

321989

# CENTRO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS

FACULTAD DE DERECHO

INCORPORADO A LA U. N. A. M. CLAVE 3219

9  
203



## LA DUPLICIDAD DEL PLAZO EN EL AUTO DE TERMINO CONSTITUCIONAL PARA EL CASO DE LOS DELITOS Y SUS MODALIDADES QUE EN SU PENA EXCEDAN DEL TERMINO MEDIO ARITMETICO DE CINCO AÑOS DE PRISION

T E S I S  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A  
OSCAR ANTONIO LOZANO SORIANO

MEXICO, D. F.

1993

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



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.

## INDICE

## INTRODUCCION

## CAPITULO PRIMERO.

1. La génesis constitucional en materia penal a partir de la Independencia Nacional hasta Nuestro Ordenamiento Supremo
  - 1.1 Constitución de Apatzingán de 1814
  - 1.2 Constitución Federal de 1824
  - 1.3 Constitución Liberal de 1857
  - 1.4 Constitución actual de 1917

## CAPITULO SEGUNDO.

2. Diligencias jurisdiccionales en el periodo de pre-instrucción
  - 2.1 Auto de radicación
  - 2.2 Declaración preparatoria
  - 2.3 Derecho de defensa
  - 2.4 Libertad provisional
  
3. Tipo de resoluciones que dicta el órgano jurisdiccional al fenecer el término de las setenta y dos horas
  - 3.1 Auto de formal prisión
  - 3.2 Auto de formal prisión con sujeción a proceso
  - 3.3 Auto de libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley en el fuero federal

#### CAPITULO CUARTO.

4. La duplicidad del plazo en el auto de término constitucional para el caso de los delitos y sus modalidades que en su pena exceda del término medio aritmético de cinco años de prisión

4.1 Necesidad de prorrogar el tiempo en el auto de término constitucional

4.2 Comentarios al artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales

4.3 Aspectos importantes entre los artículos 399 CFPP, 556 CPP DF y el 161 CFPP

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

## INTRODUCCION

En el desarrollo de esta investigación se pretende poner de manifiesto la insuficiencia en la tutela de los derechos o garantías individuales, en específico las que consagran los artículos 19 y 20 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Lo expresado tiene su causa en la necesidad imperiosa de una mejor salvaguarda de los derechos mínimos de los ciudadanos, como lo es la libertad corporal que para los hombres tiene tan alto valor; el estado debe cuidar que las garantías individuales sean protegidas y respetadas como un medio para obtener el bien común de la sociedad.

Para la realización del bien común es menester que la sociedad observe ciertas normas, respetándose derechos generales e individuales dando como resultado un estado de derecho.

No se objeta de modo alguno la racionalidad de el lapso de tiempo en que un ciudadano pueda legalmente encontrarse detenido, puesto que se trata de un derecho aceptado prudentemente por la misma sociedad, empero el legislador de nuestra Carta Magna promulgada en 1917, no tomó en consideración el aumento anárquico de nuestra población, lo que se ve reflejado en un gran incremento de trabajo en los tribunales que deben cumplir y respetar las normas plasmadas en nuestra Constitución, lo que puede originar que las resoluciones dictadas por la autoridad no tengan el estudio adecuado por falta de tiempo.

En innumerables casos el imputado no puede obtener su libertad por la comisión de un delito y sus modalidades, y si está en posibilidad de demostrar su falta de responsabilidad aportando al titular del juzgado correspondiente pruebas suficientes dentro del término de las 72 horas sin embargo el juzgador niega ese derecho de defensa por el cúmulo de trabajo, toda vez que cuenta con muy escaso tiempo para determinar la situación jurídica del ciudadano, originándose con seguridad un auto de formal prisión; así lejos de favorecer al ciudadano la garantía constitucional plasmada en su artículo 19 en este caso, le irroga un enorme perjuicio en su persona, no cumpliéndose el espíritu del constituyente que fue evitar abusos, atropellos y arbitrariedades en los detenidos por parte de las autoridades.

