la aprehensión del delincuente y sus cómplices, pues en estos casos el acto delictuoso ya ha sido ejecutado, y "después" de esto el delincuente es materialmente perseguido, lo que difícilmente es realizado por cualquier persona. Esto significa que aprehender a un delincuente en flagrante delito es facultativo para el particular y obligatorio para la autoridad y la policía judicial.

Sin embargo, el mayor problema que se presenta en los casos de cuasiflagrancia se centra en la palabra "después", utilizada por los códigos procesales en los artículos antes citados, específicamente



cuando se dice que despues de ejecutado el acto delictuoso, el delincuente es materialmente perseguido"

Al respecto, Rivera Silva ha preguntado ¿Que debe entenderse por "después", y hasta qué tiempo alcanza la persecución en la flagrancia?

Para responder a esta interrogante el autor mencionado ha expuesto los siguientes argumentos:

"Si 'después' indica posterioridad en tiempo, podría decirse que en la cuasi flagrancia que se examina queda cualquiera etapa temporal posterior al delito, mas esta interpretación no es correcta, ya que con ello llegaría a ser inoperante la garantía consignada en el artículo 16 constitucional. En otras palabras, si se pudiera aprehender sin orden judicial despues del delito, no hubiera sido necesario que el legislador constitucional señalara requisitos para aprehender a un infractor. En este orden de ideas, cabe determinar que el 'después', consigado en la ley, se inicia en los momentos inmediatos posteriores a la consumación del delito, en los que la actividad de persecución se vincula directamente al delito que se acaba de cometer. Así, el 'después' resulta operante para el delito que se acaba de cometer.

Explicando el alcance de 'después', queda por averiguar hasta qué punto es todavía operante la cuasi flagrancia en lo tocante al tiempo de persecución, es decir, si se está en la flagrancia cuando en lo materialmente perseguido transcurre una hora, cinco horas o un día. A este respecto estimamos que se está dentro de la cuasi flagrancia que se estudia, en tanto que no cesa la persecución, independientemente del tiempo. Si por cualquier razón se suspende la persecución, ya no se está

en la hipótesis prevista en la Ley". (3)

Consideramos acertada esta opinión, ya que efectivamente, la palabra 'después' si la tomamos con su significado gramatical y de acuerdo a la lengua española, en relación con el tiempo tenemos que equivale a siguiente o posterior, entonces se entendería que en la cuasiflagrancia la aprehensión puede hacerse en cualquier etapa posterior al delito, lo que haría inoperante la garantía consagrada por el artículo 16 constitucional.

Por lo tanto, la expresión "después" utilizada por la ley procesal, se inicia en el momento inmediato posterior a la consumación del delito, y por lo que se refiere al tiempo de duración, estimamos que es todo aquel en que dura la acción de persecución sin interrumpirla.

En relación con todo lo expuesto cabe mencionar que según el artículo 305 de nuestro código procesal: "se seguirá procedimiento sumario cuando se trate de flagrante delito".

En cuanto a la aprehensión en los casos urgentes, encontramos las siguientes condiciones impuestas por el artículo 16 de nuestra Carta Magna.

- 1) Sólo la autoridad administrativa puede decretar la detención de un acusado.
- 2) Siempre que no haya en el lugar ninguna autoridad judicial.
- 3) Solamente cuando se trate de delitos que se persiguen de oficio.

(3) Rivera Silva, op. cit., págs 146 y 47

4) Lograda la detención, la persona será puesta inmediatamente a disposición de la autoridad judicial

De estas condiciones merecen un comentario especial la primera y la última

Por lo que se refiere a que la autoridad administrativa puede decretar la detención de una persona, encontramos que esto constituye una excepción a la regla general de que la orden de aprehensión únicamente la puede dictar la autoridad judicial. Esto no significa estrictamente hablando que la autoridad administrativa expida una orden de aprehensión, sino que dadas las circunstancias que implican casos de urgencia, puede disponer que un acusado sea detenido

Este supuesto al igual que los casos de flagrancia realmente implican la detención de una persona sin que exista una orden judicial

En los casos de urgencia se exige que una vez efectuada la detención, la persona sea puesta inmediatamente a disposición de la autoridad judicial, lo cual no siempre se lleva a la práctica ya sea por las circunstancias de lugar y tiempo, o bien, por el hecho de que la autoridad pueda utilizar esta situación para sacar algún provecho, como sería el prolongar la detención para lograr alguna prestación económica

El artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal desarrolla el concepto de los casos de urgencia en los siguientes términos

"Art. 268 - Se entiende que no hay autoridad judicial en lugar y existe notoria urgencia para la aprehensión del delincuente cuando por la hora y por la distancia del lugar en que se practica la detención, no hay ninguna autoridad judicial que pueda expedir la orden correspondiente y

existan serios temores de que el responsable se substraiga a la acción de la justicia".

Este último precepto agrega una condición más para que pueda darse la aprehensión en los casos urgentes, y es el que existan serios temores de que el responsable se substraiga a la acción de la justicia. Si no existen dichos temores no podrá decretarse la aprehensión, aunque naturalmente la autoridad administrativa tendrá ese temor, sobre todo si se toma en cuenta que se trata de delitos que se persiguen de oficio, los cuales hacen presumir que quien los cometiese tratará de evadir la acción de la justicia.

Comentando este precepto, en relación con el artículo 16 constitucional, especialmente en su parte que se refiere a la aprehensión en los casos urgentes, Ignacio Burgoa ha dicho que "la fórmula constitucional que se acaba de transcribir abre un ilimitado campo propicio al subjetivismo de las autoridades administrativas, incluyendo dentro de su tipo funcional y orgánico al Ministerio Público, para atentar contra la libertad personal de los gobernados. En efecto, la estimación de cuándo se está en presencia de un 'caso urgente' queda al arbitrio de cualquiera autoridad que pretenda detener a una persona sin orden judicial.

Bien es cierto que el legislador ordinario, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (artículo 268), estableció un criterio de clasificación de la urgencia; pero también es verdad que éste no sólo no eliminó el subjetivismo, sino que lo reafirmó, al disponer que "existe notoria urgencia para la aprehensión del delincuente cuando por la hora y por la distancia del lugar en que se

practica la detención no hay ninguna autoridad judicial que pueda expedir la orden correspondiente y existan serios temores de que el responsable se sustraiga a la acción de la justicia. Por tanto, es suficiente que cualquiera autoridad administrativa abrigue estos temores en su insondable fuero interno, para que por sí y ante sí estime que se trata de un 'caso urgente' y proceda a detener a la persona que, en su concepto, sea la autora de un delito que se persiga de oficio. Y esta consideración, que pudiere parecer una simple conjetura, se refleja aguda y gravemente en la realidad, inisma que registra con demasiada frecuencia casos en que, sin orden judicial, se priva a una persona de su libertad no sólo por funcionarios del Ministerio Público, sino por autoridades administrativas a las que constitucional y legalmente no incumbe la persecución de los delitos.

Esta situación real se antoja evidentemente injusta pero no inconstitucional, pues el artículo 16 prohija el criterio subjetivo y hasta arbitrario de la autoridad administrativa para determinar la urgencia de un caso y ordenar, por consecuencia, la detención de una persona, pudiendo afirmarse que, merced a la salvedad de que tratamos, se vuelve nugatorio el principio general de que sólo por decisión judicial procede la aprehensión. En otras palabras, al establecer la excepción de 'caso urgente', el artículo 16 constitucional se suicida en lo que respecta al mencionado principio y prueba de ello es que en la práctica abundan las consignaciones tardías 'con detenido'.

No es aventurado sostener que el caso de excepción a que nos referimos entraña una seria amenaza para la libertad personal de los gobernados, imponiéndose como necesidad inaplazable la reforma al

artículo 16 constitucional a través de la fórmula que lo contempla. Sólo eliminando de este precepto el subjetivismo que preconiza, se puede conjurar esa amenaza. Las modificaciones que se sugieren deben señalar limitativamente los casos en que una autoridad administrativa, incluyendo al Ministerio Público, puede detener a una persona sin orden judicial, substituyéndose con ese señalamiento la expresión equívoca de 'caso urgente'. Además, al fijar los casos en que dicha detención proceda, deben tomarse en cuenta solamente los delitos que dañen a propendan a dañar a la economía del país, a las instituciones nacionales o a los intereses de la colectividad, ya que su preservación es de tal manera imperiosa, que no debe aplazarse hasta que se expida una orden judicial de aprehensión contra los damnificadores". (4)

Consideramos acertados los anteriores comentarios, especialmente por la realidad que existe en nuestro medio en donde abundan detenciones realizadas sin orden de aprehensión. Por lo que coincidiendo con el autor citado estimamos necesaria una reforma constitucional que especifique los caso en que la autoridad administrativa puede realizar la aprehension sin la orden judicial.

En contraste con las anteriores aprehensiones que pueden darse sin orden judicial, están aquéllas que necesariamente la requieren siempre que se cumplan los requisitos que se verán a continuación.

(4) Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa, Decimoseptima Edición, México, 1983, págs 610 y 611

## 2. REQUISITOS DE LA ORDEN DE APREHENSION (ART. 16 CONSTITUCIONAL).

En virtud de que la orden de aprehensión es un mandamiento judicial que comprende la privación de la libertad de una persona, es necesario que se cumplan ciertos requisitos, de lo contrario se estaría lesionando una de las garantías fundamentales de los ciudadanos.

En el artículo 16 de nuestra Constitución Política el que señala los requisitos que debe contener una orden de aprehensión, los cuales son los siguientes

- 1) Sólo puede ser expedida por la autoridad judicial.
- 2) Debe preceder la denuncia o querrela que se refiera a un delito sancionado con pena corporal
- 3) Dicha denuncia o querrela debe estar apoyada por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpaado

A estos requisitos, la fracción I, del artículo 132 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, añade uno más:

- 4) Que el Ministerio Público haya solicitado la detención.

Ignacio Burgoa comenta los tres primeros requisitos, mismos que estrictamente hablando contienen garantías de seguridad jurídica, y desde este punto de vista nos dice lo siguiente:

"La primera garantía de seguridad jurídica que encontramos en la segunda parte del artículo 16 constitucional, es la que concierne a que la orden de aprehensión o detención librada en contra de un individuo emane

de la autoridad judicial. Este concepto está contenido en el mencionado precepto en su sentido formal, esto es, que por "autoridad judicial" debe entenderse aquel órgano estatal que forme parte del poder judicial, bien sea local o federal, según el caso. Se presenta la cuestión de si la autoridad judicial que deba dictar la orden de aprehensión o detención contra un sujeto, deba ser también competente

Otra garantía de seguridad jurídica contenida en la segunda parte del artículo 16 constitucional es la que consiste en que la autoridad judicial nunca debe proceder de oficio al dictar una orden de aprehensión, sino que debe existir previamente una denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal. Esta garantía exige que dicha acusación, denuncia o querrela tenga como contenido un hecho intrínsecamente delictivo, aunque la denominación técnica que el ofendido le atribuya no corresponda a su propia naturaleza, tal como lo ha sostenido la Suprema Corte jurisprudencialmente. Tal hecho, que debe ser reputado como delito por la ley (principio de *nullum delictum sine lege*), debe, además, estar sancionado con pena corporal en los términos que establezcan las normas penales o especiales de que se trate. Por consiguiente, la autoridad judicial está impedida para dictar una orden de aprehensión o detención cuando tenga como antecedente una denuncia, acusación o querrela cuyo contenido sea un hecho delictivo que no sea punible con sanción corporal.

Una tercera garantía de seguridad jurídica que descubrimos en la segunda parte del artículo 16 constitucional y que condiona, concurrentemente con las anteriores, el acto de aprehensión o detención contra una persona, consiste en que la acusación, querrela o denuncia de



un hecho delictivo sancionado legalmente con pena corporal, debe estar apoyada en una declaración rendida por una persona digna de fe y bajo protesta de decir verdad o -disyuntiva- en otros datos que hagan probable la responsabilidad del acusado. Estos datos no deben ser de ninguna manera aquellos que comprueben el cuerpo del delito, pues como lo ha asentado la jurisprudencia de la Suprema Corte, no es necesaria la comprobación de éste para que no sea inconstitucional una orden de aprehensión o detención, sino que son suficientes, por una parte, indicios de la existencia de un hecho delictivo, y por la otra, circunstancias que presuman la probable responsabilidad de la persona contra la que se dirige el acto aprehensivo, aun cuando dicha responsabilidad se desvanezca durante el juicio". (5)

Desde el punto de vista procesal son pertinentes los siguientes comentarios.

En cuanto al primer requisito el propio Código Procesal ha precisado en el artículo 132 ya referido, que la orden de aprehensión debe ser librada por "tribunal competente". Consecuentemente, no toda autoridad judicial puede librar una orden de aprehensión, pues no tendrá validez si una orden proviene de un tribunal que no sea competente. Es decir, sólo la autoridad judicial "competente" puede dictar una orden de aprehensión.

Respecto al segundo requisito, que la denuncia o querrela se refiera a un delito sancionado con pena corporal, Rivera Silva afirma que el mismo "obliga al órgano jurisdiccional a una apreciación consistente

(5) Burgoa, Ignacio. *op. cit.*, págs. 604-606.

en determinar si el hecho a que se refiere la denuncia o querrelia constituye o no delito. Esta apreciación no entraña el juzgar si está o no comprobado el cuerpo del delito, pero no libera de la estimativa de que el hecho es delictuoso. ¿Cómo se iba a librar una orden de aprehensión sin previamente estimar que el hecho denunciado es delictuoso?

Determinada por el juez la calidad delictuosa del acto (no la comprobación de sus elementos), se necesita, para librar la orden de aprehensión, que el hecho este sancionado con pena corporal, ya que en primer lugar, el artículo 16 de la Constitución así lo determina y, en segundo, sólo procede la prisión preventiva, de acuerdo con el artículo 18 de la misma Ley, por delito que merezca pena corporal. Si el delito tiene señalada pena no corporal o alternativa, no procede la orden de aprehensión, en el primer caso, porque no hay pena corporal y en el segundo, porque siendo alternativa, sólo se podría saber si el delito merece pena corporal hasta la sentencia". (6)

Por su parte, Collín Sánchez hace algunos comentarios en relación con el tercer requisito, diciendo que "La protesta es un acto formal y solemne en el que se hace saber a quien va a emitir un atestado, las penas en que se incurre si se declara falsamente, tal y como lo prevé nuestra legislación en el caso de los testigos y peritos (arts. 205 y 247 de los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y Federal, respectivos), sin embargo, los Códigos Procesales, mencionados, nada indican para el portador de la noticia del delito (ofendido, querrelante o

(6) Rivera Silva, op cit, pag. 140 y 141

particular) durante la averiguación previa, simplemente y sin que tenga conocimiento de ello el declarante, se hace constar en el acta. Se le exhortó para que se produjera con verdad.

Si la Constitución Política exige, como ya lo advertimos, la protesta, es inexplicable que las normas procedimentales, tratándose de los sujetos de referencia hayan hecho caso omiso de 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 generico 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.

Bajo esas bases, en el Derecho de Procedimientos Penales, una persona es digna de fe cuando al declarar se apega estrictamente a la verdad, se conduce rectamente con arreglo a la naturaleza, caracteres, circunstancias y consecuencias de la conducta o hecho delictivo y de él o los sujetos que, en su caso, señala como autores de la misma.

Para la valoración de lo indicado, no dejamos de advertir que, el Ministerio Público durante el ejercicio de la función de Policía Judicial y el Órgano Jurisdiccional al estudiar la solicitud de orden de aprehensión, están colocados ante un mandato constitucional, nada ajeno a una cuestión, hasta cierto punto, subjetiva que, solo podrá ser acatada si se estudia la congruencia entre el contenido de la declaración y las diligencias practicadas que, tal vez, corroboren aquélla en todo o en parte.

En la práctica, el Ministerio Público al ejercitar la acción penal únicamente concluye que están satisfechos los requisitos del artículo 16 constitucional, sin hacer mayor referencia al porque considera que la declaración, en cuanto a la noticia del delito o la quejida, proviene de persona digna de fe

Los Organos Jurisdiccionales, al librar o negar la orden de aprehensión, tampoco razonan ese requisito, se concretan a indicar y a fundar lo concerniente al cuerpo del delito y a la presunta responsabilidad.

Por lo anotado, es aconsejable que los sujetos mencionados, dentro de su esfera competencial y atendiendo al momento procedimental correspondiente, analicen, razones y funden por que la declaración sobre la noticia del delito y la quejida es proveniente de persona digna de fe, para así, de esa manera, ajustar su actuación al mandato constitucional que nos ocupa" (7)

Los anteriores comentarios revelan una vez más la necesidad de una reforma, ahora en la legislación procesal, en la cual es preciso que se determinan las bases y se obliguen a las autoridades correspondientes, para dejar constancia sobre el cumplimiento de este requisito de la orden de aprehensión

Finalmente, el cuarto requisito no amerita mayores comentarios pues es claro que la autoridad judicial solo librará la orden de aprehensión cuando sea solicitada por el Ministerio Público. Esto

(7) Colín Sánchez op. cit., págs. 267 y 268

significa que la autoridad judicial no puede de oficio expedir alguna orden de aprehensión, se requiere que sea pedida por el Ministerio Público y siempre que se hayan reunido los requisitos ya comentados.

Lo que sí merece especial atención es lo que dispone, en relación con esto último, el artículo 4 de nuestro Código Procesal, que por su importancia será estudiado aparte.

### **3. CONSECUENCIAS DEL EXAMEN DE LOS HECHOS (ART. 4o. DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES).**

Ante la solicitud hecha por el Ministerio Público para que se libere una orden de aprehensión, la autoridad judicial deberá examinar los hechos. De dicho examen surgirá alguna de estas consecuencias: ya sea que decida librar la orden de aprehensión, o bien, se niega a expedirla.

En caso de que el juez decida librar la orden de aprehensión, en el auto que la autorice se fundará en el artículo 16 constitucional y en el 132 del Código de Procedimientos Penales, señalando el delito por el que se haya dictado y precisado la persona que será detenida.

También el auto ordenará que se gire oficio al Procurador de Justicia, para que este a su vez señale a la Policía Judicial que habrá de ejecutar dicha orden. Lograda la aprehensión, el detenido deberá ser puesto a disposición del juez en la cárcel preventiva.

En relación con esto el artículo 134 del Código de Procedimientos Penales dispone que: "Siempre que se lleve a cabo una aprehensión en

virtud de orden judicial, quien la hubiere ejecutado deberá poner al aprehendido, sin demora alguna, a disposición del tribunal respectivo, informando a éste acerca de la fecha, hora y lugar en que se efectuó, y dando a conocer al aprehendido el derecho que tiene para designar defensor.

En caso de que la detención de una persona exceda los términos señalados en los artículos 16 y 107, fracción XVIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se presumirá que estuvo incomunicada y las declaraciones que haya emitido el detenido no tendrán validez".

Colín Sánchez comenta que "en la práctica esta disposición no se obedece, el agente de la Policía Judicial que la realiza (la orden) conduce, primeramente, al detenido, a la Guardia de Agentes de la Policía Judicial, es hasta el día siguiente cuando se envía a disposición del juez, lo cual entraña un grave perjuicio para el sujeto y grave violación de las disposiciones legales". (8)

Desafortunadamente la práctica descrita por el autor citado es muy arraigada en nuestro medio, lo que verdaderamente lesiona los derechos de las personas detenidas.

La otra consecuencia que puede surgir del examen de los hechos es que el juez niegue la orden de aprehensión, lo cual puede obedecer a que no existan elementos suficientes para hacer probable la responsabilidad del inculpado. En tal supuesto, el Ministerio Público puede aportar nuevos

(8) Colín Sánchez, op. cit., pág. 270

elementos o solicitar la práctica de las diligencias encaminadas a satisfacer los requisitos del artículo 16 constitucional, para que con esto pueda dictarse la orden de aprehensión.

Esto último nos lleva a considerar el artículo 4 del Código de Procedimientos Penales que textualmente expresa:

"Art. 4.- Cuando del acta de policía judicial no aparezca la detención de persona alguna, el Ministerio Público practicará o pedirá a la autoridad judicial que se practiquen todas aquellas diligencias necesarias,

hasta dejar comprobados los requisitos que señala el artículo 16 constitucional para la detención, pero si dichos requisitos aparecieran ya comprobados en el acta de policía judicial, el Ministerio Público la turnará al juez solicitando dicha detención"

Este precepto ha sido criticado severamente, pero con mucho acierto, por Marco Antonio Díaz de León, quien dice que "este artículo, lamentablemente, es una equivocación del legislador. Es erróneo trasladar al juez la competencia del Ministerio Público. Diríamos que este legislador, deliberadamente o por ignorancia, perdió el rumbo constitucional, nada más que aquí en sentido inverso a como se equivocó en el preindicado artículo 3º bis, es decir, en el artículo 3º bis quita facultades al juez -decisión sobre excluyentes de responsabilidad penal-, para otorgarlas al Procurador General de Justicia, y en el 4º que analizamos, quita facultades de averiguación al Ministerio Público, para cedérselas indebidamente al juez.

Por disposición de los artículos 16.21 y 102 constitucionales únicamente corresponde al Ministerio Público la persecución de los

delitos, es decir, la investigación de los delitos en la averiguación previa.

Con la existencia de este artículo 49, parecería, por otro lado, que se faculta al Ministerio Público para deshacerse de los asuntos engorrosos o difíciles y endilgárselos al juez.

Visto lo anterior, este artículo que se comenta es anticonstitucional, por lo mismo de no ser legal establecer que el juez realizará 'aquellas diligencias necesarias, hasta dejar comprobados los requisitos que señala el artículo 16 constitucional'. El juez tiene competencia para juzgar, no para ejecutar la averiguación previa" (9)

Por su parte Rafael Pérez Palma también critica el precepto que se comenta, diciendo que "el texto del precepto no es claro, antes por el contrario, confuso, pero fundamentalmente supone dos casos: uno, el de que de la averiguación previa no aparezca la detención de alguna persona, sea porque no se sepa quien es el responsable del delito o porque aun sabiéndolo, no haya sido posible su detención; y el segundo, el de que, sabiendo quien es el responsable y estando satisfechos los requisitos del Art. 16 constitucional para proceder a la aprehensión, sólo falte la orden judicial para ejecutarla.

En el primer caso, el Ministerio Público, atendiendo a su mejor conveniencia, tanto puede practicar por sí, o por conducto de la Policía Judicial, las diligencias necesarias para solicitar del juez la orden de aprehensión, como turnar la averiguación del juez, para que éste

(9) Díaz de León, Marco Antonio. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal comentado, Editorial Porrúa, Primera Edición, México, 1990, pag. 113



practique las diligencias que aquel le solicite hasta dejar satisfechos los requisitos del Art. 16 constitucional para estar en aptitud de despachar la orden de aprehensión.

En el segundo caso, se supone que el Ministerio Público ya ha practicado, dentro de la averiguación previa, todas aquellas diligencias necesarias para complementar las exigencias del Art. 16 constitucional y que no resta sino pedir al juez el libramiento de la orden de aprehensión.

En consecuencia se concluye que el legislador ha dejado las puertas abiertas, para que el Ministerio Público actúe de acuerdo con sus mejores conveniencias". (10)

Es evidente que el precepto en cuestión incurre en graves errores, básicamente porque traslada a la autoridad judicial facultades que no le corresponden, y porque permite al Ministerio Público realizar lo que en este aspecto mejor le parezca, lo cual trae varias consecuencias que redundan en perjuicio de las personas contra las que se dicte la orden de aprehensión.

Considerados los anteriores conceptos, requisitos y consecuencias relativas a la orden de aprehensión, resta tratar lo referente a la orden de reaprehensión, de comparecencia y otras instituciones similares

(10) Pérez Palma, Rafael. Guía de Derecho Procesal Penal. Cárdenas Editor y Distribuidor, Segunda Edición, México, 1977, pag. 33

#### 4. ORDEN DE REAPREHENSION.

La orden de reaprehensión es en esencia una variedad del mandato de aprehensión, ya que aquella solo puede darse siempre que la primera haya tenido lugar; se requieren además algunos supuestos que hacen surgir la orden de reaprehensión de las condiciones de la libertad provisional, con la consiguiente revocación de esta, y aplicación de pena que excluya la libertad provisional a quien se hallaba disfrutando de esta.

En virtud de que una orden de aprehensión debe preceder a la reaprehensión, se entiende que los requisitos del artículo 16 constitucional ya fueron cumplidos, y no se requiere necesariamente que el Ministerio Público la solicite, basta que se cumpla alguno de los supuestos mencionados para que el juez pueda librarla de oficio.

Colin Sánchez define concretamente la orden de reaprehensión diciendo que es una resolución judicial que manda o determina la privación de la libertad de una persona cuando se evade de la cárcel, gozando de la libertad bajo protesta se ausenta de la población sin el permiso del juzgado, deja de cumplir con las obligaciones inherentes al disfrute de la libertad bajo fianza, gozando de la garantía mencionada no se presenta a cumplir la sanción, etc.

En todas estas hipótesis, como es fácil colegir, no se requiere, indispensablemente, de la petición del Ministerio Público, y en cuanto a los

requisitos del artículo 16 constitucional, éstos se dan por satisfechos".  
(11)

A diferencia de las anteriores órdenes, la de comparecencia procede ante la necesaria alternativa en determinados casos, como se verá en seguida.

## 5. ORDEN DE COMPARECENCIA

Como ya vimos, la orden de aprehensión procede cuando hay delitos que se castigan con pena corporal, pero tratándose de delitos que se sancionan con pena no corporal o alternativa, se libra orden de comparecencia que se dicta para que el inculcado rinda su declaración preparatoria ante la autoridad judicial.

Por lo tanto solo determinados delitos dan lugar a la orden de comparecencia, como acertadamente lo hace ver Colín Sánchez cuando dice: "Tratándose de infracciones penales sancionadas con apercibimiento, caución de no ofender, multa, independientemente de su monto; pena alternativa, etcétera, el Ministerio Público ejercita la acción penal sin detenido, ante los jueces de paz, solicitando se le cite con el fin de tomarle su declaración preparatoria, pues la Constitución prohíbe que en ese momento procedimental se restrinja la

(11) Colín Sánchez, *op. cit.*, pag. 269.

libertad personal por delitos que tienen señalada pena no corporal o alternativa.

Si los requisitos legales del pedimento formulado por el Ministerio Público están satisfechos, el juez ordenará la cita mencionada, misma que quizá no sea obedecida, dando lugar a un nuevo llamado, y finalmente, a la orden de presentación que deberá cumplir la Policía Judicial, lográndose así la comparecencia del sujeto ante el juez.

El Código Federal de Procedimientos Penales establece En los casos en que el delito, por sancionarse con pena alternativa o no corporal, no dé lugar a detención, a pedimento del Ministerio Público se librará orden de comparecencia en contra del inculcado para que rinda su preparatoria, siempre que existan elementos que permitan presumir la existencia del delito y la responsabilidad del mismo inculcado (art. 157).  
(12)

Queda claro que la comparecencia implica solamente una restricción a la libertad del inculcado, pero no una privación de su libertad que se prolongue por tiempo indefinido. Además, la restricción debe cesar en el momento en que se cumple con el acto que motivó la comparecencia, que en este caso será la declaración preparatoria.

## **6. INSTITUTOS DIVERSOS A LA ORDEN DE APREHENSION.**

La orden de aprehensión una vez ejecutada trae por consecuencia

(12) Colín Sánchez, *op. cit.*, pag. 270

la privación de la libertad de una persona. Esto último puede surgir también de otras medidas procesales como son la detención, la prisión preventiva, la prisión por cumplimiento de sentencia y el arresto.

Aun cuando existe mucha similitud entre estos conceptos, Rivera Silva señala algunas distinciones al definirlos de la siguiente manera:

"La detención es, como dice Bustamante, 'el estado de privación de libertad que sufre una persona por mandato de un juez'. La detención es el estado de privación de libertad en que se encuentra una persona cuando ha sido depositada en una cárcel, o prisión pública, y otra localidad, que preste la seguridad necesaria para que no se evada.

La prisión preventiva se refiere al estado de privación de la libertad que guarda una persona contra la que se ha ejercitado acción penal.

La prisión por ejecución de sentencia, consiste en la privación de la libertad sufrida en cumplimiento de una pena corporal, después de haberse dictado sentencia que ha causado estado.

Por último, el arresto es la privación de la libertad, como consecuencia de un mandato de autoridad administrativa. El artículo 21 de la Constitución señala que el arresto no puede ser mayor de 36 horas, con excepción de cuando por no pagarse la multa, se permuta por arresto, que no puede exceder de treinta y seis horas (reforma 3 de febrero de 1983).

El Código Federal de Procedimientos Penales establecía en los artículos 42 y 44 que el arresto podía ser hasta de quince días y en la reforma de los artículos citados (27 de diciembre de 1983) se expresa que puede ser hasta de treinta y seis horas equiparando así este lapso

con el señalado en la Constitución para las infracciones

Situación análoga se presentaba en el Distrito Federal cuyo Código de Procedimientos en el artículo 31 registraba como corrección disciplinaria prisión hasta de quince días y en el 33, refiriéndose a los Jueces establecía un arresto de ocho días. La reforma publicada el 4 de enero de 1984 como corrección disciplinaria consigna "IV. Arresto hasta de treinta y seis horas", siendo por ende del todo diverso el lapso privativo de libertad que como corrección disciplinaria se impone" (13)

Como puede apreciarse, si bien los conceptos anteriores tienen como característica común la privación de libertad, difieren en cuanto a la finalidad que se persigue con cada una de estas medidas.

Para concluir este capítulo es pertinente transcribir algunas tesis jurisprudenciales que reflejen el criterio sustentado por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con la orden de aprehensión

"ORDEN DE APREHENSION, REQUISITOS PARA DICTARLA. Para pronunciar una orden de aprehensión es necesario únicamente que se encuentren satisfechos los requisitos señalados por el artículo 16 de la Constitución".

Amparo en revisión 9/70 - RTD. Marzo 18 de 1970.- Unanimidad de 3 votos

Tribunal Colegiado del PRIMER Circuito en Materia Penal

"ORDEN DE APREHENSION. Para dictarla, no es preciso que este comprobado el cuerpo del delito, sino sólo que se llenen los requisitos

(13) Rivera Silva, op. cit., págs. 137 y 138

prevenidos por el artículo 16 Constitucional"

Quinta Epoca: Tomo III, Pág. 83 - Olivera, José C. Tomo IV, Pág. 540.- Navarro, José Trinidad, Pág. 1,233.- Guevara, J. de la Luz, Tomo XIII, Pág. 621.- Nieto, Leopoldo F., Tomo XIV, Pág. 128.- Molina, Ladislao.

"ORDEN DE APREHENSION. Sólo podrá librarse por la autoridad judicial, y mediante los requisitos exigidos por el artículo 16 de la Constitución, sin que entre dichos requisitos esté la previa comprobación del cuerpo del delito, bastando, por lo que toca a la declaración testimonial, la de un solo testigo, que apoye suficientemente la acusación".

Quinta Epoca: Tomo XIX, Pág. 1,102.- Concha, Fernando.

"ORDEN DE APREHENSION. Para dictarla es necesario que lo pida el Ministerio Público, y si este no solicita dicha orden, el Juez no tiene facultades para expedirla".

Quinta Epoca: Tomo XVIII, Pág. 440 - Cordero, Rafael, Tomo XIX, Pág. 233 - Navarro Francisco, Pág. 251 - Ramirez, Francisco, Pérez, Ricardo, Pág. 1,287 - Mancio, Everildo

"ORDEN DE APREHENSION. La sola acusación del Ministerio Público sólo podrá servir de base para abrir una averiguación criminal, más de modo alguno para mandar aprehender al acusado, si la acusación no está sostenida por datos que prueben la existencia del delito, los elementos que constituyen y que demuestren la presunta responsabilidad del mismo acusado".

Quinta Epoca: Tomo XIX, Pág. 15 - Guzman Quintero Mauro.

"ORDEN DE APREHENSION. La precisa clasificación del delito no es necesaria para dictar la orden de aprehension, sino para fundar el auto de formal prisión o la sentencia definitiva".

Quinta Epoca: Tomo XVII, Pág. 613 - Vera, Enrique C., Tomo XIX.- Mora, Miguel - 1 de octubre de 1926 (archivada); Ortiz, Porfirio - 11 de octubre de 1926 (archivada); Robles, Esteban - 9 de diciembre de 1926 (archivada), Tomo XX, Pág. 795.- Escamilla, Ramón.

"ORDEN DE APREHENSION Para que proceda una orden de aprehensión, no basta que sea dictada por autoridad judicial competente, en virtud de denuncia de un hecho que la ley castiga con pena corporal, sino que se requiere, además, que el hecho o hechos denunciados realmente puedan constituir un delito que la ley castigue con pena corporal, y el Juez de Distrito debe hacer un estudio de las circunstancias en que el acto fue ejecutado para dilucidar si la orden constituye o no, violación de garantías".

Quinta Epoca: Tomo XVII, Pág. 1,976.- Aca, Apolinar y Coags, Tomo XVIII, Pág. 848.- Franco, Ernesto y Coag, Tomo XXX, Pág. 1,572.- Montemayor, Emigdio, Tomo XXI, Pág. 643.- Lovillo Vda. de Sánchez, Amelia.



### CAPITULO III

## DECLARACION PREPARATORIA

La declaración preparatoria es ante todo una garantía individual consagrada en la fracción III del artículo 20 constitucional. También es un acto procesal muy importante que se somete a ciertos requisitos y formalidades que más adelante se precisarán.

Comentando este doble aspecto de la declaración preparatoria, Marco Antonio Díaz de León dice que "en esta diligencia, una de las de mayor trascendencia en el proceso penal, se produce el primer contacto procesal entre el inculpado y el juez que habrá de enjuiciarlo. Independientemente de que por virtud de actuarse en el proceso el inculpado puede servir como órgano u objeto de prueba, lo primero cuando para ilustrar al juez relata hechos que se investigan o relacionados con su conducta y lo segundo cuando el juzgador a efecto de conocerlo lo hace examinar por peritos para indagar sobre sus circunstancias físicas y psíquicas que tengan que ver con los sucesos delictivos que se investigan, la verdad es que la declaración preparatoria no constituye en si mismo un medio de prueba, sin obstar que de su conjunto puedan obtenerse algunas ilustraciones que sean utilizadas como tal, dado no tiende directamente a provocar la confesión, en estricto sentido procesal, del inculpado. La naturaleza jurídica de la declaración preparatoria es la de un derecho fundamental del individuo garantizado en la constitución. Procesalmente, equivale a un acto de comunicación del Juez por el que emplaza y hace saber al inculpado la acusación penal en su contra y los motivos de su

legalmente o, como se dice en nuestros foros, para que conteste el cargo.<sup>(1)</sup>

Vemos entonces que la naturaleza jurídica de la declaración preparatoria es la de una garantía individual o derecho público subjetivo que tienen los inculpados. Desde el punto de vista procesal es una diligencia en la cual el inculcado comparece ante el órgano jurisdiccional para conocer el hecho punible que se le atribuye, y en caso de que lo desee podrá rendir ante dicho órgano su declaración como primer acto de defensa, o simplemente para aclarar lo relacionado con los hechos que se le atribuyen.

Guillermo Colín Sánchez define la declaración preparatoria diciendo que "es el acto a través del cual comparece el procesado ante el órgano jurisdiccional, con el objeto de hacerle conocer el hecho punible por el que el Ministerio Público ejercita la acción penal en su contra para que pueda llevar a cabo sus actos de defensa, y el juez resuelva la situación jurídica, dentro del término constitucional de setenta y dos horas"<sup>(2)</sup>

Este mismo autor, compartiendo el criterio de González Bustamante sostiene que el término "declaración preparatoria" es acertado, porque "no sólo corresponde al sistema de enjuiciamiento que reconocen nuestras leyes en vigor, sino porque permite distinguirlo de otras locuciones empleadas en los sistemas de enjuiciamiento inquisitorio y mixto

(1) Díaz de León, op. cit., pag. 580

(2) Colín Sánchez, op. cit., pag. 270

Declarar significa exponer hechos, es una manifestación del ánimo o de la intención o la deposición que hace un inculpaado en causas criminales. Preparar quiere decir prevenir, disponer de alguien para una acción que se ha de seguir. En este sentido, la declaración preparatoria tiene por finalidad informar al inculpaado sobre el procedimiento judicial instaurado en su contra para que conteste los cargos.

No es un medio de investigación del delito ni tiende a procurar la confesión del inculpaado sobre los hechos que se le atribuyen, porque entonces se confunde con la declaración indagatoria o declaración con cargo, en que se imponía al juez la obligación de formular preguntas, cargos y reconvenciones sobre la participación que el inculpaado hubiere tenido en el delito...". (3)

Si bien es acertado el anterior criterio, conviene aclarar que no en todos los casos la declaración preparatoria implica necesariamente una declaración en el sentido literal, en donde el inculpaado deba expresarse verbalmente ante el órgano jurisdiccional, pues bien puede negarse a declarar y si se han cumplido los requisitos y formalidades que esta diligencia conlleva, es indudable que se dara por complementada legalmente, consecuentemente, la declaración preparatoria como garantía individual quedará satisfecha.

Para comprender el contenido y alcance de la diligencia en cuestión, veremos los diferentes aspectos de la misma, partiendo de sus antecedentes históricos.

(3) Gonzalez Bustamante, citado por Collin Sánchez, op. cit., pág. 271.

## I. ANTECEDENTES HISTORICOS.

Los antecedentes relativos a la declaración preparatoria podemos encontrarlos en el siglo pasado, especialmente en las leyes españolas que tuvieron vigencia en nuestro territorio

El primer indicio del acto procesal que se estudia se encuentra en la Constitución Española de Cádiz de 1812. Posteriormente, la Constitución de Apatzingan de 1814, así como las diversas constituciones que surgieron en el México independiente contuvieron preceptos referidos de alguna manera a la declaración del inculpado

De esas Constituciones destacan los siguientes artículos:

De la Constitución Española de Cadiz de 1812, "Artículo 290. El arrestado antes de ser puesto en prisión, será presentado al juez, siempre que no haya cosa que lo estorbe, para que le reciba declaración, mas si esto no pudiere verificarse, se le conducirá a la cárcel en calidad de detenido, y el juez le recibirá la declaración dentro de las veinticuatro horas".

"Artículo 291. La declaración del arrestado será sin juramento, que a nadie ha de tomarse en materias criminales sobre hecho propio".

"Artículo 300. Dentro de las veinticuatro horas se manifestará al tratado como reo la causa de su prisión y el nombre de su acusador, si lo hubiere".

La constitución de Apatzingan de 22 de octubre de 1814, sin obstar que no hubiera tenido vigencia práctica, señala la tendencia de reconocer ciertos derechos a los individuos penalmente acusados.

"Artículo 30. Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado"

"Artículo 31. Ninguno debe ser juzgado ni sentenciado, sino después de haber sido oído legalmente"

En las Constituciones de 1824 y de las Siete Leyes de 1835-36, se hizo un especial señalamiento sobre la declaración del inculpado como 'derecho mexicano'

En las Bases Organicas de 1843, se establecía

"Artículo 9º Derechos de los habitantes de la República

Frac. V. A ninguno se aprehendera sino por mandato de algún funcionario a quien la ley le autoriza para ello, excepto el caso de delito infraganti, en que puede hacerlo cualquiera del pueblo, poniendo al aprehendido inmediatamente en custodia a disposición de su juez.

Frac. VI. Ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente, dado por escrito y firmado, y sólo cuando obren contra él indicios suficientes para presumirlo autor del delito que se persigue. Si los indicios se corroboraren legalmente, de modo que presten mérito para creer que el detenido cometió el hecho criminal, podrá decretarse la prisión.

Frac. X. Ninguno podrá ser estrechado por clase alguna de apremio o coacción a la confesión del hecho que se le juzga"

La Constitución de 1857 se refiere ya en concreto a la declaración preparatoria. Artículo 20. En todo juicio criminal, el acusado tendrá las siguientes garantías.

Frac II. Que se le tome su declaración preparatoria dentro de cuarenta y ocho horas, contadas desde que este a disposición de su Juez"

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios de Baja California de 1880, en su capítulo V de su Título II, bajo el rubro "De la Declaración indagatoria o preparatoria, y del nombramiento de defensoria, establecía lo siguiente:

Artículo 158. Cuando haya motivo bastante para sospechar que una persona es autor, cómplice o encubridor de un delito, debe procederse a recibirle declaración indagatoria"

"Artículo 159. Si al inculcado se le ha privado de su libertad, la declaración indagatoria debe tomarsele dentro de las cuarenta y ocho horas de haber sido detenido. La infracción de ese artículo se castigará con la pena que señala el artículo 1039 del Código Penal"

"Artículo 160. Después de exhortar al inculcado para que se produzca con verdad, se hará constar en la declaración indagatoria su nombre, apellido y edad, y en seguida se le interrogará

- I. Sobre si ha tenido noticia del delito,
- II. Sobre el sitio o lugar en que se hallaba el día y hora en que se cometió el delito,
- III. Con qué personas se acompañó,
- IV. Si estuvo con ellas antes de perpetrarse el delito,
- V. Si estuvo con ellas antes de perpetrarse el delito,
- VI. Todos los hechos y pormenores que puedan conducir a descubrir los antecedentes y causas que motivaron el delito y las circunstancias con que este se ejerció

"Artículo 161. Terminada la declaración indagatoria, se hará saber al inculcado la causa de su detención y el nombre del quejoso, si lo hubiere, y se le advertirá que puede nombrar defensor, si desde luego quiere hacerlo"

"Artículo 162. Si el inculcado no tuviere persona de su confianza a quien nombrar defensor, se le mostrará la lista de los defensores de oficio para que, si quiere, elija entre ellos"

"Artículo 163. En cualquier estado del proceso, después de la declaración indagatoria, puede el inculcado nombrar defensor y variar o revocar los nombramientos que hubiere hecho"

Por su parte el Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 1884, determinaba, en el Capítulo III de su Libro Segundo, bajo el rubro "De la declaración preparatoria y del nombramiento de defensor", lo siguiente:

"Artículo 105. Cuando se sospeche que una persona tiene responsabilidad criminal en un delito, se procederá a su detención y dentro de las cuarenta y ocho horas de esta, se le tomará su declaración preparatoria

Artículo 106. Esta comenzará por las generales del inculcado, en las que se hará constar también los apodos que tuviere. Después se le impondrá del motivo de su detención leyendosele la querrela, si la hubiere, se le hará saber el nombre del acusador, cuando lo haya, y se le interrogará sobre los hechos que se le imputan y sobre el conocimiento que tuviera del delito, y en el caso en que niegue su participación en él, sobre el lugar en que se encontraba, el día y la hora en que aquel se cometió y personas que lo hayan visto allí, sobre el conocimiento que

pueda tener de los demás individuos de quienes se sospeche tengan alguna responsabilidad, y sobre la última vez que los hubiere visto, interrogándosele, además, sobre aquellos hechos y pormenores que se crea pueden servir para el esclarecimiento completo de la verdad" (4)

Ya en el presente siglo se establecen los artículos que dan a la declaración preparatoria su contenido actual. Primero a través de la Constitución Política de 1917, y luego con los Códigos de Procedimientos Penales, en el Distrito Federal de 1931 y el Federal de 1934. Es importante mencionar que el primero de estos Códigos ha tenido reformas importantes relacionadas con la declaración preparatoria, cuyo contenido se comentará más adelante.

## 2. REQUISITOS CONSTITUCIONALES.

Los requisitos constitucionales de la declaración preparatoria están propiamente contenidos en la fracción III del artículo 20 de nuestra Constitución Política, pero en virtud de que la fracción II del mismo precepto constitucional está vinculado con la declaración del inculpaado, transcribiremos ambas fracciones para después proceder a estudiar cada uno de los requisitos constitucionales.

"Art. 20 - En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías

II. No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual

(4) Artículos citados por Díaz de León, op. cit., pag. 561, 562 y 563.



queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto;

III. Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria"

Como requisitos constitucionales de la declaración preparatoria tenemos los siguientes:

- 1) Es una diligencia realizada en audiencia pública
- 2) Se efectúa dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la consignación del inculcado
- 3) Se le debe hacer saber al inculcado el nombre de su acusador.
- 4) También se le hace saber la naturaleza de la acusación
- 5) Finalmente se le hace saber la causa de la acusación.