Ante las circunstancias comentadas, en este trabajo se indagará todas y cada una de las conveniencias sociales de la duplicidad del plazo en el auto de término constitucional para los delitos y modalidades en que el ciudadano no tenga el derecho a la tan preciada libertad, con el fin de obtener una mejor administración de justicia.

En el capítulo primero de este trabajo, conoceremos la forma en que ha cambiado con el paso del tiempo en las diversas constituciones de nuestro país la regulación procesal penal, destacando los alcances relevantes de cada una de éstas, hasta nuestro actual ordenamiento supremo.

En el segundo capítulo, se analizarán los actos de gran relevancia que deberá de desarrollar el órgano jurisdiccional, desde el momento en que el ciudadano es puesto a su disposición, hasta antes de seguirle formalmente proceso o su libertad, resolución con

la cual se abre el periodo de instrucción; los actos a que haremos referencia los enmarcaremos dentro de un periodo que le denominaremos pre-instrucción.

En el capítulo tercero estudiaremos los diferentes tipos de resoluciones que dicta el órgano jurisdiccional al fenecer el tiempo que manda la Constitución Federal de nuestra nación para el efecto de determinar la situación jurídica del ciudadano, las cuales pueden ser:

- a) Auto de formal prisión
- b) Auto de formal prisión con sujeción a proceso
- c) Auto de libertad por falta de elementos para procesar en el Fuero Federal con las reservas de ley.

En el cuarto capítulo nos percataremos del gran avance técnico jurídico de nuestro sistema procesal penal, al sugerir una duplicidad del tiempo para dictar el auto de término constitucional en la legislación adjetiva de la materia; así como la contemplación en ese sentido propuesto, por parte de nuestra Constitución Política; expondremos las razones que se tuvieron para llevar a cabo la adición al artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, por lo que se evidenciará la necesidad social de duplicar el plazo constitucional de 72 horas, beneficio que debe concederse en los casos en que por el delito y sus modalidades, el ciudadano no tenga la posibilidad en la vida práctica, de alcanzar su libertad provisional.

En el desarrollo del presente trabajo se plasmara la necesidad que existe de reformar nuestra Constitución Política de los Estados



Unidos Mexicanos, así como el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el sentido de conceder al inculcado la ampliación del tiempo en el auto de término constitucional para el efecto de aportar pruebas que conduzcan al juzgador a normarse un criterio más certero de la realidad de los hechos, siempre y cuando por el delito y sus modalidades, la persona no tuviere el derecho a la libertad, tomando también en consideración el abrumador trabajo que pesa sobre nuestro tribunales y de esta forma mejorar nuestro sistema procesal penal.

## **CAPITULO PRIMERO**

**1. La génesis Constitucional en materia penal a partir de la Independencia Nacional hasta Nuestro Ordenamiento Supremo.**

**1.1 Constitución de Apatzingán de 1814**

**1.2 Constitución Federal de 1824**

**1.3 Constitución Liberal de 1857**

**1.4 Constitución actual de 1917**

## CAPITULO PRIMERO

1. La génesis constitucional en materia penal a partir de la Independencia nacional hasta nuestro ordenamiento supremo.

### 1.1 Constitución de Apatzingán de 1814.

Una vez que quedó consumada la Independencia de México, no se llevó a cabo legislación alguna que rigiera la nueva situación que se vivía, entonces, por consiguiente, siguieron subsistiendo y rigiendo las leyes del pueblo ibérico, las cuales de ninguna forma respondían a la necesidad de la sociedad emancipada que exigía sus propias reglas acordes a sus intereses, dando como consecuencia la integración del Primer Congreso Constituyente; el cual quedó ubicado en Chilpancingo el 14 de septiembre de 1813, siendo conformado por seis diputados nombrados por el General José María Morelos y Pavón.