La finalidad que se persigue con los anteriores requisitos es que el inculcado conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo su declaración preparatoria

El primer requisito indica que la declaración preparatoria deberá realizarse en audiencia pública, de ahí que la fracción II del artículo constitucional que se comenta prohíbe tajantemente toda incomunicación, así como cualquier otro medio que tienda a compeler al inculcado para que declare en su contra

Por lo tanto, esta diligencia al efectuarse en audiencia pública permite que la actuación de las autoridades pueda ser supervizada por el público en general, especialmente por quienes tengan interés en la

declaración que rinda cierto inculpa

El segundo requisito esta referido al factor tiempo, pues la diligencia deberá llevarse a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas subsiguientes a la consignación del delito. Como puede apreciarse la propia Constitución no sólo señala el plazo, sino también el momento a partir del cual empieza a correr. En los casos en que se haga una consignación sin detenido, el plazo correrá a partir del momento en que el detenido quede a disposición del juez.

En relación con estos requisitos de oportunidad procesal y audiencia pública, Marco Antonio Díaz de León comenta lo siguiente: "Independientemente de las garantías de comunicación indicadas, es importante señalar otro derecho fundamental que contiene el precepto constitucional que se analiza y que es la garantía de oportunidad procesal, es decir, la que tiene que ver con el factor tiempo que rige el proceso penal. Resulta incuestionable, para surtir efecto los mencionados fines de comunicación, al inculpa

do se le debe hacer saber la acusación y el nombre de su acusador desde el principio del proceso con objeto de que a todo lo largo de este pueda plantear sus excepciones, máxime en los procesos penales mexicanos que constan de etapas donde cambia la situación jurídica del inculpa

do, y principalmente, en la primera que dura setenta y dos horas y en la que se determina el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpa

do. Para cubrir los enunciados fines de defensa, al imputado se le hará saber la naturaleza de la acusación y el nombre de su acusador dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación.

Finalmente, en audiencia pública, dentro del plazo señalado, el imputado rendirá su declaración preparatoria, con el fin de que se exprese con libertad y diga si está conforme con la acusación, la niega o bien se exceptiona. (5)

Ahora bien, el tercer requisito se refiere al hecho de hacerle saber al inculcado el nombre de su acusador. No se refiere esto a indicarle que es el Ministerio Público el órgano acusador, sino a precisarle el nombre concreto de las personas que presentaron la denuncia o querrela en su contra.

Rafael Perez Palma comenta este requisito y los dos siguientes de una manera acertada, por lo que reproducimos sus argumentos.

"Nombre del acusador. En todo proceso del orden criminal hay un acusador público, el Ministerio Público, pero no es a este acusador a quien el precepto se refiere, sino al acusador privado, al denunciante o al querellante, cuyo nombre debe ser hecho del conocimiento del acusado.

Hay ocasiones en las que es difícil proporcionar el nombre del acusador privado, todo dependerá de la forma en que hubiere sido iniciada la averiguación. Si las presunciones de culpabilidad que motivaron su detención provienen de descubrimientos de la policía o se desprende de constancias de la averiguación previa, así habrá de hacérsele saber al detenido, para cumplir con el mandato constitucional.

Naturaleza de la acusación. La naturaleza de la acusación dependerá de los fundamentos legales que el Ministerio Público invoque al ejercitar la acción penal, incluyendo, no solo los preceptos de carácter general, sino también aquellos que se refieran a las circunstancias modificativas o calificativas del hecho imputado. No bastara pues

decirle, se te acusa de robo, sino que será necesario explicarle, de robo en casa habitada, con fractura de la cerradura de la puerta de entrada y de haberte apoderado de un fajo de billetes, con valor de tantos cientos o miles de pesos. Se le habrá de advertir además, que estas circunstancias le agravan la pena y en qué proporción.

**Causa de la acusación.** La palabra causa empleada en el precepto, debe ser entendida en su acepción de razón o de motivo por el que se le acusa.

Es frecuente suponer que la causa de la acusación es el delito cometido, pero no, el delito constituye la causa remota que motiva el proceso, mientras que la causa próxima o inmediata que motiva la acusación consiste en la presunción de que el detenido sea el responsable del delito que da origen al proceso. Por consiguiente, la causa de la acusación que debe hacerse saber al acusado, es la de que se le presume responsable de la comisión del delito.

En otras palabras en la acusación hay siempre dos causas o motivos que la determinan, la remota, que consiste en el delito, y la próxima, que no es otra más que la presunción que pesa sobre el inculgado, de que es él, el responsable del delito. Es a esta causa próxima a la que se refiere el precepto constitucional". (6)

Todos los anteriores requisitos deben llevar al inculgado al conocimiento del hecho punible que se le atribuye para que esté en posibilidad de preparar su defensa, ya que esto es básicamente lo que se

(6) Perez Palma, op. cit., págs. 275 y 276.

persigue con la declaración preparatoria, pues no es un medio para obtener su confesión sino más bien una garantía que le da los elementos en base a los cuales podrá defenderse desde el momento en que sabe, quien y de que lo acusan. Por lo tanto, conviene enfatizar la declaración preparatoria como garantía constitucional.

### 3. COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL.

El que la declaración preparatoria haya sido incluida en el capítulo I garantía individual, que en este caso es para aquellos gobernados que son acusados por la comisión de un delito.

Como garantía constitucional, la declaración preparatoria viene a ser ante todo un medio de defensa que se concede a favor del inculcado, por tal motivo deben cumplirse los requisitos que ya vimos, pues lo contrario se traduciría en una violación a esta garantía que bien podría dar lugar a la interposición de un juicio de amparo.

Sergio García Ramírez puntualiza el carácter que tiene la declaración preparatoria como garantía constitucional y como instrumento de defensa cuando dice que: "La declaración preparatoria constituye, sin duda, un derecho público subjetivo del inculcado. Así se infiere de su inclusión en el texto constitucional, a título de garantía individual. Se plantea, ante todo, como un medio de defensa. De ahí que no sea reprochable ni punible la negativa a declarar, y ni siquiera la declaración falaz, a no ser que esta, admisible para la defensa y exculpación del sujeto, se produzcan en términos que, por otra parte,

impliquen en sí mismos la comisión de un delito (por ejemplo, atribuir a un tercero conducta ilícita, a sabiendas de que se miente y con lesión del derecho de ese tercero)

Sin embargo, el que la declaración sea instrumento de defensa no la de su valor (y de su naturaleza, lógicamente) como medio para conocer la verdad, favorable o desfavorable al procesado. Esto ocurre cuando se "indagare (y se responde) acerca de los hechos, la participación delictuosa y las circunstancias de aquellos y del imputado" (7)

Queda claro entonces que la declaración preparatoria es un beneficio concedido al acusado que se traduce en una garantía constitucional que lo protege de posibles abusos de la autoridad, por lo que no solo no debe ser forzado a declarar en su contra, sino más bien respetar su determinación la cual puede ser en el sentido de negarse completamente a declarar después de que tenga conocimiento del hecho punible que se le atribuye

Asimismo, la declaración preparatoria es un instrumento de defensa en manos del inculcado, pues al saber quien lo acusa, así como la naturaleza y causa de la acusación, podrá contar con los elementos suficientes que le permitan contestar lo que estime procedente para su defensa.

Por otro lado, el hecho de que deban cumplirse los requisitos constitucionales de la declaración preparatoria hace que el órgano jurisdiccional se someta a ciertas exigencias que limitan su actuación y benefician al inculcado

Así, es correcto lo afirmado por Collin Sánchez, quien en relación

con esto nos dice que "si la declaración preparatoria es una garantía, para que tenga plena vigencia, deberá tomarse, tan pronto como principie a transcurrir el término, no al estar por vencerse, basándose para ello en el significado de la palabra 'durante', pues de ser así, se colocaría al procesado en estado de indefensión.

Lo que en un aspecto son garantías para el procesado, en otros se convierten en obligaciones para el órgano jurisdiccional dentro del término de las cuarenta y ocho horas, siguientes a la consignación, el juez está obligado a darle a conocer los hechos, el nombre de su acusador, la naturaleza y causa de la acusación, a darle en defensa y a tomarle en ese mismo acto su declaración preparatoria". (8)

Efectivamente, si bien la declaración preparatoria es una garantía para el acusado, también representa por otro lado una serie de obligaciones

que la autoridad judicial debe cumplir para que quede satisfecha esa garantía.

Para tal efecto, además de los requisitos constitucionales es necesario dar cumplimiento a algunas disposiciones de la legislación secundaria, que determinan la manera de llevar a cabo la declaración preparatoria como se vera enseguida

(7) García Ramírez, op. cit., pag. 518

(8) Colin Sánchez, op. cit., pag. 272

#### 4. FORMA DE LLEVARLA A CABO.

La forma de llevar a cabo la declaración preparatoria esta regulada específicamente en el capítulo I, de la Sección Tercera, del Título Segundo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Las disposiciones ahí contenidas amplían el precepto constitucional que consagra la declaración preparatoria, dentro de las cuales destacan los siguientes:

"Art. 287. Dentro de las cuarenta y ocho horas, contadas desde que un detenido ha quedado a la disposición de la autoridad judicial encargada de practicar la instrucción, se procederá a tomarle su declaración preparatoria.

Art. 288. Esta diligencia se practicará en un local en que el público pueda tener libre acceso, quedando éste sujeto a las disposiciones del capítulo VII, título primero, de este código, debiéndose impedir que permanezcan en dicho local los que tengan que ser examinados como testigos en la misma averiguación.

Art. 289. En ningún caso, y por ningún motivo, podrá el juez emplear la incomunicación ni ningún otro medio coercitivo para lograr la declaración del detenido.

Art. 290. La declaración preparatoria comenzará por las generales del inculpado, en las que se incluirán también los apodos que tuviere, el grupo étnico indígena al que pertenezca, en su caso, y si habla y entiende suficientemente el idioma castellano y sus demás circunstancias personales. Acto seguido se le hará saber el derecho que tiene para



defenderse por sí o por persona de su confianza, advirtiéndole que si no lo hiciere, el juez le nombrará un defensor de oficio.

Si el inculcado no hubiere solicitado su libertad provisional bajo caución, se le hará nuevamente conocedor de ese derecho en los términos del artículo 20, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del artículo 556 de este código.

A continuación se le hará saber en qué consiste la denuncia, acusación o querrela, así como los nombres de sus acusadores y de los testigos que declaren en su contra, se le preguntará si es su voluntad declarar y en caso de que así lo desee se le examinará sobre los hechos consignados. Si el inculcado decidiera no declarar, el juez respetará su voluntad dejando constancia de ello en el expediente.

Igualmente se le harán saber todas las siguientes garantías que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se le recibirán todos los testigos y las pruebas que ofrezca, en los términos legales, ayudándole para obtener la comparecencia de las personas que solicite, siempre y cuando estén domiciliadas en el lugar del juicio, así como que será sentenciado antes de cuatro meses, si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, o antes de un año si la pena máxima excediere de ese tiempo, y que le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y constar en el proceso.

Art. 291. En caso de que el inculcado desee declarar, será examinado sobre los hechos que se le imputen para lo cual el juez adoptará la forma, términos y demás circunstancias que estime conveniente y acorruadas al caso, a fin de esclarecer el delito y las

circunstancias de tiempo y lugar en que se concibió y ejecutó

Art. 292. El agente del Ministerio Público y la defensa tendrán el derecho de interrogar al acusado, pero el juez tendrá en todo tiempo la facultad de desechar la pregunta, si a su juicio fuera capciosa".

Los anteriores preceptos ponen de manifiesto la forma de llevar a cabo la declaración preparatoria, y como puede apreciarse existen una serie de obligaciones que la autoridad judicial debe cumplir, todo ello con la finalidad de que el inculcado encuentre la debida protección que esta garantía le proporciona.

Lo más relevante de las actuaciones realizadas en esta diligencia es que tienden a respetar la persona y decisiones del inculcado, quien podrá negarse a declarar si así lo desea y, en tal caso, no podrá obligársele a hacerlo.

Una obligación que se impone también al órgano jurisdiccional es la de llevar a cabo en esta misma diligencia los llamados careos constitucionales, que serán estudiados por separado.

## 5. CAREOS CONSTITUCIONALES.

Los careos constitucionales también representan un derecho de defensa a favor del inculcado, y por estar previstos en nuestra Ley Fundamental constituyen una garantía individual, establecida concretamente en la fracción IV del artículo 20 de la Constitución Política, que a la letra dice

"Art. 20. En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: IV. Será careado con los testigos que depongan en su contra; los que declararán en su presencia, si estuviesen en el lugar del juicio, para que pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa".

En concordancia con este precepto está el artículo 295 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que textualmente dice:

"Art. 295. El juez interrogará al inculcado sobre su participación en los hechos imputados, y practicará careos entre el inculcado y los testigos que hayan declarado en su contra y estuvieren en el lugar del juicio, para que aquél y su defensor puedan hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa, mismo derecho que también corresponde al Ministerio Público".

Las anteriores disposiciones reflejan claramente el objetivo de estos careos, el cual es poner al alcance del inculcado información necesaria para su defensa.

En efecto, como expresa Díaz de León, "esta clase de careo reviste una esencia de derecho diferente a la del careo que se describió como medio de prueba. Su naturaleza jurídica es la de un derecho a la defensa de todo inculcado que encuentra su basamento, no únicamente en el conocimiento de las declaraciones, sino en el de las personas que depongan en su contra, sin importar que existan o no discrepancias en lo manifestado. Su teleología no es, pues, la de despejar dudas sobre dichos contradictorias, sino la de que el acusado conozca a las personas que de alguna manera lo involucraron como sujeto activo del delito que se investiga. Más que medio de prueba, tratase en realidad de un derecho a la

defensa, de un derecho fundamental garantizado por la Constitución y que consiste en dar a conocer al imputado, no sólo los alcances jurídicos y motivos de la acusación, sino en que se le presenten, cara a cara, a las personas que lo hubieran incriminado para estar en posibilidad de refutarles las acusaciones engañosas o inexactas. Resulta evidente, que todo aquel que es implicado en un proceso penal, en calidad de acusado, se enfrenta a una situación de peligro para su persona por motivo de las sanciones y consecuencias que esta clase de procedimientos supone en una sentencia condenatoria, y esto sin considerar a la prisión preventiva que la pena de antemano privándolo de su libertad aún antes de saberse si se es culpable del delito, por lo cual se justifica defenderse en el juicio, dentro de éstos, uno de los más elementales es el de que se le presenten personalmente a quienes lo hubieran acusado para que los pueda reconocer y, además hacerles las preguntas que considere necesarias para excepcionarse. Por lo mismo, insistimos, este careo no halla su fundamento en las divergencias que pudieran salir al paso entre las versiones del acusado y de las personas que depongan en su contra, ni su finalidad es la de allanar estas contradicciones como medio de prueba, sino, como ya se indicó, es la de dar a conocer al reo a sus acusadores para que se defienda en el proceso" (9)

En cuanto a la coincidencia en el tiempo entre la declaración preparatoria y los careos constitucionales, García Ramírez dice que "la

(9) Díaz de León, *op cit*, págs 607 y 608

diligencia de declaración preparatoria se conecta estrechamente, en el tiempo, con la de careo constitucional, pues los artículos 295 Cdf. y 154 Cf. estatuyen que cuando concluye aquélla, y siempre que fuere posible, el juez careará al imputado con los testigos que depongan en su contra, para que aquél pueda formularles preguntas conducentes a su defensa. Esta deseable continuidad entre las diligencias de declaración y de careo favorece grandemente la buena marcha de la justicia, sobre todo para los efectos de la entonces muy cercana determinación judicial acerca del procesamiento o la libertad del sujeto". (10)

Es evidente que tanto con la declaración preparatoria como con los careos constitucionales se brinda al inculpado mayores medios de defensa a través de estas garantías.

Para cumplir transcribimos algunas tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que enfatizan la naturaleza de garantía que tienen los careos constitucionales:

"CAREOS CONSTITUCIONALES. SU OMISION ENTRAÑA SIEMPRE UNA VIOLACION DE GARANTIAS. La omisión de los careos constitucionales entraña siempre una violación a la garantía individual establecida en la fracción IV del artículo 20 constitucional. Pero si de las constancias de autos se observa que el acusado admitió los hechos, mismos que coinciden con lo declarado por los testigos que depusieron en su contra, la omisión o la realización de los careos constitucionales, no tendrían ningún efecto práctico jurídico, ya que aquéllos persiguen fines de investigación respecto a la

(10) García Ramírez, op. cit., pag. 519.

verdad histórica, y si ésta se encuentra integrada con los elementos de prueba antes señalados, procede desestimar, por inoperante, el concepto de violación que se haga valer al respecto".

Amparo directo 1073/76 - Josefina Vargas Alarcón de Maciel - 19 de agosto de 1976.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Raúl Cuevas Mantecón - Secretario: Salvador Castro Zavaleta

"CAREOS CONSTITUCIONALES Y TERMINACION DE LA CAUSA. MAYOR VALOR DE AQUELLOS. Aunque la autoridad responsable argumente que la omisión de los careos es imputable a las partes por haber tenido la oportunidad procesal de instruir correctamente el procedimiento y es preferible concluir la causa que celebrar los careos, sin embargo, si entre el dicho de los testigos y el del inculpado existen graves contradicciones, es evidente que se deja en estado de indefensión a dicho inculpado, pues la omisión aludida se viola la fracción IV del artículo 20 constitucional así como el numeral 160, fracción III, de la Ley de Amparo, máxime si se tiene presente que esta Sala ha determinado que es de mucho más valor la garantía de los careos, que la referente a que se emita el juicio en un breve periodo".

Amparo directo 4217/79 - Antonio Avila Maldonado - 28 de noviembre de 1979.- 5 votos.- Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez

Semanario Judicial Séptima Época Volúmenes 127-132  
Julio-diciembre de 1979. Segunda Parte. Primera Sala, pag. 31.

## CAPITULO IV

### DESIGNACION DE DEFENSOR

Dentro de la etapa de preinstrucción es fundamental la presencia del defensor. Esto es así porque la defensa se presenta como derecho que elevado a la garantía individual, tienen todas las personas a quienes se les atribuye un hecho punible.

En este sentido la defensa es considerada como un derecho natural e indispensable para la conservación de la persona y de sus bienes jurídicos; en el campo penal es una institución indispensable.

Esta institución, hablando en términos amplios, recae en dos sujetos básicamente: el autor del delito y el asesor técnico. El primero, porque es quien conociendo realmente las circunstancias del hecho delictivo puede pronunciarse en defensa de su situación, el segundo, por ser la persona que en este caso conoce las reglas y procedimientos legales, lo cual es necesario para una adecuada y completa defensa dentro de un sistema penal como el nuestro, donde se procura el goce de garantías individuales en materia criminal.

De acuerdo con esto la doctrina ha realizado una distinción entre defensa material y defensa técnica. Rafael Pérez Palma expresa al respecto que: "De la primera - se dice - que no corresponde a nadie, sino al mismo acusado, quien tendrá que confesar su participación en el delito, o negarla, explicar las circunstancias en que haya participado, justificar su actividad, exponiendo las razones o los motivos que lo hayan inducido a delinquir, o expresando el lugar diverso en que se hubiere encontrado. Todo ello cae dentro del dominio del sentido común y excepción hecha de los imbeciles, de los idiotas o de quienes padezcan debilidades mentales,

todos, cualquiera que sea su grado de cultura, podrán confesar, negar o encontrar justificación a su conducta, sin necesidad de los consejos de un técnico, que no servirá sino para distorsionar la verdad que a todos interesa, sea porque se deformen los acontecimientos, se oculten circunstancias importantes o porque se inventen otras.

La defensa técnica es otra cosa. El acusado, por regla general, tiene un conocimiento completo y preciso de los hechos que motivan el proceso, pero tiene también un desconocimiento total de la situación legal que lo rodea, puesto que no está, en principio, capacitado para entender la naturaleza de la acusación, ni para apreciar el derecho aplicable en su beneficio ni el procedimiento a seguir para conseguir su absolución o la disminución de la pena. "Suplir esas deficiencias en el acusado, es precisamente el objeto y la justificación de la defensa técnica" (1)

Partiendo de esta distinción, en el presente capítulo trataremos lo relativo a la defensa técnica, es decir, nos dedicaremos básicamente al estudio del defensor, refiriéndonos a él como a una persona distinta del inculcado, pues aun cuando este pueda llegar a la autodefensa, es indiscutible, según veremos más adelante, que la presencia de un defensor sea indispensable para que tenga plena validez lo actuado ante las autoridades jurisdiccionales.

Tal exigencia se justifica por el hecho de que en el procedimiento penal hay bastantes circunstancias que pueden ser aprovechadas en beneficio de los inculcados, tales como la insatisfacción de algún

(1) Pérez Palma, op cit., pag. 281



requisito de procedibilidad, falta de algún elemento configurativo del delito, acción penal defectuosa o ilegalmente ejercitada, comprobación insuficiente del cuerpo del delito, concurrencia de circunstancias excluyentes de responsabilidad, defectos en las pruebas de cargo, omisiones en el auto de formal prisión, etc., todo esto naturalmente requiere de un conocimiento especializado, de ahí la necesidad de la defensa técnica y con ella, la presencia del defensor.

Consecuentemente el defensor es un asistente del inculcado, su función principal es usar los medios de defensa legal en beneficio de aquel que conociendo las circunstancias del hecho punible, desconoce las normas y procedimientos que son aplicables a su situación.

Manzini ha dado un concepto de defensor considerando que es aquel "que interviene en el proceso penal para desplegar en él una función de asistencia en favor de los derechos y demás intereses legítimos de un sujeto procesal en la aplicación de una finalidad de interés público y no solamente para el patrocinio del interés particular" (2).

Vemos entonces que la función del defensor es muy importante no sólo porque resulta en beneficio del inculcado, sino porque también con su participación en las diligencias penales hace que se satisfagan garantías individuales que redundan en pro de la colectividad, misma que obtiene seguridad y confianza cuando se ven cumplidas esas garantías.

Desafortunadamente las defensas fraudulentas que realizan falsos defensores ha desnaturalizado esta institución. No obstante, es indudable

(2) Citado por Celso Sánchez, op. cit., pag. 178.

que la labor de los auténticos defensores, bien llevada a cabo, es fundamental en nuestro sistema penal, ante todo porque nuestra Constitución Política exige su presencia como lo veremos más adelante, pero antes consideraremos sus antecedentes.

## I. ANTECEDENTES HISTORICOS.

La figura del defensor se remonta a tiempos muy antiguos, por ejemplo, en el pueblo hebreo se dieron algunas normas a los defensores, personas que intercedían a favor de otros, para que por su intervención tuvieran éxito los conflictos que afectaban a los menores, viudas y pobres.

Sin embargo, se acepta generalmente que la persona y función del defensor surgió propiamente entre los griegos, ya que durante un juicio se permitía al acusado defenderse por sí mismo o por un tercero.

En cuanto a este antecedente y a la evolución que ha experimentado la figura del defensor, García Ramírez dice lo siguiente: "Es frecuente decir que en Grecia nació la profesión del abogado. Se permitía que el orador asistiese al litigante ante el Areópago. El logógrafo, primero, elaboraba el informe. Después fue costumbre hacerse representar por terceros. Además podía el acusado presentar dictamen de peritos jurídicos especiales. En Roma hubo patronus o causidicus, oradores defensores asesorados por un jurisperito, el advocatus, que constituía una profesión especial. En el curso del tiempo los patronus y los advocati

se unificaron en una sola figura

En el Derecho germano, de carácter fuertemente formalista, la representación recaía en el intercesor, que gradualmente se transformó en un defensor, cuya intervención fue autorizada por la Constitutio Criminalis Carolina. Carpozov aceptó la defensa, que en casos graves fue obligatoria. En consecuencia del sistema inquisitivo, entre cuyas notas características figura la entrega de la defensa a uno de los miembros del tribunal, aquella desapareció con la Ordenanza Criminal Austriaca, de 1803.

En el Fuero Juzgo se habló de defensores y mandadores, actuando los últimos a nombre de príncipes y obispos, para que no desfalleciera la verdad por medio del poderío. Tanto en el Fuero Real como en las Partidas, se fijó el régimen de voceros y personeros, abogados y procuradores, respectivamente.

La Revolución Francesa trajo consigo la supresión de la abogacía, en 1790. En 1791, las partes pudieron apoyarse en defensores oficiosos. Napoleón restableció la abogacía. El Código de 1808 admitió la defensa y la hizo obligatoria tratándose de crímenes sancionados con pena afflictiva, después de la mise en accusation.

En otros países también ha corrido vicisitudes la profesión liberal del abogado. En 1781 fue erradicada en Prusia, en favor de los consejeros asistentes nombrados por el tribunal a las partes. También se la suprimió durante algún tiempo en Rusia, hasta su posterior reinstauración con características específicas, bien diversas de las que

suelen connotar a las profesiones liberales" (3)

Vemos que no solo en Grecia sino también en Roma se difundió mucho la actividad de los defensores, adquiriendo gran importancia en el Derecho romano la institución del "patronato"

Abundando sobre estos antecedentes romanos y sobre aquellos que inspiraron nuestra legislación sobre esta materia, Collin Sanchez nos dice que "El patrono ejercía algunos actos de defensa en favor de los procesados y más tarde, según relata Rodolfo García Valdéz, se construyó a pronunciar un discurso en favor del criminal"

Posteriormente, el defensor se transformó en consultor, en un verdadero advocatus, por sus conocimientos en jurisprudencia se hacía cargo del patrocinio del procesado, no se conformó únicamente con la pronunciaci3n del discurso, conjugó la técnica y la oratoria

En el viejo Derecho español también existió la defensa. El Fuero Juzgo, la Novísima Recopilación y otros cuerpos legales señalaron que el procesado debía estar asistido por un defensor, e inclusive la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882, impuso a los abogados integrantes de los Colegios, la obligaci3n de avocarse a la defensa de aquellas personas carentes de recursos para pagar el patrocinio de un defensor particular

En México, durante la época colonial, se adoptaron las prescripciones, que en este orden señalaron las leyes españolas, y aunque en los los múltiples ordenamientos vigentes, después de consumada la

(3) García Ramírez, *op. cit.*, págs. 303 y 304

Independencia se dictaron algunas disposiciones, no fue sino hasta la Constitución del 17 cuando se dio verdadera importancia a esta cuestión".  
(4)

En virtud de que la Constitución de 1917 declaró indispensable la asistencia del defensor durante el proceso penal, su regulación en la legislación secundaria resultó obligada, y a través de los años han existido reformas importante tanto en el Código Federal como en el de Penales, razón por la cual podemos apreciar que actualmente el defensor desempeña una función trascendente en nuestro sistema penal como se verá en los siguientes incisos

## 2. REQUISITOS CONSTITUCIONALES.

La designación de defensor se encuentra consagrada en nuestra Carta Magna, concretamente en la fracción IX del artículo 20 constitucional. Un estudio a esta disposición pone de manifiesto cuales son los requisitos constitucionales en este aspecto, para precisarlos transcribiremos primeramente el precepto mencionado

"Art. 20 - En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: Fracción IX. Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no

(4) Colin Sanchez, op cit, pag 176

tener quien lo defienda, se le presentara lista de los defensores de oficio para que elija el que o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, despues de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrara uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendra derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio, pero tendra obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite, y . . ."

De esta disposición se desprenden los siguientes requisitos constitucionales en relación con la designación de defensor, y son:

1. La defensa puede recaer en el propio acusado.
2. El defensor puede ser cualquier persona que sea de la confianza del acusado.
3. Se tiene derecho a designar defensor de oficio.
4. Los defensores pueden ser varios.
5. Si el acusado no nombra defensor, despues de ser requerido, el juez le nombrara uno de oficio al rendir su declaración preparatoria.
6. La designación de defensor puede ser desde el momento de la aprehensión.
7. El defensor deberá estar presente en todos los actos del juicio.

De acuerdo con estos requisitos tenemos que en primer lugar la defensa puede recaer en el propio acusado si este así lo desea, es decir, se permite la autodefensa. Al respecto Pérez Palma comenta que "la autodefensa postulada por el Constituyente, es explicable como un deseo de protección hacia el acusado, pero irrealizable en la práctica, salvo que el reo se encuentre gozando de libertad, puesto que por la pérdida de esta,

se verá impedido para activar el proceso y hacer las gestiones que continuamente hay que realizar ante empleados y funcionarios, en diversos edificios y hasta ante autoridades distintas de la judicial". (5)

Consideramos acertado este comentario toda vez que efectivamente para que la autodefensa fuera exitosa se requiere que el acusado estuviera libre y que tuviera los conocimientos necesarios para defenderse de manera correcta.

Lo más conveniente es que el acusado nombre como defensor a persona de su confianza, siempre que ésta sea un abogado que conozca los medios legales de defensa, pues de lo contrario se pueden ocasionar defensas deficientes que perjudican al inculcado en lugar de beneficiarlo.

En caso de que el acusado no designe defensor, ya sea por no tener una persona de su confianza o por no tener recursos para pagar los honorarios, tiene derecho a escoger un defensor de oficio.

Nuestra Constitución admite la posibilidad de que sean varios los defensores designados. En este supuesto uno de ellos actuará como representante común, según lo dispone el artículo 296 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que dice:

"Art. 296 - Todo acusado tendrá derecho a ser asistido en su defensa por sí o por la persona o personas de su confianza. Si fueren varios los defensores, estarán obligados a nombrar un representante común, o, en su defecto, lo hará el juez"

Debe destacarse que en todo caso el acusado deberá tener por lo

(5) Pérez Palma, *op. cit.*, pág. 282

menos un defensor, por ello, si no lo ha nombrado, el juez le nombrará uno de oficio al rendir su declaración preparatoria. Sobre este aspecto hablaremos más adelante para precisar en que momento debe hacerse la designación del defensor de oficio.

En cuanto a la designación del defensor particular la Constitución Política permite que pueda ser hecha desde el momento de la aprehensión, lo cual es lo más conveniente para procurar una correcta defensa desde el momento en que el indiciado tiene contacto con las autoridades.

Lo que se exige en todo caso, ya sea que exista defensor particular o de oficio, es que éste se encuentre presente en todos los actos del juicio, lo cual permitirá garantizar el cumplimiento de este derecho fundamental que de manera acertada se ha elevado a garantía individual, como se enfatizará a continuación.

### **3. COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL.**

Es indudable que el derecho a la defensa en materia penal constituye una garantía constitucional, al estar contenido en nuestra Ley Fundamental dentro del capítulo de las garantías individuales. Pero no solo es un derecho para el acusado, sino una obligación procesal ya que el carece de defensor se verá obligado a tomar las providencias pertinentes, para proveer de defensor a esa persona y así hacer que se cumpla con esta garantía constitucional.



En relación con esto García Ramírez ha dicho que "el derecho subjetivo público a la defensa, se halla consagrado, según lo vimos, por la fracción IX del artículo 20 C., que no sólo establece la facultad, sino también la obligatoriedad de la defensa, al instituir la defensoría de oficio e imponerla para el caso de que el reo carezca de defensor. Así las cosas, la defensa puede ser ejercitada, constitucionalmente, por el inculpado, por persona de la confianza de este, sea o no abogado, por uno y otro, o bien, por el defensor de oficio" (6)

Cabe aclarar que la designación de defensor como garantía constitucional surte sus efectos a partir de que el acusado va a rendir su declaración preparatoria, si hasta ese momento no ha nombrado defensor, el juez le requerirá que lo haga y aun cuando el acusado se negare e inclusive se opusiere a ello, no obstante el juez le nombrará un defensor de oficio con lo cual se cumplirá con esta garantía que tiene el acusado.

Desde ese momento es obligada la presencia del defensor (particular o de oficio) en todos los actos del juicio. Si esto no se cumple se estará violando la garantía constitucional que se comenta.

Por esta razón el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal ha dispuesto, al referirse a la audiencia, lo siguiente:

"Art. 326.- Las partes deberán estar presentes en la audiencia. En caso de que el Ministerio Público o el defensor no concurren, se citará para nueva audiencia dentro de ocho días. Si la ausencia fuere injustificada, se aplicará una corrección disciplinaria al defensor

(6) García Ramírez, op. cit., pag. 307

particular y se informará al Procurador y al jefe de la Defensoría de Oficio, en su caso, para que impongan la corrección que proceda a sus respectivos subalternos y puedan nombrar sustituto que asista a la nuevamente citada.

La audiencia a que se hubiere convocado por segunda cita se llevará a cabo aun cuando no asista el Ministerio Público, sin perjuicio de la responsabilidad en que este incurra. También incurrirá en responsabilidad el defensor faitista, pero en este caso se sustituirá por uno de oficio, suspendiéndose la vista a efecto de que este se imponga debidamente de la causa y pueda preparar su defensa. Lo dispuesto en este artículo no obsta para que el acusado nombre para que lo defienda a cualquiera de las personas que se encuentren en la audiencia y que legalmente no estén impedidas para hacerlo.

Este precepto revela que es necesaria la presencia del defensor en la audiencia, pues sin él la misma no podrá llevarse a cabo.

Ahora bien, en caso de que el procesado no esté asistido por su defensor en algún acto del juicio, por ejemplo en la audiencia, es claro que se estará violando la garantía constitucional que se refiere al derecho de defensa, lo que de conformidad con el artículo 431, fracción III, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, da lugar a la nulidad de todo lo actuado, y en consecuencia, a la reposición del procedimiento.

En otro aspecto vemos que esta garantía impone al defensor una serie de deberes, que desde otro punto de vista son sus derechos, dentro de los cuales Colín Sánchez menciona los siguientes:

"Estar presente en el acto en que el procesado rinda su declaración

preparatoria

Solicitar, cuando proceda, inmediatamente la libertad caucional o bajo fianza y hacer los trámites necesarios hasta lograr la excarcelación

Promover todas las diligencias y pruebas que sean necesarias, durante la instrucción, y en segunda instancia, en los casos permitidos por la ley

Asistir a las diligencias en las que la ley lo considera obligatorio, pudiendo interrogar al procesado, a los peritos, a los testigos y a los intérpretes, e interponer los recursos que para cada caso señale la ley.

Promover la acumulación de procesos cuando la situación así lo demande

Desahogar las vistas de las que se le corra traslado

Formular sus conclusiones dentro del término de ley" (7)

Para dejar claro el contenido del derecho a la defensa como garantía constitucional veremos el criterio sustentado por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en las siguientes tesis:

"DEFENSA, GARANTIA DE. La obligación impuesta a la autoridad de instancia por la fracción IX del artículo 20 constitucional, surte efectos a partir de que el indiciado es puesto a disposición de la autoridad judicial, y ésta al recibir la declaración preparatoria del presunto responsable tiene la obligación ineludible de designarle defensor si es que aquel no lo ha hecho, mas la facultad de asistirse de defensor a partir

(7) Colln Sanchez, op cit, pag 187

de la detención del acusado, concierne única y exclusivamente a éste, por lo que si no lo tuvo desde el momento en que fue detenido, esa omisión es imputable al propio acusado y no al juez instructor"

Séptica Época, Segunda Parte Vol 39, Pág 51 - AD 5925/71 - Julio Carbajal Reséndiz.- Unanimidad de 4 votos

Vol 67, Pág. 19.- AD. 5934/73.- Victor Manuel Santiago Rodriguez y Antonio Martinez Alba - Unanimidad de 4 votos

Vol 68, Pág 21.- AD 5770/74- Ignacio Garcia Coronado - 5 votos

#### TESIS RELACIONADAS

"DEFENSA, GARANTIA DE LA La garantía que consagra el artículo 20 constitucional, en su fracción IX, al establecer que si el acusado no quiere defensor, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio, debe entenderse en el sentido de que el nombramiento de defensor de oficio, por parte del juez, deberá ser hecho al rendir el acusado su declaración preparatoria, pero siempre que no quiera el acusado nombrar persona que lo defienda después de ser requerido para hacerlo"

Quinta Época Tomo XXXV, Pág 2137- Pedro Delgadillo y Coags.

Estas tesis corroboran lo que habíamos dicho en el sentido de que el juez sólo está obligado a nombrar defensor de oficio cuando el acusado no lo ha hecho, a pesar de haber sido requerido para ello al momento de rendir su declaración preparatoria. Pero si el acusado ejercita su derecho la designación del defensor puede hacerse desde el momento en que es parahendido como se verá en seguida

#### 4. DURANTE LA AVERIGUACION PREVIA.

La designación del defensor durante la averiguación previa no es un mandato constitucional que en caso de no cumplirse implique una violación a la garantía prevista en la fracción IX del artículo 20 de nuestra Constitución Política, pero si es una facultad que el indiciado tiene y que bien puede ejercitar.

En diciembre de 1981 hubo una reforma al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que representa un avance significativo en cuanto a la designación de defensor durante la averiguación previa. El último párrafo del artículo 134 bis del citado ordenamiento legal dice: "Los detenidos, desde el momento de su aprehensión, podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de uno u otro, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio".

Con esta disposición se pretende dar plena validez al precepto constitucional que consagra el derecho a la defensa. Para tal efecto, y desde el punto de vista práctico, se han adscrito defensores de oficio a las Agencias Investigadoras del Ministerio Público en el Distrito Federal.

Es muy amplia la intervención que tienen los defensores, de oficio en la averiguación previa. El artículo 18 de la "Ley de la Defensoría de Oficio del Fuero Común en el Distrito Federal" señala sus funciones, para apreciar el contenido de este precepto lo reproducimos en todas sus partes.

"Art. 18.- Los defensores de Oficio en el área de Averiguaciones Previas y Juzgados Calificadores, se ubicarán físicamente en el local de

las agencias investigadoras del Ministerio Público en el Distrito Federal, realizando las siguientes funciones prioritarias:

I. Atender las solicitudes de Defensoría de Oficio, que le sean requeridas por el indiciado o infractor, agente de Ministerio Público o Juez Calificador

II. Estar presente en el momento en que su defendido rinda su declaración ante la autoridad correspondiente

III. Entrevistarse con el indiciado o infractor para conocer de viva voz la versión personal de los hechos y los argumentos que pueda ofrecer a su favor, para hacerlos valer ante la autoridad del conocimiento

IV. Asesorar y auxiliar a su defenso en cualquier otra diligencia que sea requerido por la autoridad correspondiente

V. Señalar en actuaciones los lineamientos legales adecuados y conducentes para exculpar, justificar o atenuar la conducta de su representado

VI. Solicitar al Ministerio Público del conocimiento, el no ejercicio de la acción penal para su defenso, cuando no existan datos suficientes para su consignación;

VII. Vigilar que se respeten las garantías individuales de su representación,

VIII. Establecer el nexo necesario con el Defensor de Oficio adscrito al Juzgado, cuando su defenso haya sido consignado, a efecto de que exista uniformidad en el criterio de defensa, y

IX. Las demás que coadyuven a realizar una defensa conforme a derecho, que propicie la impartición de justicia pronta y expedita

Consideramos muy afortunada esta disposición, toda vez que permite

que los indiciados encuentren mayor protección y defensa desde el momento en que están ante el Ministerio Público

No obstante lo anterior, conviene enfatizar que si no se hace la designación del defensor durante la averiguación previa, no existirá violación a la garantía prevista en la fracción IX del artículo 20 constitucional, como lo ha sostenido la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en las siguientes tesis:

"DEFENSOR, FALTA DE. NO PUEDE IMPUTARSELE A LA AUTORIDAD CUANDO SU DESIGNADO DEPENDE DEL ACUSADO. La circunstancia de que en la averiguación previa el acusado no haya tenido defensor, no significa su indefensión, dado que el derecho de designar defensor, atento lo dispuesto en el último párrafo de la fracción IX del artículo 20 constitucional, si no fue ejercitado por su titular no puede imputarsele a la autoridad, esto es, al Ministerio Público, en el que debe presumirse la buena fe".

Séptima Época, Segunda Parte Vol. 63, Pág. 23 - AD 4517/73.- Miguel Ángel Ortiz Mondragón - 5 votos

"DEFENSOR, FALTA DE, EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. NO ES VIOLACIÓN ATRIBUIBLE AL JUZGADOR. Si bien es cierto que la última parte de la fracción IX del artículo 20 constitucional establece que "el acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio", también lo es, que si el acusado no hace uso de ese derecho al ser detenido, la omisión en la designación relativa es atribuible al propio inculcado y no así a las autoridades de instancia, en virtud de que el precepto constitucional, en su parte antes transcrita, se refiere a las diligencias de averiguación previa y no

cuando el acusado ya ha sido consignado ante el juez, en donde el propio artículo citado establece otras reglas".

Séptima Epoca, Segunda Parte Vol. 67, Pág. 20 - AD. 5934/73 - Victor Manuel Santiago Rodríguez y Antonio Martínez Alba. Unanimidad de 4 votos - Vol. 72, Pág. 27 - AD. 5770/74 - Ignacio García Coronado - 5 votos

"DEFENSA. GARANTÍA DEL MOMENTO QUE OPERA. La garantía consagrada en la fracción IX del artículo 20 constitucional se refiere a todo juicio del orden criminal, es decir, al procedimiento judicial, y no a la preparación del ejercicio de la acción penal (averiguaciones previas). Por otra parte, aun cuando el acusado no haya tenido defensor al rendir sus declaraciones ministeriales, tal omisión es imputable a él, si no existe constancia que demuestre que desde el momento de su detención se le coartara su derecho a designarlo, por tanto, la violación que en este sentido se reclame, no puede atribuirse a la autoridad jurisdiccional, si se acató lo dispuesto por el invocado artículo 20, fracción IX, del Pacto Federal, dándose a conocer al acusado, en la diligencia en que rindiera su declaración preparatoria, la garantía, de advertirse que expresamente designó su defensor".

Séptima Epoca, Segunda Parte Vol. 72, Pág. 27 - AD. 3743/74 - José Luis Rivera Velázquez - Unanimidad de 4 votos

En materia federal la designación del defensor durante la averiguación previa también ha sido regulada, inclusive señalando algunas facultades del defensor en relación con el ofrecimiento de pruebas, pero en virtud de que esto ha motivado algunos problemas y debido a su importancia, lo estudiaremos más adelante. Antes puntualizaremos lo



relativo a la designación del defensor en el momento de rendirse la declaración preparatoria.

## 5. AL RENDIR LA DECLARACION PREPARATORIA.

Ya dijimos que la designación del defensor de oficio al momento de rendirse la declaración preparatoria es requisito fundamental para que se de pleno cumplimiento a la garantía constitucional consagrada en el artículo 20, fracción IX, de nuestra Carta Magna.

En relación con esto se ha discutido si la designación debe ser hecha antes de rendirse la declaración preparatoria o después. Discusión que ha sido motivada por el artículo 294 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que dice: "Terminada la declaración u obtenida la manifestación del detenido de que no desea declarar, el juez nombrará al acusado un defensor de oficio, cuando proceda, de acuerdo con la fracción III del artículo 290".

Al respecto, Colín Sánchez ha dicho que "la observancia de este precepto en la forma indicada, contraria gravemente el espíritu del Constituyente de 1917, porque, para no colocar al sujeto en estado de indefensión, el nombramiento de defensor debe hacerse antes que rinda su declaración, y no después" (8).

(8) Colín Sánchez, op. cit., pag. 164

Por su parte Pérez Palma al comentar el mismo artículo ha dicho que "la redacción del precepto es defectuosa porque da a entender que la designación de defensor particular habrá de ser previa o anterior a la declaración preparatoria y el de oficio posterior a ese acto, circunstancia ésta, que ni es cierta, ni debida

Lo esencial, lo que del precepto se debe desprender, es que la defensa es obligatoria, aun en contra de la voluntad del acusado. Esto da lugar a que en la teoría del procedimiento penal se haya elaborado el principio de la obligatoriedad en la defensa". (9)

Este mismo autor ha expresado con acierto que la designación del defensor no solo puede, sino debe hacerse con anterioridad al momento en que se toma al acusado su declaración preparatoria.

Consideramos correcto este criterio, pues lo contrario, es decir, hacer la designación del defensor de oficio después de la declaración preparatoria si implicaría violación a la garantía contenida en la fracción IX, del artículo 20 constitucional.