Así el licenciado Felipe Tena Ramírez en su obra "Leyes Fundamentales de México" indica que: " en este Primer Congreso se expidió un trascendental documento jurídico político llamado Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, conocido comúnmente con el nombre de Constitución de Apatzingán, ya que en ese sitio se llevó a cabo y sancionado el 22 de octubre de 1814" (1); en este documento se pone de manifiesto los principios de la ideología insurgente, a pesar de que tiene una gran influencia de la Constitución de Cádiz de 1812, sólo que la Constitución de Apatzingán tiende a otorgar a México un gobierno independiente.

Entre otros documentos que dieron origen a la Constitución de Apatzingán fueron los elementos constitucionales de Rayón, así como los sentimientos de la nación de Morelos; ambos documentos coinciden en la supresión de la esclavitud, de la tortura y la desigualdad de los hombres por razones de clases sociales a lo que se conocía como castas.

A continuación plasmaremos el articulado de la Constitución en estudio, que tiene que ver con la materia criminal:

"Artículo 21. Sólo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido algún ciudadano.

Artículo 22. Debe de reprimir la ley todo rigor que no se contraiga precisamente a asegurar las personas de los acusados.

Artículo 23. La ley sólo debe decretar penas muy necesarias proporcionadas a los delitos y útiles a la sociedad.

Artículo 28. Son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra el ciudadano sin las formalidades de ley.

Artículo 29. El magistrado que incurra en delito será puesto y castigado con la severidad que la ley lo mande.

Artículo 30. Ninguno debe ser juzgado, ni sentenciado, sino después de haber sido oído legalmente.

Artículo 31. Todo ciudadano se reputa inocente mientras no se declare culpable.

Artículo 32. La casa de cualquier ciudadano es un asilo inviolable.

Artículo 33. Las ejecuciones civiles y visitas domiciliarias sólo deberán hacerse durante el día y con respecto a la persona y objeto indicado en el acta que mande la visita o la ejecución.

Artículo 145. Quedan prohibidos la confiscación de bienes; el tormento, la detención sin que haya semiplena prueba o indicio.

Artículo 242. La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales se atribuye a los mismos sin que puedan ni el rey ni la corte ejercer funciones judiciales" (2).

En esta Constitución de Apatzingán consta la forma de cómo se iba a conformar el Tribunal Superior de Justicia, reconociendo a magistrados, fiscales, secretarios, jueces, tenientes, etc. Dentro de esta impartición de justicia se daba entera fe a todos los actos de los jueces, sus registros y todas y cada una de las autoridades judiciales de los mismos estados, que mediante el uniforme cuerpo de leyes les daría el camino de cómo deberían comprobarse estos actos.

En este ordenamiento se hace la escisión de los vocablos acusado, preso y detenido, asimismo queda prohibido el acto de molestia en las personas y posesiones sin que existan algunos datos que presuman y motiven la ejecución de esos actos. Por otro lado se regula la orden de cateo, también prevalece a favor de todo ciudadano el principio de inocencia dejando la carga de la prueba al estado.

Es a partir de este documento trascendental en el que al ciudadano se le protege de actos tiránicos, establece las formas que debían de llevar dichos actos, ajustándose a derecho; el

constituyente estableció que se debía de tener plena conciencia para decretar penas atendiendo al imprescindible axioma de proporcionalidad. Este excelso mandamiento supremo, en su alma liberal denota dos grandes garantías individuales como son la legalidad y la seguridad jurídica.

En esa época, México vivía un estado de guerra y por tal razón el constituyente se vió en la imperiosa necesidad de cambiar de residencia en diversas ocasiones, en virtud de que los insurgentes habían sido desalojados de las provincias del sur y a Morelos sólo le quedaban un millar de hombres, por lo que con las continuas guerras no se dió paso a la organización política del país, en consecuencia continuó rigiendo la Constitución Española de Cádiz del 18 de marzo de 1812. Es de hacer notar que en la Constitución de Apatzingán, no se contempló de modo exacto el auto de término constitucional pero se dejaba, según el artículo 21 de la misma ley fundamental, que las leyes secundarias determinaran en qué casos una persona podía ser privada de su libertad.