Existe una excepción en la cual no hay tal violación de garantías a pesar de no hacerse la designación del defensor al rendirse la declaración preparatoria, y es cuando el acusado no se niega a nombrar un defensor, sólo se reserva este derecho. En tal caso el juez no está obligado ni facultado para nombrar al defensor de oficio. Este criterio ha sido sostenido por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente tesis que dice:

(9) Pérez Palma, op cit., pag 280

"DEFENSA, DERECHO DE. Conforme a la fracción IX del artículo 20 constitucional, en todo juicio del orden criminal, el acusado tendrá, entre otras, la garantía de que se le oiga en defensa de sí, o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que le convenga, si el quejoso no quiere nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez nombrará uno de oficio. Conforme a este precepto, el único caso en que el juez o autoridad que conozca de la causa, debe nombrar al acusado, defensor que lo patrocine, es cuando se niegue a hacerlo, después de ser requerido para ese efecto, al rendir su declaración preparatoria, más cuando el acusado no se niega a nombrar defensor que lo patrocine, sino que se reserva el derecho de nombrarlo dentro del término legal, lo cual no entraña una negativa acerca del nombramiento, es indudable que la autoridad no está obligada a nombrar defensor al quejoso, en los términos del repetido precepto, y ni siquiera tiene la facultad de hacerlo"

Tomo XXIX, Pág. 11160 - Amparo penal en revisión 2153/28 - Felipe J. Machado - 24 de julio de 1930. - Unanimidad de 3 votos

Fuera de este caso, si no se hace la designación del defensor de oficio antes de rendirse la declaración preparatoria, es evidente que se estaría violando la garantía constitucional que el acusado tiene en este sentido.

## 6. PROBLEMÁTICA DEL OFRECIMIENTO DE PRUEBAS DENTRO DEL TÉRMINO CONSTITUCIONAL.

En materia federal se ha regulado más lo relativo al ofrecimiento de pruebas que puede hacer el inculpado o su defensor.

En primer lugar, el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, señala en su último párrafo que "Desde el momento en que se determine la detención el Ministerio Público hará saber al detenido la imputación que se le hace y el derecho que tiene para designar persona que lo defienda, dejando constancia de esta notificación en las actuaciones. El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor oportunamente aporten dentro de la averiguación previa y para los fines de esta, que se tomarán en cuenta, como legalmente corresponda, en el acto de consignación o de liberación del detenido, en su caso. Cuando no sea posible el pleno desahogo de pruebas de la defensa, se reservarán los derechos de ésta para ofrecerlas ante la autoridad judicial, y el Ministerio Público hará la consignación si están satisfechos los requisitos para el ejercicio de la acción".

Esta disposición contiene dos aspectos fundamentales: por un lado lo referente a la designación del defensor durante la averiguación previa; por el otro el derecho a ofrecer pruebas dentro de esa etapa.

Comentando estos dos aspectos Colín Sánchez dice que el derecho previsto por esta disposición "no se opone, de ninguna manera a la garantía establecida (para el proceso) por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el precepto correspondiente. Además, ya

era tiempo que la vaciedad imperante respecto a la designación de defensor en la averiguación previa fuera resuelta en la forma amplia en que está redacta. Lo único que a nuestro juicio, propicia franco margen para hacer nugatoria la actuación, tanto del indiciado como de su defensor, es la facultad otorgada al Ministerio Público para decidir que, "cuando no sea posible el pleno desahogo de las pruebas de la defensa, se reserven los derechos de ésta para ofrecerlas ante la autoridad judicial", porque atendiendo a nuestra realidad, mucho tenemos que eso se convierta en un estribillo que, tal vez se invoque con una frecuencia tan marcada que, por eso mismo se convierta en costumbre, mala, aunque si inveterada.

Suponemos que cuando el "desahogo pleno" de dichas pruebas no sea posible, el Ministerio Público habrá de razonar y fundar su posición jurídica, pero aún así, tal determinación no deja de corresponder a un subjetivismo que puede servir como medio para la parcialidad y la prepotencia del representante del interés social en la persecución de los delitos". (10)

Consideramos acertada la crítica que se hace en el sentido de que el Ministerio Público al no desahogar las pruebas del defensor durante la averiguación previa se base en aspectos subjetivos que en todo caso deben ser eliminados por la ley.

No obstante, otra disposición del ordenamiento legal antes citado viene a solucionar los problemas que originaba el ofrecimiento de pruebas

(10) Collin Sánchez, op. cit., págs. 184 y 185.

dentro del término constitucional de 72 horas, mismo que por ser tan breve impedía en muchos de los casos una acertada defensa.

En efecto, el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales indica en sus partes conducentes que "Dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que el inculcado quede a disposición del juez, se dictará el auto de formal prisión cuando de lo actuado aparezcan acreditados los siguientes requisitos: "El plazo al que se refiere el primer párrafo de este artículo se duplicará cuando lo solicite el inculcado por escrito, por sí o por conducto de su defensor, al rendir declaración preparatoria, por convenirle dicha ampliación del plazo con el objeto de recabar elementos que deba someter al conocimiento del juez para que éste resuelva sobre su situación jurídica. El Ministerio Público no puede solicitar dicha prórroga ni el juez resolverla de oficio, aun cuando, mientras corre el periodo de ampliación, aquél puede, sólo en relación con las pruebas o alegaciones que propusiera el inculcado o su defensor, hacer las promociones correspondientes al interés social que representa".

Destacando lo acertado de esta disposición, García Ramírez dice que "el plazo de setenta y dos horas, excesivamente breve, solía causar más perjuicios que beneficios al inculcado, privándolo de la posibilidad real de ejercer una defensa eficaz. Esto, sobre todo en los casos, no frecuentes, de que el juzgador, agobiado por la recepción de voluminosos expedientes y numerosos imputados, se viera materialmente impedido de recibir, dentro de tan corto tiempo, pruebas de descargo que pudiese aportar el imputado. Así, sobrevenia el auto de formal prisión y las defensas quedaban para el curso de la instrucción, mientras el presunto

responsable continuaba, bajo este título, recluido en prisión preventiva.

Se trata, en esencia, de mejorar la posición procesal del inculpado, esto es, de ampliar en su favor la garantía de plazo que prevé el artículo 19 C. De ahí que la ampliación se encuentre, válidamente, en una ley secundaria. Para mejor definición de este propósito (y esta naturaleza) de la posibilidad de duplicar el plazo, queda establecido que sólo ocurrirá a solicitud expresa y escrita del inculpado, por sí o por su defensor, no, pues, por pedimento del MP o acuerdo oficioso del juez.

En cuanto se trata de una facultad dispositiva del inculpado, consecuencia de su derecho constitucional, el juez no podrá, en nuestro concepto, negar la extensión del plazo, aun cuando no la considere necesaria. Sólo el inculpado resuelve sobre su conveniencia procesal, en materia de defensa" (11)

Consideramos que efectivamente con esa disposición se resuelven los problemas que el inculpado o su defensor tenían en cuanto al ofrecimiento de pruebas dentro del término constitucional de setenta y dos horas.

Desafortunadamente no existe la misma disposición en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, consecuentemente, subsisten en nuestro medio los problemas que representa el breve plazo de setenta y dos horas para ofrecer pruebas, razón por la cual estimamos que para solucionarlos debe existir una disposición similar en este

(11) García Ramírez, *op. cit.*, pag. 342

ordenamiento, por la cual se amplie dicho plazo para que el inculpado y su defensor esten en posibilidad de ofrecer las pruebas que brinden mayor defensa y con ello un goce más completo de las garantías que consagran los artículos 19 y 20 constitucionales, especialmente lo que se refiere al derecho de defensa que tiene el acusado.



## CAPITULO V

### LIBERTAD CAUCIONAL

#### I. INSTITUTOS DEL DERECHO A LA LIBERTAD PROVISIONAL.

En terminos generales la libertad provisional es un medio por el cual se trata de evitar la prisi3n preventiva siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos determinados por la ley.

Sergio Garcia Ramirez cita a varios autores que definen la libertad provisional, entre ellos destacamos a los siguientes "Al decir de Gonz1lez Bustamante, es 'la libertad que con car1cter temporal se concede a un detenido por el tiempo que dure la tramitaci3n del proceso, previa la satisfacci3n de determinadas condiciones estatuidas en la ley'. Seg1n Pi1a y Palacios es 'el medio que permite obtener la libertad entre tanto se pronuncia sentencia definitiva en un proceso, mediante el empleo de una garant1a que evita la sustracci3n a la acci3n de la justicia'. A su vez, Jim1nez Asenjo define a la libertad provisional como 'la situaci3n personal en que se condiciona el disfrute de la libertad natural de un reo, expreso o presunto, al cumplimiento de una determinada conducta personal' ". (1)

De los anteriores conceptos podemos destacar tres elementos que caracterizan a la libertad provisional, y son: 1) es una libertad de car1cter temporal, 2) surte efectos hasta que se pronuncia la sentencia definitiva,

(1) Garcia Ramirez, op. cit., pag. 585

y, 3) deben cumplirse ciertos requisitos para que pueda otorgarse este beneficio a favor del procesado

Dichos requisitos cambian según se trate de los diversos institutos del derecho a la libertad provisional. Esto nos lleva a considerar las tres formas de libertad provisional que pueden darse en la secuela del procedimiento penal, ya sea dentro del periodo administrativo que precede al proceso primordialmente dicho, o bien, durante el curso del proceso mismo. La primera forma es la llamada libertad previa; la otra es la libertad caucional, y finalmente, la libertad bajo protesta. Nos referiremos brevemente a esta última, para después desarrollar lo concerniente a la libertad caucional que es fundamentalmente el contenido de este capítulo.

Collin Sánchez dice que "la libertad bajo protesta, también llamada 'protestatoria', es un derecho otorgado (por las leyes adjetivas) al procesado, acusado o sentenciado por una conducta o hecho, cuya sanción es muy leve, para que, previa satisfacción de ciertos requisitos legales y mediante una garantía de carácter moral, obtenga su libertad provisional" (2)

Aclara el autor citado que la libertad provisional bajo protesta no es una garantía consagrada por la Constitución Política, sino que es un derecho establecido a favor del procesado por las normas legales del procedimiento, en donde no se requiera satisfacer algún requisito de tipo económico, como en la libertad caucional, sino que basta "la palabra de

(2) Collin Sánchez, op. cit., pag. 526.

honor del procesado", la cual junto con otros requisitos hacen que esta clase de libertad provisional sea un derecho potestativo para el beneficiario, y en todo caso el juez está obligado a concederla, siempre y cuando se satisfagan los requisitos legales, contenidos en los artículos 552 y 553 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que dicen

"Art. 552.- Libertad protestatoria es la que se concede al procesado siempre que se llenen los requisitos siguientes

- I. Que el acusado tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en que se siga el proceso;
- II. Que su residencia en dicho lugar sea de un año cuando menos;
- III. Que a juicio del juez, no haya temor de que fugue;
- IV. Que proteste presentarse ante el tribunal o juez que conozca de su causa, siempre que se le ordene,
- V. Que sea la primera vez que delinque el inculcado, y
- VI. Que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión"

"Art. 53.- La libertad protestatoria se concede siempre, bajo la condición de que el agraciado desempeñe algún trabajo honesto".

Como se puede apreciar, mediante la libertad bajo protesta se pretende conceder el beneficio de la libertad provisional a todos aquellos que hayan cometido delitos leves "cuya pena no exceda de dos años de prisión"

Por esta razón se llega a conceder esta libertad, aun cuando no se satisfagan los requisitos antes anotados, en dos casos: a) cuando la prisión preventiva ha igualado ya el máximo de la pena legal fijada al

delito de que se trate, y, b) cuando se ha cumplido la condena recaída en primera instancia y se encuentra pendiente el recurso de apelación (art. 555 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Ahora bien, por lo que se refiere a la libertad caucional o bajo caución, tenemos que ésta puede darse durante la averiguación previa o durante el proceso. Antes de ver estas dos formas de libertad provisional, daremos algunos conceptos generales para una mayor comprensión del tema.

Para Collin Sánchez "la libertad bajo caución, es el derecho otorgado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a toda persona sujeta a un procedimiento penal, para que, previa satisfacción de los requisitos especificados por la ley, pueda obtener el goce de su libertad, siempre y cuando el término medio aritmético de la pena no exceda de cinco años de prisión" (3).

En cuanto a la terminología empleada para esta clase de libertad provisional, Pérez Palma comenta lo siguiente: "Gramaticalmente la caución es la garantía que alguien otorga para dejar a otro exento de alguna obligación legal, la seguridad que se da para que se cumpla con lo pactado, con lo prevenido o con lo mandado. Y la fianza, sea que se otorgue en efectivo o por tercera persona, es simplemente una de tantas maneras de otorgar una caución. De aquí que con razón se haya dicho que, en tanto la caución es el género, la fianza es la especie

En nuestros tribunales es costumbre ya establecida la de llamar caución a los depósitos hechos en dinero en efectivo para garantizar una

(3) Collin Sánchez, op. cit., pag. 520

libertad bajo fianza, en cambio, por fianza se entiende aquella que otorgan las compañías afianzadoras u otras personas con el mismo propósito" (4)

Por su parte, García Ramírez nos habla de la justificación y procedencia de esta forma de libertad provisional, comentando al respecto que "la libertad caucional arranca del supuesto de que el delincuente, habida cuenta de sus circunstancias personales, de la gravedad del delito cometido, de la penalidad que a éste corresponde y del temor de perder la garantía, no se sustraerá la acción de la justicia. Ahora bien, la consideración de estos elementos puede quedar confiada al juez, en mayor o menor medida, o vincularse a una valoración prejudicial, legislativa, que se traduzca en norma de imperio para el juzgador, concediendo o negando de plano la libertad caucional en presencia de determinados datos objetivos" (5)

Con los anteriores datos se puede deducir fácilmente que la libertad caucional es una garantía individual consagrada por la fracción I del artículo 20 constitucional, y concede el beneficio de la libertad provisional bajo ciertos requisitos, entre los que necesariamente debe haber el otorgamiento de una garantía

Ahora bien, de acuerdo con nuestra legislación vigente puede hablarse de una libertad caucional durante la averiguación previa y libertad caucional durante el proceso, que es la más conocida y que está regulada

(4) Pérez Palma, op. cit., pag. 405

(5) García Ramírez, op. cit., pag. 586

en los artículos 556 y 574 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de los cuales el primero de esos preceptos señala los requisitos para su procedencia. Concretamente dice esta disposición lo siguiente:

"Art. 556.- Todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, si no excede de cinco años el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito imputado, incluyendo sus modalidades. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor.

En los casos en que la pena del delito imputado rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión, y no se trate de delitos señalados en el siguiente párrafo de este artículo, el juzgador concederá la libertad provisional en resolución fundada y motivada, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

- I. Que se garantice debidamente, a juicio de juez, la reparación del daño,
- II. Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social;
- III. Que no exista riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y
- IV. Que no se trate de personas que por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadirán la acción de la justicia"

Por su parte el artículo 560 del mismo ordenamiento legal se refiere al monto de la caución, pero debido a la problemática que de él surge lo comentaremos en el inciso siguiente, junto con otras cuestiones que

también implican problemas. Lo que si debemos tratar aquí es la libertad cautelar dentro de la averiguación previa.

Al respecto García Ramírez dice: "Una nueva forma de libertad cautelar, caucionada, fue introducida por la reforma de 1971 al Código Distrital de Procedimientos Penales: la libertad previa. Esta liberación, que significó un gran adelanto en el procedimiento penal mexicano, con benéficas y amplias consecuencias prácticas, ofrece la singularidad de que su otorgamiento compete al Ministerio Público, esto es, se otorga en fase de averiguación previa al tenor del artículo 271, según fue adicionado entonces. Se trató aquí de afrontar, desde cierta vertiente, los problemas causados por la moderna y extendida delincuencia culposa con motivo del tránsito de vehículos. No había en la especie, como bien se advierte, una criminalidad peligrosa que ameritase regímenes cautelares rigurosos". (6)

El mismo autor citado comenta que esta forma de liberación se puso en manos del Ministerio Público, siempre que el infractor otorgue garantía que asegure el pago de la reparación de daño y si no incurria en abandono del lesionado.

Muchas son las críticas que se han hecho a este tipo de libertad, para apreciar su alcance conviene reproducir los párrafos del artículo 271 del Código de Procedimientos Penales que la contienen en los siguientes términos: "Cuando se trate de delito no intencional o culposo, exclusivamente, y siempre que no se abandone al ofendido, el Ministerio

(6) García Ramírez, op cit., pág. 611

Público dispondrá la libertad del inculpado, sin perjuicio de solicitar su arraigo, si éste garantiza mediante caución suficiente que fije el Ministerio Público, no sustraerse a la acción de la justicia, así como el pago de la reparación de los daños y perjuicios que pudieran serle exigidos. Igual acuerdo se adoptará, sin necesidad de caución y sin perjuicio de pedir el arraigo correspondiente, cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad.

El Ministerio Público fijará de inmediato la garantía correspondiente con los elementos existentes en la averiguación previa, una vez que le sea solicitada la libertad del presunto responsable.

El Procurador determinará mediante disposiciones de carácter general el monto de la caución aplicable en los casos de lesiones y homicidios por imprudencia con motivo del tránsito de vehículos y en aquéllos en que con estos delitos concurren otros en que sea procedente la libertad caucional.

Cuando el Ministerio Público deje libre el presunto responsable lo prevendrá para que comparezca ante el mismo para la práctica de diligencias de averiguación, en su caso y concluida ésta ante el juez a quien se consigne la averiguación previa quien ordenará su presentación y si no comparece ordenará su aprehensión, previa solicitud del Ministerio Público mandando hacer efectiva la garantía otorgada.

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

La garantía se cancelará y en su caso se devolverá cuando se resuelva el no ejercicio de la acción penal o una vez que se haya presentado el presunto responsable ante el juez de la causa y éste acuerde la devolución.



Uno de los autores que ha criticado esta forma de libertad caucional es Colín Sánchez, quien ha dicho que "semejante facultad no deja de entrañar graves peligros, sobre todo, en un medio como el nuestro, en donde el Ministerio Público goza de facultades amplísimas, a grado tal, que se ha venido a convertir en el factotum del procedimiento penal. Todo el mundo está consciente de que ésta nueva atribución, representa un elemento más, para consolidar abusos, exacciones económicas y desvío de poder, que han sido características del Ministerio Público en México. Por otra parte, adviértase que, en el Código de Procedimientos Penales, vigente en el Estado de México, desde hace tiempo, se introdujo esa innovación, cuyas consecuencias han sido la inmoralidad y el abuso sin límites, por parte de los 'representantes sociales'.

No ignoramos que sólo en determinados casos puede actuar el Ministerio Público en la forma indicada; empero, es pertinente preguntarnos ¿por qué si la medida es tan saludable no se autorizó su aplicación para todos aquellos delitos en que, atendiendo a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, también procede el beneficio de la libertad bajo caución?

No dudamos que el Ministerio Público aceptará la caución sólo en los casos fijados por el legislador, mismos que resultan en apariencia menos graves por tratarse de delitos culposos, sin embargo, semejante apreciación es totalmente subjetiva

La reforma de que nos ocupamos es hasta cierto punto, sectarista y discriminatoria, pues si, como argumenta González Bustamante, existe amplitud de criterio en la mayor parte de las legislaciones procesales en materia de libertad provisional, por ende, las tantas veces mencionada

reforma debió haberse hecho de manera integral, para que en estas condiciones, hasta cierto punto alcanzara justificación". (7)

Sin duda la crítica más severa que se ha hecho a la libertad caucional, previa ante el Ministerio Público, es en cuanto a su constitucionalidad, pues hay quienes, como Colín Sánchez, que dicen que es una facultad inconstitucional.

Aclarando esto último, García Ramírez dice que "es claro que esta libertad, a la que hemos llamado 'previa ante el Ministerio Público', atendiendo para semejante denominación tanto a su naturaleza como a la autoridad que la concede, es distinta e independiente de la que previene la fracción I del artículo 20 C. De aquí no se sigue, ciertamente, su inconstitucionalidad, como se ha creído observar en las normas precursoras que al respecto contienen el Derecho del Estado de México. Y no la hay, porque si bien es cierto que el artículo 20 habla sólo del otorgamiento de libertad por el juez, también lo es que dicho texto consagra una garantía mínima, incomprensible, mas no un tope máximo a los derechos del inculpado. De ahí, entonces, que la ley secundaria proceda acertadamente al ampliar las prevenciones favorables a este sujeto" (8)

En lo personal, considero que efectivamente no puede tratarse de una facultad inconstitucional, no obstante si es criticable el hecho de que se estén ampliando las facultades otorgadas al Ministerio Público, sobre el

(7) Colín Sánchez, op. cit., pág. 523 y 524

(8) García Ramírez, op. cit., pág. 613.

tema en particular estimo que lo correcto sería que esta facultad tuviera ciertas limitaciones que impidan los constantes abusos de los representantes sociales, lo que se lograría a través de una intervención más directa del órgano jurisdiccional como supervisor.

Pero los mayores problemas de la libertad caucional son los que se dan dentro del proceso, como se vera a continuación.

## 2. PROBLEMÁTICA DE LAS CALIFICATIVAS EN EL DERECHO A LA LIBERTAD PROVISIONAL.

Son varios los problemas que se han señalado en relación con la libertad caucional, algunos de ellos se han desprendido de la redacción actual de la fracción I, del artículo 20 constitucional. Para comentarios transcribimos primero esta disposición.

"Art. 20 - En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación.

La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción

durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito.

Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o los daños y perjuicios patrimoniales causados.

Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales, y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores".

El primer problema que surge es el relativo a que para calcular el término medio aritmético deben incluirse las modalidades del delito. Al respecto Rivera Silva expone tres puntos, que son "1o. Si la palabra 'modalidad' tiene la connotación gramatical 'de modo de ser o manifestarse una cosa', resulta indiscutible el tener presentes las situaciones agravadoras de la pena señalada al delito genérico, con las cuales es posible, al aumentarse la sanción, que el término medio aritmético rebase los cinco años y por ende ser improcedente la libertad provisional bajo caución, más si como sostienen varios procesalistas las modalidades en su acepción 1-2 bis técnica siempre disminuye la pena indicada en el delito genérico (así como las calificativas invariablemente la agravan), esas modalidades jamás podrían llevar a la negativa de la

concesión de la libertad provisional bajo caución por haber bajado la penalidad. Sin embargo, estimamos que con la expresión modalidades contenidas en la reforma el legislador se propuso el que se considerara la elevación de la pena para determinar si con dicha elevación se pasaban los cinco años del término medio aritmético y en consecuencia negar la libertad caucional;

2o. Las modalidades como causas que agravan o disminuyen la penalidad son invariablemente motivos de sentencia y no de una apreciación hecha por el juez antes de esta y con la cual (la apreciación) propiamente estaría resolviendo en definitiva (consultar capítulo sobre características de la sentencia, y

3o. Si la apreciación de las modalidades se lleva a cabo antes del auto de formal prisión o sujeción a proceso (como cuando la libertad provisional se solicita dentro de las setenta y dos horas), se destruye toda la doctrina de la etapa de preparación del proceso cuya finalidad exclusivamente es comprobar el cuerpo del delito y la posible responsabilidad, sin con ello desconocer que en el auto de formal prisión se precisan con minuciosidad los hechos por los cuales se va a seguir el proceso, señalamiento que a su vez servirá a la defensa para enterarse de lo imputado al reo y poder esgrimir lo correspondiente a su situación". (9)

Lo anterior deja claro que es criticable el que se incluyan las modalidades del delito para calcular el término medio aritmético, ya que efectivamente se estaría prejuzgando sobre la penalidad aplicable al

(9) Rivera Silva, *op. cit.*, págs. 361 y 362

procesado lo cual no es correcto.

Otro de los problemas que surgen es el relacionado con la fijación de la caución. Sabemos que por mandado constitucional corresponde al juez,

pero aquí entra un elemento subjetivo, pues aun cuando el monto se debe fijar tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 560 del Código de Procedimientos Penales, lo cierto es que hay un elemento subjetivo en todo esto.

El precepto antes invocado textualmente dice "El monto de la caución se fijará por el juez, quien tomará en consideración:

- I. Los antecedentes del inculcado,
- II. La gravedad y circunstancias del delito o de los delitos imputados,
- III. El mayor o menor interés que pueda tener el acusado en substraerse a la acción de la justicia,
- IV. Las condiciones económicas del acusado, y
- V. La naturaleza de la garantía que se ofrezca

Cuando el delito represente un beneficio económico para su autor, o cause a la víctima un daño patrimonial, la garantía será necesariamente, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido y perjuicio causado y quedará sujeta a la reparación del daño y perjuicio que, en su caso, se resuelva".

Rafael Pérez Palma advierte claramente el elemento subjetivo que aquí se contiene, y comenta acertadamente "ese elemento subjetivo está previsto y regulado en el Art 560, de manera que el juez, al conceder el beneficio de la libertad provisional bajo de fianza, habrá de tomar en consideración, los antecedentes del inculcado, la gravedad y

circunstancias del delito, en mayor o menor interés que pueda tener el acusado en sustraerse a la acción de la justicia, sus condiciones económicas y la naturaleza de la garantía que ofrezca.

Como la concesión de la libertad debe ser 'inmediata', el juez, generalmente, carecerá de elementos de juicio: ignorará los antecedentes del imputado, el grado de interés que tenga en sustraerse a la acción de la justicia o sus condiciones económicas y lo único que podrá advertir, a través de la consignación, será la gravedad del delito y de sus circunstancias de ejecución, en la práctica y de hecho, esta es la única base que existe para fijar el monto de la fianza o de la caución". (10)

Por lo tanto, es común que los jueces fijen la caución sin tener en cuenta las exigencias legales, por ello, a los procesados por un mismo delito les señalan el mismo monto sin considerar la diversa situación económica de cada uno de ellos, así, fijan cauciones iguales que bien podrían, y deben ser distintas según la situación de cada inculcado.

Lo más criticable en esta cuestión se encuentra en la parte final del artículo que se comenta. Artista Bas lo ha señalado al decir que "el artículo 560 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal expresa los índices de valuación que el juez deberá tener en cuenta para fijar la caución. Ahora bien, los párrafos finales de dicho artículo y del artículo 402 del Código Federal de Procedimientos Penales, ambos reformados, agregan que "cuando el delito represente un beneficio económico para su autor o cause a la víctima un daño patrimonial

(10) Pérez Palma, *op. cit.*, pag. 426

la garantía será necesariamente, cuando menos, tres veces mayor al beneficio objetivo o al daño perjuicio causado, y quedará sujeta a la reparación del daño que, en su caso, se resuelva, norma esta última anticonstitucional a nuestro juicio, pues pensamos que en los términos del artículo 20, fracción I, de la Constitución Política, la caución garantiza, única y exclusivamente, la libertad del sujeto de imputación". (11)

Estimamos incorrecta esta postura, es decir, no existe tal anticonstitucionalidad en el hecho de que se garantice el pago de los daños y perjuicios causados a la víctima, antes bien esto constituía una deficiencia que el original artículo 20 constitucional reportaba, según ya lo había anotado, Pérez Palma, por esa razón comentó que "uno de los defectos más graves, en nuestro concepto, del texto original, defecto que conserva el precepto vigente, y del que se ha ocupado Javier Piña Palacios, consiste en que se atiende, de manera exclusiva, al beneficio de la persona del delincuente, con total desprecio o ignorancia del daño moral o material causado a la víctima del delito, o de sus deudos o de las condiciones económicas del sujeto pasivo. En otras palabras, la libertad provisional está de tal manera concebida, que se traduce en una protección para el transgresor de la ley, sin que importen ni gastos, ni las condiciones económicas, ni perjuicios, ni nada que sea protección a la víctima. En este sentido, la ley es parcial e injusta. Aparece fundada en razones de carácter histórico, en reminiscencias, carentes de

(11) Arilla, Bas op cit., pag. 188



sentido social". (12)

Es acertado entonces que se proteja también la situación de la víctima, que ha llegado a sufrir daños con la comisión del delito.

Finalmente, se ha criticado el que se le de a la libertad caucional el carácter de incidente, pues así el Distrito Federal Marco Antonio Díaz de León ha dicho que "el incidente que nos ocupa es inconstitucional, pues la precitada fracción I del artículo 20 constitucional señala, expresamente, que el inculpado "será puesto en libertad provisional bajo caución inmediatamente que lo solicite", es decir, sin incidente y sin que medie, entre la solicitud y la resolución favorable del juez que le recaiga, ningún otro acto procesal, como lo sería el dar vista al Ministerio Público con la referida solicitud.

Por tales motivos, debe derogarse del C.P.P. este incidente y establecer, en su lugar, un capítulo que reglamente el otorgamiento de este derecho fundamental y que señale los requisitos de forma a que se sujete su tramitación". (13)

Consideramos acertada esta crítica, por lo que es conveniente que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal fuera reformado en el sentido de que la libertad caucional no estuviera regulada en la sección de "incidentes", sino en un capítulo especial.

Para complementar lo relativo a la libertad caucional es necesario considerar el criterio jurisdiccional sobre este tema, para tal efecto

(12) Pérez Palma, op cit, pag 424

(13) Díaz de León, op cit, pag 812

transcribimos las siguientes tesis:

"Libertad Caucional.- La facultad de concederla, se ejercita bajo la responsabilidad del juez que la usa, y no tiene otro limite que el que de acuerdo con las circunstancias, se imponga a un criterio racional debiendo determinar el juez, concretamente, las providencias que estime necesarias, y, bajo su responsabilidad, suficientes, para asegurar la persona del procesado".

"Libertad Caucional. El articulo 20 constitucional consigna que es una garantia individual para toda persona sujeta al procedimiento criminal, el que, inmediatamente que lo solicite, dicha persona, sea puesta en libertad bajo fianza, cuando se trate de un delito cuya pena no sea mayor de cinco años y sin tener que sustanciarse incidente alguno". (14)

(14) Tesis citadas por Diaz de Leon, op cit., pag 813.

# CAPITULO VI

## AUTO DE FORMAL PRISION

### I. REQUISITOS MEDULARES.

El auto de formal prisión es una de las resoluciones de la autoridad judicial mas importantes, ya que establece y justifica el procesamiento del presunto responsable. Además, constituye una garantía individual consagrada en el artículo 19 constitucional en los siguientes términos:

"Art. 19 - Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresará el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquel; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención, o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten.

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

Vemos entonces que el fundamento principal del auto de formal prisión se encuentra en la Constitución Política, pero también el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal contiene varias disposiciones referentes al auto de formal prisión, dentro de las cuales

destaca el artículo 297 que señala los requisitos que deben reunir esta resolución.

Con apoyo en dichas bases legales, Guillermo Colin Sánchez define al auto de formal prisión diciendo lo siguiente "De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 19 constitucional y las leyes adjetivas, Federal y del Distrito, el auto de formal prisión es la resolución pronunciada por el juez, para resolver la situación jurídica del procesado al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, por estar comprobados los elementos integrantes del cuerpo de un delito que merezca pena corporal y los datos suficientes para presumir la responsabilidad; siempre y cuando, no esté probada a favor del procesado una causa de justificación, o que extinga la acción penal, para así determinar el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso" (1)

De la anterior definición, y ante todo, de las disposiciones legales anteriormente invocadas se deduce que son dos elementos o requisitos medulares del auto de formal prisión, a saber, que esté comprobado el cuerpo del delito, así como los datos sobre la probable responsabilidad del procesado.

Antes de entrar plenamente al estudio de estos requisitos conviene destacar los comentarios que hace Andrés Iglesias sobre el artículo 19 constitucional, del cual se derivan básicamente dichos requisitos, que son vistos en este caso como garantías individuales del procesado.

Al respecto dice el autor mencionado que "lo más importante de este

(1) Colin Sánchez, Guillermo, op. cit., p. 290

precepto constitucional es que garantiza plenamente que ninguna persona podrá ser arrestada por más de tres días sin que sea plenamente justificada por una resolución judicial llamada auto de formal prisión. El juez que dicte esta resolución expresará claramente el delito que se le ha imputado al acusado, los elementos constitutivos del mismo y las circunstancias de ejecución, debiendo señalar claramente los datos que arroja la averiguación previa elaborada por el órgano del Ministerio Público, y que a juicio de la autoridad judicial deben ser bastantes para tener por comprobado el cuerpo del delito del que se acusa al detenido, y hacer probable la responsabilidad del mismo. De igual manera, asegura esta garantía constitucional que el proceso que se seguirá inmediatamente después a que se dicte el auto de formal prisión, en los términos ya señalados, será exclusiva y forzosamente por el delito o delitos señalados en dicho dictamen" (2)

Sin duda alguna, el auto de formal prisión reviste gran importancia como garantía individual, requiriéndose para poder afectar la situación de los inculcados, que se compruebe el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, estos representan los requisitos medulares del auto de formal prisión y procederemos a estudiarlos por separado.

Para entender lo relativo a la comprobación del cuerpo del delito es necesario primeramente saber que es el cuerpo del delito. Sobre este tema ha habido mucha confusión pues algunos identifican el cuerpo del

(2) Iglesias, Andrés. Comentario jurídico al artículo 19 constitucional en Nuestra Constitución, Cuaderno No. 9, publicación Mexicana, México, 1990, pp. 114 y 115.

delito con los objetos materiales que se emplearon para la realización de la conducta delictiva, otros lo asemejan con el delito legal o tipo penal

Sergio Garcia Ramirez expone algunos de esos criterios que han surgido en torno al cuerpo del delito diciendo "Entre los autores clásicos, Bentham sostiene que el cuerpo del delito es el estado de la cosa que ha sido objeto del delito. Esto comprende no solamente las cosas propiamente dichas, sino también las personas, en cuanto pertenecen a la categoría de las cosas, es decir, a su estado físico, independientemente de las facultades intelectuales, como en el caso de marcas producidas por enfermedad o por violencia externa". Con este concepto coinciden, en esencial, algunos autores recientes. Así, Chiosone expone que "el cuerpo del delito no es otra cosa que el hecho mismo, o sea el tipo-transgresión. Así, en el homicidio, el cuerpo del delito es la persona muerta por la acción u omisión voluntaria de alguien, o sea, el sujeto activo".

El antiguo criminalista Valdes escribe que el corpus criminis consiste en "la cosa en que, o con que se ha cometido el delito. Es la base principal de todo procedimiento criminal, porque no pudiendo haber efectos, sin causas, no puede haber delito sin cuerpo que lo constituya". A la identificación entre cuerpo del delito y tipicidad de la conducta se afilia Zavala Baquerizo, al sostener que "el cuerpo del delito está dado por la adecuación del acto a un tipo penal, o, si se quiere en forma más concreta, es el precioso y adecuado ensamblamiento de un acto en una figura del delito, en un tiempo y espacio determinado".

No obstante el alzado valor del concepto que ahora nos ocupa, ha mediado gran confusión en torno al mismo. Efectivamente, suele

asociarse de demasado, hasta casi confundirlo o confundirlo de plano, con las ideas de corpus instrumentorum y de huellas. Sin embargo, éstas son, simplemente, los vestigios que deja la perpetración del crimen, mientras que el instrumento del mismo es el objeto con el que éste aparece cometido" (3).

Actualmente, la mayoría de los autores, especialmente mexicanos, están de acuerdo en que el cuerpo de delito es el conjunto de los elementos del tipo, incluyendo los objetivos, subjetivos y normativos, de tal manera que el cuerpo del delito existe cuando se hallan debidamente integrados tales elementos.

Esta concepción del cuerpo del delito se desprende más claramente de nuestra legislación procesal penal, que mediante reformas al artículo 122 del Código de procedimientos penales para el Distrito Federal se precisó no solo el concepto de cuerpo del delito, sino también lo relativo a su comprobación. Dichas reformas se efectuaron en el año de 1983 y dejaron al artículo invocado en los siguientes términos:

"Art. 122 - El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto proviene este código"

Del anterior precepto resultan dos conceptos muy importantes, que son: integración de los elementos de la conducta delictiva y comprobación

(3) García Ramírez, Sergio - op cit., p. 467

del cuerpo del delito. Si se da la primera (integración) entonces podrá darse la comprobación.

En efecto, la integración significa componer un todo con sus partes, en este caso es ver que se cumplan todos los elementos del tipo. Esta labor en principio la realiza el Ministerio Público durante la averiguación previa, para tal efecto, su función también consiste en juntar todas las pruebas materiales que permitirán la posterior comprobación del cuerpo del delito.

Lo dicho se corrobora con lo que establece el artículo 94 del ordenamiento legal antes citado que dice: "Cuando el delito deje vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Ministerio Público o el agente de la policía judicial lo hará constar en el acta que levante recogiéndolos si fuere posible".

Ahora bien, la comprobación del cuerpo del delito implica una actividad racional llevada a cabo por la autoridad judicial, quien determina si la conducta realizada se adecua al supuesto normativo que establece el tipo penal. En esencia, comprobar el cuerpo del delito es demostrar, evidenciar la existencia de los elementos de la conducta delictiva, mismos que deben estar plenamente integrados y adecuados al tipo penal correspondiente.

Para comprobar el cuerpo del delito el artículo 122 anteriormente transcrito señala dos criterios. Uno genérico, consistente en acreditar la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictivos, el segundo criterio se basa en reglas especiales para algunos delitos.

La probable o presunta responsabilidad del procesado es el segundo



requisito medular del auto de formal prisión. Al respecto, Colín Sánchez ha dicho con acierto que "existe presunta responsabilidad, cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, por lo cual debe ser sometido al proceso correspondiente". (4)

Para comprobar la presunta responsabilidad son suficientes indicios que bien pueden obtenerse durante la averiguación previa por el Ministerio Público, o bien, durante el término de tres días, dentro del cual la autoridad judicial debe dictar el auto de formal prisión.

Sobre la comprobación de la probable responsabilidad, el Código Federal de Procedimientos Penales ha dispuesto expresamente en el último párrafo de su artículo 168 que "la presunta responsabilidad del inculpado se tendrá por comprobada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en la conducta o hechos constitutivos del delito demostrado".

Como puede verse basta que se deduzca la participación del inculpado en la conducta delictiva, no es necesario que quede plenamente acreditada dicha participación, pues esto es precisamente lo que se resolverá en la sentencia definitiva.

Si se requiere para la presunta responsabilidad es que los indicios que haya se orienten a la participación del inculpado en el delito. Para entender esto hay que considerar los artículos 13 y 14 del Código Penal que señalan las personas responsables de los delitos, dentro de los cuales

(4) Colín Sánchez, Guillermo, op. cit., p. 287.

están quienes acuerdan, preparan o realizan el delito, o bien, prestan ayuda a otro para su comisión.

Para que el órgano jurisdiccional llegue a la conclusión de que se ha comprobado la presunta responsabilidad, deberá realizar un análisis lógico y razonado de todos y cada uno de los hechos consignados en autos, así como de todas las pruebas que se hayan aportado.

Es criticable que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no contenga una disposición como el último párrafo del artículo 168 del Código Procesal Federal, pues estimamos que dicha norma es muy acertada para resolver sobre la comprobación de la presunta responsabilidad, razón por la cual consideramos que sería conveniente incluirla para una mejor fundamentación legal en cuanto a los autos de formal prisión dictados por los órganos jurisdiccionales del Distrito Federal.

## **2. REQUISITOS FORMALES.**

Los requisitos formales del auto de formal prisión se desprenden básicamente del artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que textualmente expresa:

"Art. 297 - Todo auto de prisión preventiva deberá reunir los siguientes requisitos:

- I. La fecha y la hora exacta en que se dice;
- II. La expresión del delito imputado al reo por el Ministerio Público,

III El delito o delitos por los que deberá seguirse el proceso y la comprobación de sus elementos,

IV La expresión del lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y demás datos que arroje la averiguación previa, que serán bastantes para tener por comprobado el cuerpo del delito,

V Todos los datos que arroje la averiguación que hagan probable la responsabilidad del acusado, y

VI Los nombres del juez que dicte la determinación y del secretario que la autentique.

De las anteriores fracciones, la IV y V están referidas más bien a los requisitos medulares del auto de formal prisión que ya vimos, y las restantes fracciones si se refieren a los requisitos formales los cuales, como puede apreciarse, constituyen los datos concretos que deben asentarse en la resolución que se estudia.

Así encontramos primeramente que el auto de formal prisión se hace por escrito y se inicia con la indicación de la fecha y hora exacta en que se dicta. Este requisito es de gran importancia pues sirve para comprobar el cumplimiento de la obligación que impone al juez el artículo 19 constitucional, consistente en dictar la resolución dentro del término de tres días.

Toda vez que dicho término representa una garantía constitucional para el procesado, una vez que se haya vencido ha de procederse en los términos que prevee la propia constitución en su artículo 107, fracción XVIII, que dice: "Los alcaldes y carceleros que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión de un detenido, dentro de las setenta y dos horas que señala el artículo 19, contadas desde que aquél

este a disposición de su juez, deberán llamar la atención de éste sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada, dentro de las tres horas siguientes lo pondrán en libertad.

Los infractores del artículo citado y de esta disposición serán consignados inmediatamente a la autoridad competente."

No obstante lo anterior, es posible que un auto de formal prisión se dicte fuera de tiempo, en tal caso no carece de valor, por lo que ha de producir sus efectos correspondientes, pero por otro lado surgirán consecuencias para quien en ejercicio de sus funciones no dictó el auto de formal prisión dentro de un término constitucional.

El segundo requisito formal consiste en la expresión del delito imputado al indiciado por el Ministerio Público. Esto representa también una garantía para el procesado pues el órgano jurisdiccional no debe rebasar los límites de la acción penal ejercitada por el Representante Social. A pesar de ello es posible que sean varios delitos los que se imputan al indiciado, en todo caso el juez deberá hacer la referencia a ellos.

Precisamente el tercer requisito formal es la expresión del delito o delitos por el que se deberá seguir el proceso. Para tal efecto, además de los resultados que contiene el auto de formal prisión, en los que se hace una relación de los hechos consignados en las diligencias de averiguación previa y las practicadas durante el término de tres días, existe una parte considerativa en la que el juez estudia y valora los hechos imputados al sujeto para determinar la comprobación del cuerpo del delito, que servirá de base para el procedimiento, en caso de que también se compruebe la

presunta responsabilidad del indiciado.

Finalmente el último requisito formal de la resolución que se comenta es el nombre del juez que dicte la determinación y del secretario que autoriza. Esto es importante para los efectos de hacer responsable a aquellos funcionarios que dicten el auto de formal prisión fuera del término constitucional.

Manuel Rivera Silva indica que existen algunos requisitos formales más, los que comenta en los siguientes términos: "Del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, es pertinente indicar otros requisitos consignados en los artículos 305 (reformado sin alterar el criterio expuesto, 4 de enero de 1984) y 314 del Ordenamiento invocado. Cuando al delito acreditado en el auto de formal prisión la ley le señala una pena que no exceda de 5 años, en el propio auto se deberá indicar:

- a) Que queda abierto el procedimiento sumario; y
- b) Que el proceso queda a la vista de las partes para que en un término de 10 días propongan las pruebas que estimen pertinentes (Arts. 305 y 306).

En lo que se refiere a los asuntos que no admiten el procedimiento sumario, en el auto de formal prisión se ordenará poner el proceso a la vista de las partes para que propongan las pruebas que estimen pertinentes, dentro de 15 días (procedimiento ordinario Art. 314)". (5)

Los anteriores requisitos complementan de alguna manera el auto de

(5) Rivera Silva, Manuel, op. cit. p. 108.

formal prisión en su parte resolutive en la cual se decreta concretamente la formal prisión de la persona de que se trate, asimismo se ordena la identificación del sujeto y los informes sobre los antecedentes del procesado, por último se ordena que se giren las boletas correspondientes y se efectue la notificación de la resolución, haciéndole saber al procesado el derecho que tiene para impugnarla.

Para concluir este análisis de los requisitos medulares y formales del auto de formal prisión, estimamos necesario reproducir una resolución para ver específicamente dichos requisitos como se dan en la práctica.

"MODELO DE AUTO DE FORMAL PRISION POR HOMICIDIO UTILIZADO EN LOS PROCESOS DEL ORDEN COMUN

México, Distrito Federal, a 26 veintiseis de marzo de 1946 mil novecientos cuarenta y seis

VISTO, hoy a las 12 doce horas, lo actuado en esta averiguación, para resolver, dentro del término que señala el artículo 19 constitucional sobre la formal prisión o la libertad, según proceda, del detenido PEDRO LOPEZ GUTIERREZ.