#### 1.2 Constitución Federal de 1824.

Existían dos tendencias políticas de extrema importancia para la formación política jurídica de México, por un lado las de tendencia federal y por la otra la tendencia centralista, imponiéndose la primera de éstas.

El 20 de noviembre de 1823 se presentó el acta constitucional, misma que constituía el anticipo de la Constitución a que hacemos referencia en el presente tema, en la que se establecían los principios y el espíritu de carácter federal, con el cual se enlazaba a las provincias.

La discusión del acta se llevó a cabo del día 3 de diciembre de 1823 al día 31 de enero de 1824, fecha en que se aprobó el proyecto con el nombre de Acta Constitutiva de la Federación Mexicana.

En vista de lo anterior nace el 4 de octubre de 1824, la publicación de nuestra primera constitución bajo el título de "Reglas Generales a que se sujetarán en todos los estados y territorios de la Federación, de la administración de Justicia", en ésta se englobaron las garantías que tenían los gobernados, esta Constitución rigió hasta el año de 1835 y en relación a la materia penal se plasmaron los siguientes artículos:

"Artículo 112. Las restricciones a las facultades del presidente son las siguientes:

- No podrá el presidente privar a ninguno de su libertad, ni imponer pena alguna, pero cuando lo exija el bien y la seguridad de la Federación podrá arrestar, debiendo poner a las personas arrestadas en un término de 48 horas a disposición del tribunal o juez competente.

- El presidente no podrá ocupar la propiedad de ningún particular, ni corporación, ni turbarlo en la posesión, uso o aprovechamiento de ella y si en algún caso fuere necesario para un

objeto de conocida utilidad general tomar la propiedad de un particular o corporación, no podrá ser sin previa autorización del senado y en sus recesos del Consejo de gobierno, indemnizando siempre a la parte interesada a juicio de hombres buenos elegidos por ella y por el gobierno.

Artículo 145. En cada uno de los estados de la Federación se presentará entera fe y de crédito a los efectos de los actos, registros y procedimientos de los jueces y demás autoridades de los otros estados; el congreso general informará según las leyes que deberán de probarse dichos actos, registros y procedimientos.

Artículo 146. La pena de infamia no pasará del delincuente que la hubiere merecido según las leyes.

Artículo 147. Queda para siempre prohibida la pena de confiscación de bienes.

Artículo 148. Queda para siempre prohibido todo juicio por comisión y toda ley retroactiva.

Artículo 149. Ninguna autoridad aplicará clase alguna de tormentos, sea cual fuere la naturaleza y estado del proceso.

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

Artículo 151. Ninguno será detenido solamente por indicios más de sesenta horas.

Artículo 152. Ninguna autoridad podrá librar órdenes para el registro de cosas, papeles y otros efectos de los habitantes de la República, sino en los casos expresamente dispuestos por la ley en la forma que ésta determine.



Artículo 153. A ningún habitante de la República se le tomará juramento sobre hechos propios al declarar en materias criminales.

Artículo 154. Los militares y eclesiásticos continuarán sujetos a las autoridades que lo están en la actualidad según las leyes vigentes.

Artículo 155. No se podrá establecer pleito alguno en lo civil, ni en lo criminal, sobre injurias sin hacer constar haberse intentado legalmente el medio de la conciliación.

Artículo 156. A nadie podrá privarsele del derecho de determinar sus diferencias por medio de jueces, árbitros, nombrados por ambas partes, sea cual fuere el estado del juicio.

Artículo 160. El poder judicial en cada estado ejercerá por los tribunales que establezca o designe la constitución; y sólo en las causas civiles o criminales que pertenezcan al conocimiento de esos tribunales serán fenecidas en ellos hasta la última instancia y ejecución de la última sentencia" (3).