#### CONSIDERACIONES

a.- El Ministerio Público ha ejercitado la actuación penal en contra de Pedro López Gutiérrez, como presunto responsable, del delito de

homicidio, que consiste, según lo prevenido en el artículo 302 del Código Penal, en la privación de la vida de otro hombre.

b - Está comprobado el cuerpo del delito de homicidio, de conformidad con las prevenciones contenidas en los artículos 94, 95, 96, 109, 121, 253, 254 y 286 del Código de Procedimientos Penales, mediante la fe de cadáver que dio el Personal de la Agencia Investigadora del Ministerio Público que levantó el acta de averiguación previa, la identificación previa, la identificación del mismo cadáver por los testigos Juan Pérez González y Francisco Jiménez Ramírez, como el que conocieron en vida con el nombre de Gonzalo Fernández Martínez, y el dictamen de los Peritos Médico-Legistas Doctores José Torres Torija y Arturo Baledón Gil, quienes después de practicar la autopsia a dicho cadáver, establecieron la conclusión de que Gonzalo Fernández Martínez falleció a consecuencia de las alteraciones viscerales y tisulares originadas por la herida del proyectil de arma de fuego que sufrió, penetrante de tórax la cual clasificaron como mortal.

c - Hay datos bastantes para hacer probable la responsabilidad penal del inculpado Pedro Lopez Gutierrez, por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Gonzalo Fernández Martínez. En efecto, los testigos Federico Gómez Perales y Gilberto Morales Fuentes han declarado, de manera concorde, que a ellos les consta que el día 21 del mes en curso, aproximadamente a las 18 dieciocho horas, en la cervecería denominada "Mi Oficina", establecida en el número 27 veintisiete de la calle de Sabino de esta Capital, se encontraba Gonzalo Fernández Martínez sentado en una mesa tomando cerveza, cuando intempestivamente entró Pedro Lopez Gutierrez, con una pistola escuadra en la mano, y

dirigiéndose a Fernandez le dijo: "Así mataste a mi hermano, torna", y al mismo tiempo le hizo un disparo al pecho, a consecuencia del cual cayó herido y moribundo el mencionado Fernandez, quien expiró inmediatamente.

d - El delito de homicidio está sancionado en el Código Penal en todo caso, con pena privativa de libertad

En tal virtud, con fundamento en los artículos 18, 19 y 21 constitucionales y 297 a 299 del Código de Procedimientos Penales, SE RESUELVE

I.- Se decreta la formal prisión de PEDRO LOPEZ GUTIERREZ, como presunto responsable del delito de homicidio cometido en el lugar, tiempo y circunstancias que han quedado expresados -

II - Identifíquese al procesado y recabese informe de sus anteriores ingresos a la prisión

III - Remítase copia autorizada de este auto al ciudadano director de la Penitenciaría, por vía de notificación, expídanse las boletas de ley y adviértase al procesado del derecho y término que tiene para apelar

NOTIFIQUESE

Así lo resolvió y firma el Ciudadano Juez de la Corte Penal, Licenciado ante el Secretario que actúa, Lic. quien da fe" (6)

(6) Franco Sodi, Carlos. Formulario de Procedimientos Penales Federales y Común, Ediciones Betas, 2a Edición, México, 1960, pp 59-61



### 3. PROBLEMATICA DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO.

La noción de delito en general es muy importante en relación con el auto de formal prisión, especialmente cuando se trata de la comprobación del cuerpo del delito y también cuando en la resolución en estudio debe expresarse el delito o delitos por los cuales deberá seguirse el proceso.

Esto último significa entonces que en el auto de formal prisión ha de fijarse el tema para el proceso en base al delito que atribuye al procesado. Pero surge aquí una cuestión muy debatible referida a las circunstancias del delito.

Efectivamente, existe una problemática en torno a las circunstancias del delito. Esto se traduce en la cuestión de que si en el auto de formal prisión habrá de tomarse en cuenta sólo el delito cometido, o también sus circunstancias, es decir, sus modalidades o calificativas.

El criterio doctrinal y jurisprudencial que se venía sustentando sobre esta problemática era que únicamente el delito cometido fijaba el tema para el proceso, sin tomar en consideración las circunstancias de dicho delito.

Cuando se formó la fracción I, del artículo 20 constitucional, en 1984, que considera al delito "incluyendo sus modalidades", se empezó a cambiar el anterior criterio que sólo se basaba en el artículo 19 constitucional en donde se hace mención de que el proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión, sin aludir a sus modalidades o calificativas.

Pero es indudable que hay íntima relación entre el artículo 19 y el 20, fracción I, de la Constitución Política, pues esta última disposición

se refiere a la libertad provisional bajo fianza la cual se determinará, en los casos en que proceda, precisamente en base al auto de formal prisión.

Si se establece una adecuada concordancia entre los preceptos antes invocados se llegará a la conclusión de que es necesario considerar las circunstancias de los delitos dentro del auto de formal prisión, sobre todo si se toma en cuenta que es la base para el seguimiento del proceso, por lo que si se fija un tema, por ejemplo homicidio, sin tomar en consideración sus agravantes, es posible que la sentencia se dicta propiamente sobre un tema diferente, homicidio calificado, con una penalidad mucho mayor si que se le haya dado plenamente al procesado el derecho de defenderse en un juicio que se inició por homicidio y terminó con homicidio calificado.

Para entender más el alcance de esta problemática que se plantea es necesario considerar la clasificación de los tipos delictivos, así podremos conocer cual es el delito efectivamente cometido, incluyendo sus circunstancias. Sobre este tema transcribimos la clasificación que hace Mariano Jiménez Huerta, quien agrupa los tipos en básicos, especiales y complementados, los que define de la siguiente manera:

“Es un tipo básico aquel en que cualquier lesión del bien jurídico basta por sí sola para integrar un delito. Los tipos básicos constituyen la espina dorsal del sistema de la parte especial del Código. Dentro, por ejemplo, del cuadro de los delitos contra la vida, es tipo básico el de homicidio descrito en el artículo 302; y dentro del marco de los delitos contra el patrimonio son, también por vía de ejemplo, figuras básicas, las de robo y fraude descritas en los artículos 367 y 386 respectivamente.

\*Adyacentes a los tipos básicos aparecen en el sistema penal los tipos especiales y los complementados. Caracteriza unos y otros el hecho de tutelar el propio bien jurídico ya protegido en un tipo básico, pero con especial consideración de concretas peculiaridades o determinada circunstancias que aumentan o disminuyen la intensidad antijurídica de la conducta tipificada. Se diferencian entre sí los tipos especiales y complementados, en que en tanto que el tipo especial excluya la aplicación del básico, el complementado no solamente no la excluye, sino que presupone su presencia, a la que se agrega como adimento la norma que contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad. Unos y otros pueden subdividirse en agravados y privilegiados. Es un tipo especial y agravado, en relación al básico de homicidio, el de parricidio que tipifica el artículo 323, y es un tipo especial y privilegiado, en referencia al mismo tipo básico de homicidio, el de infanticidio descrito en el artículo 325; y siempre en orden al tantas veces mencionado tipo básico de homicidio, es un tipo complementado y agravado el de homicidio premeditado, alevoso, ventajoso o traicionero a que se refieren los artículos 315 a 319, y complementado y privilegiado, el de homicidio en riña o en duelo recogido en el artículo 308. Y por cuanto atañe a los delitos contra el patrimonio, son delitos complementados y agravados, el de robo ejecutado con violencia a que se refiere el artículo 372 y el de fraude maquinado descrito en el párrafo in fine de 386 (párrafo ya suprimido, anotamos); y es un tipo especial y privilegiado el de robo de

uso que tipifica el 380". (7)

De acuerdo con esto se aprecia más claramente el problema planteado, pues hay que precisar si el delito que da base al proceso se integra sólo con el tipo básico, o es posible considerar también el especial y el complementado.

En lo particular consideramos que no es lo mismo juzgar por homicidio (tipo básico), que juzgar por homicidio calificado (tipo básico complementado), principalmente porque la pena para ambos casos varía considerablemente.

Por su parte, García Ramírez se pronuncia en el sentido de que si deben considerarse las circunstancias o modalidades del delito para los efectos del auto de formal prisión. Concretamente expresa que "Alguna vez se ha manifestado que las atenuantes o agravantes no deben ser consideradas para los propósitos del auto de formal prisión, pues sólo tienen que ver con la individualización de la pena que se hace en la sentencia. Así sería, en efecto, si se tratase de verdaderas atenuantes o agravantes en el sentido tradicional o clásico de la expresión, como las entendía, verbi gratia, el Cp de 1871. Pero no es así, en cambio, si se alude, como sucede a las modalidades que, agregados al tipo básico, si se alude, como sucede, a las modalidades que, agregados al tipo básico, integran

(7) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Introducción al estudio de las figuras típicas, Editorial Porrúa, 5a Edición, México, 1985, pp 126-129

un nuevo tipo diferente. En este caso tienen que ver, por cierto, con la individualización, pero primero con la identidad o 'individualización del tipo delictivo'. Esta identificación es prejudicial y no compete, por lo tanto, al juzgador en la sentencia. Consta en la ley, y disponerla incumbe, por ende, al legislador" (8)

Sin duda alguna esta es la opinión que más está dominando actualmente la cual se basa, como ya indicábamos, en el reformado artículo 20 constitucional, en su fracción I.

Este criterio se corrobora con la tesis sustentada por el Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito, en materia penal, que dice lo siguiente:

"Auto de formal prisión, deben incluirse las modalidades de los delitos en el- Si el Agente del Ministerio Público al ejercer la acción penal, invoca calificativas o atenuantes íntimamente relacionadas con los hechos, deben ser materia de estudio por el órgano jurisdiccional, al pronunciar el auto de formal prisión, para determinar si están probadas o no, fijándose el tema del proceso en sujetos peligrosos, en los que la fuerza probatoria de las calificativas, cuando devienen de la formal prisión, alcanzan plena solidez siempre que no se desvirtúen por la defensa y, tratándose de atenuantes para plantear justamente el curso procedimental. Ello debe ser así, para armonizar la reforma constitucional del artículo 20 fracción I, relativa a que, para el caso de la libertad provisional que se solicita, deben tomarse en cuenta las

(8) García Ramírez, Sergio. op cit., pp 525v 526

modalidades del delito y como el auto de formal prisión es la base para otorgar o negar tal beneficio, resulta antijurídico que se ignoren o se eliminen de ésta, las modalidades del delito, cuando son parte esencial e inseparable de los hechos consignados y, para lograr el propósito del Constituyente Permanente, al efectuar la reforma constitucional antes aludida, que debe ser congruente con las garantías del procesado, quedando como fuente histórica interpretativa de la ley, los criterios plasmados en tesis jurisprudenciales que existían antes de la reforma constitucional mencionada". (9)

Es evidente entonces que la problemática que nos ocupa, basada en la interrogante de incluir o no las circunstancias del delito en el auto de formal prisión, se resuelve haciendo una interpretación integral, en este caso de las disposiciones constitucionales que tratan el tema, lo que permite concluir que efectivamente deben tomarse en consideración las circunstancias del delito en el auto de formal prisión, ya que dicho delito con sus circunstancias habrán de fijar el tema que servirá de base al procedimiento.

#### **4. EFECTOS DEL AUTO DE FORMAL PRISION.**

Son varios los efectos que surten en una vez que se dicta el auto de formal prisión: uno de ellos, de gran importancia, es el que ya se

(9) Tesis Citada por García Ramírez, Sergio (op. cit.), pp. 526 y 527.

dejaba ver en el punto anterior consistente en que se fija el tema del proceso.

Con mucho acierto Eduardo Pallares ha dicho al respecto que el auto de formal prisión "tiene mucha importancia porque determina la materia del juicio penal y, por tanto, fija las cuestiones que el juez deberá resolver en la sentencia definitiva, sin que le sea lícito tratar de decidir si el inculpado ha cometido otros delitos diversos del que se le imputa en dicho auto. Si de las constancias procesales aparece más tarde la comisión de delitos diversos, será necesario abrir nuevo proceso".

Además, el auto de formal prisión determina si se puede o no conceder al detenido la libertad caucional". (10)

Los dos efectos señalados se desprenden respectivamente de los artículos 19 y 20, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Otro efecto más es que cuando se dicta el auto de formal prisión dentro del término de tres días, justifica el cumplimiento del órgano jurisdiccional de la obligación de resolver sobre la situación jurídica del indiciado.

Uno de los efectos que reviste especial importancia es que se justifica la prisión preventiva. Esto es así porque "en cuanto el auto de formal prisión concluye afirmando la exigencia de un proceso, lógicamente señala la necesidad de sujetar a una persona al órgano jurisdiccional que tenga que determinar lo que la ley ordena, y por ende,

(10) Pallares, Eduardo. *Prontuario de Procedimientos Penales*, Editorial Porrúa, 5a. Edición México, 1977, p. 64.

el que no se sustraiga de la acción de la justicia. Sólo cuando hay base para un proceso (relacionada con un delito sancionado con pena corporal) debe prolongarse la detención del indiciado. Es este el espíritu del artículo constitucional que manifiesta que la detención por más de setenta y dos horas debe justificarse con auto de formal prisión (artículo 19)" (11).

Consecuentemente, mediante el auto de formal prisión la simple detención se transforma en prisión preventiva, y en caso de que hubiera libertad provisional, el auto que se comenta no la revoca por sí mismo de manera automática, excepto cuando la revocación esté en el propio auto. Esta última situación sólo se justifica cuando durante el término de tres días se hayan aportado elementos suficientes para adecuar la conducta a uno o más tipos penales que rebasen el término medio aritmético, es evidente que en tal caso la libertad provisional que se había concedido tenga que revocarse.

De conformidad con el artículo 298 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, surge un efecto más cuando se ha dictado el auto de formal prisión, y es el que el juez ordena la identificación del procesado, misma que se conoce comúnmente bajo la denominación de "estar fichado", expresión que se deriva de la ficha señalética, que el documento en donde figura la fotografía del procesado, en cuya parte inferior aparece el número correspondiente, las huellas digitales y demás datos generales referentes al procesado.

(11) Rivera Silva, Manuel, op. cit., p. 169.



Otra consecuencia es que mediante el auto de formal prisión se inicia el cómputo de los plazos que señala la fracción VIII del artículo 20 constitucional, para que el procesado sea juzgado antes de cuatro meses si se trata de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena máxima excediera de este tiempo.

También el multicitado auto produce como efecto la suspensión de los derechos del ciudadano, cuando se trate de delito que merezca pena corporal, según lo dispone la fracción II de artículo 38 constitucional. Además, otros derechos se ven afectados, por ejemplo el poder ser defensor, pues de acuerdo con el artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales un procesado no puede ser defensor.

Por último, dentro del procedimiento penal federal, el auto de formal prisión origina el efecto de concluir la etapa de preinstrucción, según se deduce del artículo 10, fracciones I y II, del Código Federal de Procedimientos Penales. En cambio, en el Distrito Federal, el auto mencionado sólo concluye la primera parte de la instrucción, lo que nos parece incorrecto pues debería coincidir con el procedimiento federal, es decir, debe ser la resolución que ponga fin a la etapa de preinstrucción.

## **5. IMPUGNACION DEL AUTO DE FORMAL PRISION.**

Estrictamente hablando son dos los medios de impugnación del auto de formal prisión. El primero de ellos lo consigna el artículo 300 del

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que dice: "el auto de formal prisión es apelable en el efecto devolutivo".

El otro medio de impugnación lo representa el juicio de amparo, toda vez que el auto de formal prisión es un acto de autoridad que puede violar las garantías individuales, en tal caso procede dicho juicio como lo establece la fracción I del artículo 103 constitucional.

En relación con esto Fernando Arilla Bas dice que "el auto de formal prisión puede ser apelado en el efecto devolutivo, interponiendo el recurso dentro de los tres días siguientes al de la notificación, o reclamado en juicio de amparo. Tengase en cuenta que apelación y amparo se excluyen, de suerte que si se interpone la primer y se promueve el segundo, el amparo sería sobreesido por improcedente, de acuerdo con la fracción XII del artículo 73 de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucional". (12)

Estimamos acertado que una resolución tan importante, como lo es el auto de formal prisión, pueda ser impugnada ya sea mediante el recurso de apelación, o bien, por medio del juicio de amparo.

Concluimos lo relativo al auto de formal prisión transcribiendo algunas tesis de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, que corroboran aspectos fundamentales que sobre este tema tratamos

"AUTO DE FORMAL PRISION Para motivarlo, la ley no exige que se tengan pruebas completamente claras que establezcan de modo indudable la culpabilidad del reo, requiere únicamente, que los datos arrojados por la

(12) Arilla Bas, Fernando, op cit, pag 89

averiguación sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado".

"AUTO DE FORMAL PRISION. Por ningún motivo puede dejar de dictarse en un proceso el auto de formal prisión, salvo en los casos en que el delito no merezca pena corporal porque aquel auto constituye la base de las conclusiones acusatorias, o, en otros términos, sin él no haya juicio que resolver y, por lo mismo, es anticonstitucional la ley que ordene que no se decretara dicho auto, cuando antes de cumplirse el término constitucional, el inculcado haya sido puesto en libertad bajo caución o bajo protesta".

"AUTO DE FORMAL PRISION. Los Tribunales Federales tienen facultades para apreciar directamente, según su criterio, el valor de las pruebas recibidas y que tienda a demostrar el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad del inculcado; y si los jueces federales no tuvieran el arbitrio de hacer la estimación de esas pruebas, estarían incapacitados para resolver sobre la constitucionalidad del auto, y en tal sentido es firme la jurisprudencia de la Suprema Corte".

"AUTO DE FORMAL PRISION, AMPARO CONTRA EL CUANDO EL QUEJOSO SE DESISTE DEL RECURSO DE APELACION. Si aparece que el acusado apeló del auto de formal prisión, y posteriormente desistió del recurso, éste no puede significar conformidad con dicha resolución, sino sólo quitar el obstáculo legal que haría improcedente el juicio de amparo y, por lo mismo, no hay razón alguna para considerar consentida la resolución reclamada, ni menos para, por este concepto, sobreseer en el juicio de garantías". (13)

(13) Tesis Citadas por Díaz de León, op. cit., pag. 615

## CAPITULO VII

### AUTO DE FORMAL PRISION CON SUJECION A PROCESO

El auto de formal prisión con sujeción a proceso es también una resolución que se dicta al cumplirse el término constitucional de tres días a que se refiere el artículo 19 de nuestra Ley Fundamental.

Este auto tiene lugar cuando se han comprobado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, por lo tanto, hay base para iniciar un proceso, pero en este caso no procede la prisión preventiva porque se trata de delitos sancionados con pena no corporal o alternativa. El fundamento legal de esto último lo encontramos en el artículo 18 constitucional, que en su primera parte dice: "Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva".

Para un mayor entendimiento de lo expresado conviene abundar sobre lo que es la prisión preventiva. Al respecto, Rafael Pérez Palma ha expuesto con acierto los siguientes pensamientos:

"La prisión preventiva ha sido definida como el estado de privación de libertad que el órgano jurisdiccional impone al procesado durante la substanciación del proceso, a fin de asegurar la actuación efectiva de la ley penal. Es pues, por definición una medida cautelar, una providencia que debe ser decretada por el órgano jurisdiccional con un doble propósito: alejar el peligro de que el acusado eluda el juicio y la probable sanción que se le haya de imponer en caso de resultar culpable, y otra, la de facilitar la actuación de la ley, pues de no estar el reo presente, la continuación del proceso sería un imposible.

La prisión preventiva es la medida cautelar más penosa y más dura

que se pueda imponer a una persona que no ha sido todavía declarada culpable del acto antisocial que se le imputa, pero que es necesaria, frente a la comisión del delito en atención a las presunciones que surgen de las primeras diligencias practicadas en la averiguación.

La prisión preventiva, en contra de lo que han sostenido diversos autores, no es una medida de coerción, ni el principio de una pena, es simplemente, como decimos, una providencia de seguridad, de garantía, de que el delincuente no se sustraerá a la acción de la justicia, y de que la ley no quedará burlada.

Pero es evidente que si la sanción imponible por el delito no amerita pena corporal, la prisión preventiva sería inexplicable, pero ello el legislador previene que cuando la sanción imponible sea no corporal o alternativa, que incluya una no corporal, el auto de formal prisión no tendrá otro efecto, más que el de señalar el delito o los delitos por los que habrá de ser seguido el procesado. (1)

Nos aparece correcto el hecho de considerar a la prisión preventiva como una medida de seguridad, por la cual se garantiza el que el procesado no se sustraerá a la acción de la justicia.

En relación con esto debe mencionarse que si bien el en auto de formal prisión con sujeción a proceso no existe dicha medida de seguridad, la ley ha establecido otra medida consistente en el arraigo del procesado, según lo prevé el artículo 301 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que a la letra dice: "cuando por la

(1) Pérez Palma, Rafael, op. cit., págs. 293 y 294.

naturaleza del delito o de la pena aplicable, el imputado no debe ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al juez fundada y motivadamente o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del término en que deba resolverse el proceso.

Conviene enfatizar que mediante el auto que se comenta no da lugar a la prisión preventiva. Esto ha sido motivo para que algunos autores critiquen la denominación "auto formal prisión con sujeción a proceso", pues al no haber prisión sólo debería hablarse de "auto de sujeción a proceso". Uno de estos autores es Sergio García Ramírez quien dice que "cuando venga al caso la comisión de un delito no sancionado con pena privativa de libertad o conminado solamente con sanción alternativa, carece de sentido hablar de auto de formal prisión, pues justamente la prisión queda descartada como consecuencia de semejante auto. Dado que aquí, entonces, es improcedente la restricción de libertad, es mejor hablar de sujeción a proceso. Así lo hace, con acierto, el Cf. En cambio, el Cdf. yerra al insistir en hablar de auto de formal prisión, salvo cuando se refiere a plazos que se computan de momento a momento, entre los que figura el relativo a la sujeción a proceso del inculcado (artículos 57 y 58). Vale decir que estos preceptos, cuyo texto vigente procede de reformas introducidas en 1988, reproducen, casi textualmente, los artículos 71 y 72 Cf., ordenamiento en el que naturalmente se habla de la

sujeción a proceso" (2)

Estimamos incorrecta la anterior apreciación pues el auto en estudio tiene por principal efecto determinar la "formal prisión" del procesado; lo que significa que no necesariamente quedará en prisión sino que existen bases suficientes para iniciar un proceso al cual quedará sometido dicho procesado. Además, de conformidad con el artículo 19 constitucional, "todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión". Nótese que dice auto de formal prisión y no auto de sujeción a proceso.

Confirma nuestro pensamiento lo dicho por Guillermo Colín Sánchez, quien al respecto expresa lo siguiente. "Es importante advertir que, aunque en la práctica y aun en la teoría se sigue repitiendo que en el caso de los delitos sancionados con pena alternativa o no corporal lo procedente, al feneceer el término constitucional de 72 horas es, en su caso dictar un auto de sujeción a proceso, hacen gala de una ignorancia supian, abismal e inenarrable del contenido y alcances del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su parte conducente que, a la letra indica: "... todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión....".

Del texto transcrito se advierte con toda claridad la razón por la cual, tratándose de las infracciones penales mencionadas hablamos de auto de formal prisión, pues sería imposible concebir un proceso sin esta

(2) García Ramírez, Sergio. op. cit. p. 539.

resolución judicial, empero, le agregamos su sujeción a proceso para significar que el procesado no está privado de su libertad, pero sí sujeto al proceso, y con ello, sometido a la jurisdicción respectiva" (3)

Queda claro entonces que es acertada la denominación que hemos utilizado acerca del auto de formal prisión con sujeción a proceso

Ahora bien, en cuanto a sus requisitos son los mismos del auto de formal prisión, pues es necesario que se compruebe el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad. Asimismo son necesarios los requisitos formales que mencionamos en su oportunidad, que son concretamente los comprendidos en las fracciones I, II, III y VI del artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Por lo que respecta a los efectos del auto en estudio, tenemos que son los mismos del auto de formal prisión, con excepción de la restricción de la libertad, pues no procede la prisión preventiva, y la suspensión de los derechos del ciudadano, ya que de acuerdo con la fracción II del artículo 38 constitucional, que es el fundamento legal para la suspensión de tales derechos, esta sólo procede cuando existe un "proceso criminal por delito que merezca pena corporal".

En relación con este auto, Rivera Silva indica que pueden presentarse dos situaciones, que son:

"a) Cuando se ejercita la acción penal sin detenido (conforme se indica en el Cuadro 5), cuyo caso no hay problema referente a la prisión preventiva, pues el auto en cita, como ya se indicó, no da base ni puede



justificar dicha prisión; y

b) Cuando el Ministerio Público ejercita la acción penal con persona detenida, por estimar que el delito merece pena corporal, si en el término de 72 horas se comprueba que el reato no merece exclusivamente pena corporal, al dictarse el auto de sujeción a proceso se debe ordenar de inmediato la libertad del inculcado.

Para la clara comprensión de esta segunda hipótesis, piénsese, por ejemplo, en el caso de que al consignarse se estimó, por certificado médico provisional, que las lesiones inferidas eran de las que tardan en sanar más de 15 días y que durante el periodo de preparación del proceso, se rinde dictamen médico definitivo, estableciéndose que el sujeto se encuentra sano y las lesiones tardaron en sanar menos de 15 días. En este caso, al dictarse el auto de sujeción a proceso, se debe poner en libertad al inculcado, en tanto que las lesiones levisimas son sancionadas con pena alternativa y éstas nunca pueden justificar la prisión preventiva en los términos glosados en rengiones anteriores" (4)

Finalmente, debe mencionarse que en contra del auto que se comenta procede el recurso de apelación y el juicio de amparo, pero este último sólo en el caso de que previamente que haya agotado el recurso de apelación.

Así lo han resuelto algunos tribunales colegiados como se ve a continuación

(4) Rivera Silva, Manuel: op cit., p. 171

"Es improcedente el amparo que se solicita contra el auto de sujeción a proceso, dado que la violación que en el mismo se pueda cometer no está comprendida en el caso previsto por el artículo 107, fracción III, C., por lo que no siendo dicho auto restrictivo de la libertad, y admitiendo por otra parte el recurso de apelación, que no fue agotado, debe decretarse el sobresimiento del juicio (Informe 1970, Colegiado del Sexto Circuito, Toca R. 392/70. Emiliano Marroquín).

Es improcedente el amparo contra el auto de sujeción a proceso si no se agota previamente el recurso de apelación (Informe 1975)". (5)

## CAPITULO VIII

# AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR

El auto de libertad por falta de elementos para procesar es la resolución que dicta el juez al vencerse el término constitucional de tres días, por la cual se ordena que el inculpado sea restituido en el goce de su libertad por no haberse comprobado el cuerpo del delito ni la presunta responsabilidad.

Este auto es conocido también como auto de libertad por falta de meritos, denominación que se utiliza en el procedimiento penal para el Distrito Federal. Al respecto dice Clariá-Olmedo que "la expresión falta de mérito, usada por toda nuestra legislación procesal, significa precisamente la ausencia de elementos de convicción suficientes para la procedencia del procesamiento con relación a las personas indicadas en la imputación o traídas al proceso durante las primeras investigaciones".

(1)

En cambio, en el procedimiento federal se utiliza el término auto de libertad por falta de elementos para procesar. Esta expresión nos parece más acertada ya que precisamente al no cumplirse con los requisitos medulares que señala el artículo 19 constitucional para que se dicte el auto de formal prisión, a saber, la comprobación del cuerpo del delito

(1) Clariá-Olmedo, Jorge A. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo IV, Ediar Editores, Buenos Aires, 1976, p. 365.

y la probable responsabilidad, es claro entonces que faltan elementos para procesar.

La falta de dichos requisitos medulares origina que se dicte el auto en estudio, sin embargo, esto no significa que haya quedado resuelto en definitiva la situación jurídica del inculpado, pues es posible que el Ministerio Público aporte nuevos datos que satisfagan los requisitos legales aludidos, en tal caso se procederá nuevamente en contra del indiciado, ordenándose su aprehensión para que se puedan cumplir con las formalidades que prescriben los artículos 19 y 20 constitucionales.

Carlos Franco Sodi resume lo expuesto en los siguientes términos "Cuando al vencerse el término constitucional se setenta y dos horas no están comprobados el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad, el juez, en acatamiento del 19 constitucional y de los correspondientes de las leyes adjetivas, pronunciará auto de soltura, conocido con el nombre de auto de libertad por falta de meritos. Esta resolución impide el curso de la instrucción, y produce la libertad del presunto, quien queda sujeto a una averiguación penal que es el aspecto jurídico que toma lo actuado. Para poder proceder se necesitan nuevos datos de cargo, nueva orden de aprehensión y nueva reproducción de todo el procedimiento". (2)

Las disposiciones legales aplicables a la resolución que se comenta con los artículos 302 y 303 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y el artículo 167 del Código Federal de Procedimientos

(2) Franco Sodi, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano, Editorial Porrúa, 3a Edición, México, 1946, pp 205 y 206

Penales, que respectivamente dicen:

"Art. 302 - El auto de libertad de un detenido se fundará en la falta de pruebas relativas a la existencia del cuerpo del delito o a la presunta responsabilidad del acusado; contendrá los requisitos señalados en las fracciones I, II y VI del artículo 297, y no impedirá que posteriormente, con nuevos datos, se proceda en contra del indiciado".

"Art. 303 - Cuando el juez deba dictar auto de libertad, porque la ausencia de pruebas del cuerpo del delito o de la responsabilidad del indiciado dependen de omisiones del Ministerio Público o de agentes de la Policía Judicial, el mismo juez, al dictar su determinación mencionará expresamente tales omisiones para que se exija a éstos la responsabilidad en que hubieren incurrido".

"Art. 167 - Si dentro del término legal no se reúnen los requisitos necesarios para dictar el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, se dictará auto de libertad por falta de elementos para procesar, o de no sujeción a proceso, según corresponda, sin perjuicio de que por medios posteriores de prueba se actúe nuevamente en contra del inculcado; en estos casos no procederá el sobreseimiento hasta en tanto prescriba la acción penal del delito o delitos de que se trate".

También en estos casos, el Ministerio Público podrá promover prueba, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el segundo párrafo del artículo 40, hasta reunir los requisitos necesarios, con base en los cuales, en su caso, solicitara nuevamente al juez dicte orden de aprehensión en los términos del artículo 195, o de comparecencia, según corresponda".

De las anteriores normas se obtienen los siguientes datos

importantes.

El auto que se comenta no reúne los requisitos medulares de comprobación del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad. Por lo tanto, sólo contiene los siguientes requisitos formales.

- 1) La fecha y la hora exacta en que se dicte.
- 2) La expresión del delito imputado al reo por el Ministerio Público,

y

- 3) Los nombres del juez que dicte la determinación y del secretario que la autorice.

Ahora bien, los efectos del auto en cuestión no son conclusivos del proceso, pues no resuelven en forma definitiva o de modo firme sobre la inexistencia de algún delito la responsabilidad de un sujeto. Consecuentemente, es posible que en caso de existir nuevos elementos de prueba, bastantes para comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, se vuelva a proceder contra el inculcado.

Puntualizando los efectos de este auto, Eduardo Pallares dice: "No tiene los efectos de una sentencia definitiva ni equivale a una absolución de la instancia, por lo cual no cae dentro de la prohibición contenida en el artículo 22 de la Constitución. Tampoco constituye un auto de sobreseimiento". (3)

Este auto es apelable en el efecto devolutivo, según lo previene el artículo 304 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

(3) Pallares, Eduardo op cit, p. 65

Concluimos lo relativo al auto en estudio con el siguiente criterio sustentado por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente tesis que dice

"El hecho de que un Juez de Primera Instancia revoque la libertad por falta de meritos decretada por un Juez de Paz, que actuó en su auxilio, si para ello lo faculta la legislación ordinaria aplicable (artículo 170 del Código Penal de Tamaulipas), no significa que se resuelva dos veces la situación jurídica del inculpaado, tomando en cuenta que, en realidad, el juez competente es el primero y por eso éste y no otro, es el que debe resolver la situación de aquel, pero como no puede hacerlo dentro de las setenta y dos horas señaladas por el artículo 19 constitucional, a fin de no violar este precepto, dando lugar a una detención que exceda de ese término, la ley permite que en auxilio de juez competente de origen, actúe el juez auxiliador indicando que en tales casos la resolución no causa estado y puede revocarse. Amparo en revisión 3469/71, Jesús de la Cerda Delgado, fallado el 6 de junio de 1972, por unanimidad de 18 votos de los señores Ministros Guerrero López, Rebolledo, Jiménez Castro, Rivera Silva, Burguete Farrera, Huítrón, Rajina Villegas, Iñarritu, Palacios Vargas, Solís López, Cañedo Aldrete, Salmorán de Tamayo, Yañez Ruiz, Ramírez Vázquez, Guerrero Martínez, Mondragón Guerra, Aguilar Álvarez y Presidente Guzmán Neyra. Fue Ponente el señor Ministro Cañedo Aldrete. Informe 1972 (4)

(4) Tesis Citada por García Ramírez, Sergio. Prontuario, op. cit., p. 248

## CAPITULO IX

# AUTO DE LIBERTAD ABSOLUTA

Una última resolución que puede dictarse cuando se vence el término constitucional de tres días, es el auto de libertad absoluta que procede en los casos en que se acredita algún extremo que desvirtúa la pretensión punitiva, como serían las causas de justificación, causas de inculpabilidad, excusas absolutoria, etcétera.

En relación con este auto existe una discusión, pues hay quienes piensan que la libertad absoluta solo puede decretarse en la sentencia definitiva, en cambio, otros opinan que puede ser en cualquier etapa del procedimiento en la que interviene el órgano jurisdiccional.

En virtud de que Manuel Rivera Silva expone los dos criterios antes mencionados y expresa su propia opinión al respecto, estimamos oportuno transcribir lo que sobre este tema dice:

"Se afirma que dentro de las 72 horas se puede decretar la libertad absoluta si se encuentra probada alguna excluyente de responsabilidad. Como dentro del término señalado, el órgano jurisdiccional debe resolver exclusivamente sobre la comprobación del cuerpo del delito y de la posible responsabilidad, en caso de acreditarse la existencia de una excluyente, se ha sostenido la tesis de que debe decretarse la libertad por falta de méritos y no la libertad absoluta que es contenido de la sentencia. Esta tesis, de carácter meramente técnico, basada en la estructura de nuestro procedimiento penal, es menester estudiarla a la luz de los diversos preceptos legales sustantivos y adjetivos. De acuerdo con los artículos 60 y 80 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 138 (reformado) del Federal, para que se declare la



existencia de una excluyente, en cualquier etapa del procedimiento judicial, se necesita que lo pida el Ministerio Público, ya sea solicitando la libertad del acusado en materia del orden común, o desistiendo (pidiendo la libertad) en materia federal. Podría pensarse que dentro de las 72 horas, el juez, si el Ministerio Público no actúa invocando la excluyente, tendrá que resolver única y exclusivamente sobre la existencia o no de los elementos que dan base al proceso y, en consecuencia, como ya indicamos, decretar la libertad por falta de méritos, en tanto que a un sujeto que actúa justificadamente, no se le pueden atribuir elementos o datos de posible responsabilidad. Mas la idea expuesta principia a debilitarse ante la afirmación absoluta del artículo 17 del Código Penal, en cuanto expresa que "las circunstancias excluyentes de responsabilidad se harán valer de oficio", o lo que es lo mismo, que sin requerimiento de parte, el juez puede declarar la existencia de aquellas.

Si se respeta la estructura procesal penal, podría suponerse que el artículo 17 está indicando que solamente en el momento oportuno (sentencia) es cuando el juez, de oficio, puede hacer valer la excluyente, es decir, aunque no lo solicite la defensa, mas ¿será éste el espíritu que anima el dispositivo que se comenta? Desde este punto de vista creemos que puede tener vigencia la tesis opuesta a la sostenida en los renglones que anteceden y que si es posible, dentro de las 72 horas, decretar la libertad absoluta, aunque es menester reiterar, que esta resolución no es propia del periodo de preparación del proceso, sino de cualquier etapa del procedimiento en la que interviene el órgano jurisdiccional, hasta

antes de la sentencia". (1)

En lo personal también sostenemos que no sólo es posible sino que debe decretarse la libertad absoluta, si en el término de tres días que previene el artículo 19 constitucional en lugar de comprobarse el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, se acredita más bien la existencia de alguna causa que determine la falta de responsabilidad penal del inculcado.

Por su parte, González Bustamante dice que es cierto que el auto de soltura no es la única forma procesal para reintegrar al inculcado en su libertad, sino que puede ser puesto en libertad absoluta al vencimiento del término constitucional, si ha quedado demostrada plenamente la concurrencia de alguna causa eximente o extintiva de responsabilidad. Si en cambio ha sido puesto en libertad absoluta, por concurrir una causa excluyente de responsabilidad decretándose el sobreseimiento, no podrán practicarse con posterioridad nuevas diligencias en averiguación de los hechos, sin menoscabo de la garantía consagrada en el artículo 23 de la Constitución Política de la República, toda vez que el auto de sobreseimiento tiene la misma fuerza legal que una sentencia absolutoria" (2)

Son dos los efectos que este auto produce para el inculcado:

(2) González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Editorial Porrúa, 5a Edición, México, 1971, pp. 196 y 197.

primeramente se le restituira su libertad, si habia sido privado de la misma, la cual será de manera absoluta; el otro efecto es que no podrá ser sometido nuevamente a investigaciones derivadas de los mismos hechos que motivaron la libertad absoluta.

Por otro lado, el auto en si mismo produce el efecto de una sentencia absolutoria, según lo expresa Colín Sánchez en los siguientes términos:

"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". (3)

Si no se producen los efectos antes mencionados es claro que se estaría violando la garantía de seguridad contenida en el artículo 23 constitucional, que en su parte conducente dice que "nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito . . ."

Concluimos enfatizando la importancia que tiene el artículo 19 de nuestra Ley Fundamental, ya que señala el término de tres días, que una vez vencido, debe dictarse cualquiera de las cuatro resoluciones vistas anteriormente, que son: auto de formal prisión, auto de formal prisión con sujeción a proceso, auto de libertad por falta de elementos para procesar y auto de libertad absoluta.

(3) Colín Sánchez, Guillermo op cit. p 295

## CONCLUSIONES

PRIMERA. El periodo de preinstrucción se inicia con el ejercicio de la acción penal, que motiva la actividad de la autoridad judicial, misma que deberá dictar el auto de radicación.

SEGUNDA. Estimamos que el auto de radicación es muy importante ya que con él coíntenza propiamente el proceso, pues dentro de sus efectos están precisamente el que fija la jurisdicción del juez y vincula a las partes a un órgano jurisdiccional. Consecuentemente, es claro que mediante él se establece la relación procesal.

TERCERA. En cuanto a la orden de aprehensión consideramos necesaria una reforma constitucional, que especifique en el artículo 16 de la Ley Fundamental los "casos urgentes" en los cuales las autoridades administrativas pueden realizar la aprehensión sin la orden judicial. Esto en virtud de que la realidad de nuestro medio permite ver abundantes detenciones realizadas por el Ministerio Público sin orden de aprehensión, bajo el pretexto de que se trataba de un "caso urgente".

CUARTA. También estimamos necesaria una reforma al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el sentido de que se establezcan las bases y se obligue a las autoridades correspondientes (Ministerio Público y juez) para que dejen constancia de que se han cumplido el requisito de la orden de aprehensión que se refiere a que la denuncia o querrela este apoyada por declaración hecha bajo protesta, y por persona digna de fe, ya que en la práctica dichas autoridades no

razonan sobre este requisito, sino que se limitan a indicar y fundar lo concerniente al cuerpo del delito y a la presunta responsabilidad.

QUINTA. Asimismo, consideramos que el artículo 4 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal debe ser reformado pues es inconstitucional, toda vez que faculta al Ministerio Público para que pida a la autoridad judicial que practique diligencias de investigación de los delitos. Esto es contrario al artículo 21 de la Constitución que determina las funciones propias de cada autoridad, sin que corresponda al órgano jurisdiccional la investigación de los delitos en la averiguación previa. Por lo tanto, debe modificarse el precepto invocado en el sentido de que el Ministerio Público cumpla sus facultades, y no las ceda indebidamente a la autoridad judicial.

SEXTA. La declaración preparatoria reviste gran importancia ya que constituye ante todo una garantía individual a favor del inculcado. También en un acto procesal muy trascendente que impone a la autoridad judicial el cumplimiento de ciertos requisitos y formalidades, que en caso de no efectuarse dan al procesado la facultad de interponer el juicio de amparo.

SEPTIMA. La designación de defensor representa otra garantía constitucional. Al respecto estimamos acertado que se facilite al inculcado la designación de defensor desde la averiguación previa, no obstante, solo habrá violación a esta garantía cuando al rendirse la declaración preparatoria el inculcado no cuenta con un defensor.

particular o de oficio, excepto cuando él mismo se reserva el derecho de nombrar un defensor posteriormente.

OCTAVA. Estimamos que existe una problemática respecto al ofrecimiento de pruebas dentro del término constitucional de setenta y dos horas, mismo que por ser tan breve no da al inculpado la oportunidad para una adecuada defensa. Sin embargo, esto se ha resuelto en el Código Federal de Procedimientos Penales que en su artículo 161, último párrafo, prevé la duplicación de dicho término si lo solicita el inculpado para su beneficio. En virtud de que no existe una disposición semejante en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se propone una reforma al mismo que permitirá también la duplicación del término constitucional cuando esto sea para beneficio del inculpado.

NOVENA. En relación con la libertad caucional que puede concederse durante la averiguación previa por el Ministerio Público en los casos de delitos no intencionales, estimamos que si bien es acertado su procedencia, también no es del todo correcto ampliar las facultades del Ministerio Público, por lo que en la especie sería conveniente que esta facultad tuviera ciertas limitaciones, lo que se lograría a través de una intervención del órgano jurisdiccional como supervisor.

DECIMA. En cuanto a la problemática de las calificativas del delito para la libertad provisional, de acuerdo con la fracción I del artículo 20 constitucional deben incluirse las modalidades del delito para calcular el término medio aritmético, lo cual es criticable ya que se estaría

prejuzgando sobre la penalidad, por lo que estimamos que no deberían incluirse dichas modalidades del delito para determinar el derecho a la libertad provisional.

DECIMA PRIMERA. También es criticable que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal incluya a la libertad caucional en el capítulo de "incidentes", ya que por mandato constitucional, si fuere procedente, deberá concederse inmediatamente que lo solicite el inculpado, sin necesidad de tramitarla como incidente, por lo que dicho Código debería ser reformado para regular la libertad caucional en un capítulo especial.

DECIMA SEGUNDA. Al cumplirse el término constitucional de setenta y dos horas debiera resolverse la situación jurídica del procesado, al respecto una de las resoluciones más importantes es el auto de formal prisión, que debe tener como requisitos medulares la comprobación del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad. En relación con esta última nos parece acertado que el Código Federal de Procedimientos Penales disponga expresamente en el último párrafo del artículo 168 cuando se tendrá por comprobada, situación que no prevé el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, por lo que estimamos necesario una reforma que incluya en dicho ordenamiento una disposición análoga.

DECIMA TERCERA. Consideramos que las modalidades o circunstancias del delito sólo habrán de tomarse en cuenta para los efectos del auto de

formal prisión, toda vez que en dicha resolución se fija el tema del proceso y, por ejemplo, no es lo mismo juzgar por homicidio que por homicidio calificado.

DECIMA CUARTA. Por último, tenemos que el periodo de preinstrucción no sólo puede terminar con el auto de formal prisión, sino también con los de formal prisión con sujeción a proceso, de libertad por falta de elementos para procesar, o bien, con el auto de libertad absoluta, según proceda. Lo importante es que una vez vencido el término constitucional de setenta y dos horas el juez resuelva sobre la situación jurídica del procesado, lo contrario motivaría un juicio de amparo.



## BIBLIOGRAFIA

Anilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México, Editorial Tratos, Doceava Edición, México, 1989

Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa, Decimo séptima Edición, México, 1983

Claría-Omedo, Jorge A. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo IV, Ediar Editores, Buenos Aires, 1976

Collin Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, Decimo segunda Edición, México, 1990

De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, Sexta Edición, México, 1977

Díaz de León, Marco Antonio. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal Comentado, Editorial Porrúa Primera Edición, México, 1990

Franco Sodi, Carlos. Formulario de Procedimientos Penales Federales y Común, Ediciones Botas, Segunda Edición, México, 1960

Franco Sodi, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México, 1946

García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, 1989

Iglesias, Andrés. Comentario Jurídico al artículo 19 Constitucional en nuestra Constitución, Cuaderno número 9, Publicación Mexicana, México, 1990

Jimenez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Introducción al estudio de las figuras típicas, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, 1985

Osonio y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa, Editorial Porrúa, 4a Edición, México, 1989

Pallares, Eduardo. Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, 1977

Ribera Silva, Manuel Procedimiento Penal, Decimo sexta Edición, México, 1986.