En este excelso ordenamiento mexicano se contemplaron diversas garantías de seguridad jurídica entre las cuales se apuntan la prohibición en la detención de los ciudadanos por más de sesenta horas, sin que existieran indicios sobre su responsabilidad, la prohibición de la imposición de penas trascendentales, la retroactividad de la ley y la confiscación de los bienes.

Como podemos observar, el primer antecedente del auto de término constitucional vigente es el artículo 151 de la legislación suprema,

objeto de estudio en este capítulo, el cual expresó un plazo de sesenta horas como máximo para que un individuo pueda ser detenido por indicios.

### 1.3 Constitución Liberal de 1857.

Como dejan ver los autores Felipe Tena Ramirez y Feliciano Calzada Padrón en sus obras "Leyes Fundamentales de México", y "Derecho Constitucional Mexicano" respectivamente, este ordenamiento nace a la luz pública el 12 de febrero de 1857, siendo aprobado el 5 del mismo mes y año, "es el reflejo de las doctrinas de la época como las francesas que postulaban los derechos del individuo como fuente de instigación y el liberalismo como adminículo estatal para auspiciar el buen desarrollo de estos principios" (4).

Por consiguiente en este código político se instauraron diversas garantías, en favor del gobernado adosadas en el iusnaturalismo, por lo que transcribiremos fielmente los numerales que contempla esta Carta Magna en relación a la materia penal:

"Artículo 1. El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente constitución.

Artículo 11. Todo hombre tiene derecho de poseer y portar armas para su seguridad, pasaporte, salvoconducto u otro requisito semejante. El ejercicio de este derecho no perjudica las legítimas

facultades de la autoridad judicial o administrativa, en los casos de responsabilidad criminal o civil.

Artículo 13. En la República mexicana nadie puede ser juzgado por tribunales especiales.

Ninguna persona ni corporación puede tener fueros, ni gozar de emolumentos que no sean compensación de un servicio público y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan conexión con la disciplina militar. La ley fijará con toda claridad las causas de esta conexión.

Artículo 14. No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado, ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él por el Tribunal que previamente haya establecido la ley.

Artículo 15. Nunca se celebrarán tratados para extradición de reos políticos, ni para aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito la condición de esclavos, ni convenios o tratados en virtud de los que alteren las garantías y derechos que esta constitución otorga al hombre y al ciudadano.

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de un mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motiva la causa legal del procedimiento. En caso del delincuente infraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

Artículo 17. Nadie puede ser preso por deudas de carácter puramente civil. Nadie puede ejercer violencia para cobrar sus

derechos. Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia. Esta será gratuita, quedando en consecuencia abolidas las costas judiciales.

Artículo 18. Sólo habrá lugar a prisión por el delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que el acusado no se le puede imponer tales penas, se pondrá en libertad bajo fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión por falta de pago de honorarios, o de cualquier otra administración de dinero.

Artículo 19. Ninguna detención podrá ascender al término de tres días, sin que se justifique con auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley. El sólo lapso de este término constituye responsables a la autoridad que la ordene o consienta y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten. Todo maltrato en la aprehensión, o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades.

Artículo 20. En todo juicio criminal el acusado tendrá las siguientes garantías:

1. Que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusado si lo hubiere.

2. Que se tome la declaración preparatoria dentro de las cuarenta y ocho horas, contadas desde que esté a disposición del juez.

3. Que se le caree con los testigos que depongan en su contra.

4. Que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar sus descargos.

5. 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 la lista de los defensores de oficio, para que elija al que o a los que le convengan.

Artículo 21. La aplicación de las penas propiamente tales, es en exclusiva de la autoridad judicial. La policía o administrativa sólo podrá imponer como corrección, en los casos y modos que expresamente determine la ley.

Artículo 22. Quedan para siempre prohibidas las penas de mutilación, infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otra pena inusitada o trascendentales.

Artículo 23. Para la abolición de la pena de muerte queda a cargo del poder administrativo el establecer a la mayor brevedad el régimen penitenciario. Entre tanto, queda abolida para los delitos políticos y no podrá extenderse a otros casos más que al traidor a la patria en guerra extranjera, al salteador de caminos, al incendiario, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, a los delitos graves del orden criminal y a los de piratería que define la ley.

Artículo 24. A ningún juicio del orden criminal puede tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda abolida la práctica de absolver la instancia.

Artículo 29. En casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualesquiera otros que pongan a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de la República, de acuerdo con el Consejo de Ministros y con aprobación del Congreso de la Unión y en los recesos de éste, de la diputación permanente, puede suspender las garantías otorgadas por la constitución de las que aseguran la vida del hombre, pero deberá hacerlo por tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión pueda contraerse a determinado individuo" (5).

Dentro de esta legislación constitucional se puede observar una sobresaliente técnica jurídica como la regulación del auto de término constitucional, que da la certidumbre al ciudadano de la garantía de seguridad; por otro lado se especifican los derechos que gozan los acusados en todo juicio de orden criminal; delimita competencias para la aplicación de las penas.

En aquel entonces este ordenamiento supremo no fue respetado ya que los poderes en realidad habían tomado un carácter central, en el que no existía más voluntad que la de una sola persona, empero fue un gran avance legislativo dotado de ricos conceptos jurídicos vigentes hasta nuestros días.

#### 1.4 Constitución Actual de 1917.

La Constitución vigente fue promulgada el 5 de febrero de 1917 y se compone de 136 artículos que se dividen en 7 títulos, por lo que tomaremos exclusivamente los preceptos supremos que rigen el

procedimiento penal agregándoles a estos, comentarios para una mejor visión de nuestra carta política.

"Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta constitución, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y condiciones que ella misma establece.

Artículo 5, párrafo tercero. Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123" (6).

Como es de verse, únicamente se puede obligar a una persona a trabajar por pena que imponga la autoridad judicial a través de la sentencia; esta forma de compeler a un sujeto a trabajar se llama trabajo en favor de la comunidad, la cual es un substitutivo de la pena de prisión proveniente de un ilícito penal y de ninguna manera debe de confundirse con un beneficio penitenciario otorgado por la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Gobernación.

"Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán

extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta de orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda" (7).

Se debe de entender que está prohibido juzgar con leyes privativas en cuanto a que no reúnen los requisitos esenciales de una ley tales como la impersonalidad, generalidad y abstracción, ya que viola la garantía que defiende este precepto siendo el de igualdad.

Los tribunales especiales tienen características como lo es que emanan de un decreto, decisiones administrativas o legislativas, tienen funciones y finalidades específicas y su temporalidad de vigencia es limitada, en virtud de que una vez que se cumpla el designio para el que fue creado el Tribunal especial, éste se quedaría sin materia de trabajo para juzgar, toda vez que estos tribunales especiales son creados de exprofeso y en nuestro país, actualmente se encuentran prohibidos.

El fuero tenemos que comprender qué significa y para el jurista Ignacio Burgoa es " Todo privilegio o prerrogativa de cualquier especie y contenido otorgado a alguna persona o corporación" (8), lo que viene a constituir la irresponsabilidad penal de los sujetos como los senadores, Presidente de la República, ya que para lograr seguirles proceso es menester llevar a cabo un procedimiento para desaforar a los altos funcionarios de la federación y que de esta manera puedan ser juzgados como cualquier ciudadano.



"Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

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

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata" (9).

Aquí nos encontramos un principio muy importante en nuestra materia que es "la retroactividad consiste, pues en dar efectos reguladores a una norma jurídica sobre hechos, actos o situaciones producidos con antelación al momento en que entra en vigor, bien sea impidiendo la supervivencia reguladora de una ley anterior, o bien sea alterando o afectando un estado jurídico preexistente a falta de ésta" (10).

"Por el contrario el principio de la irretroactividad estriba en que una ley no debe normar actos, hechos o situaciones que hayan tenido lugar antes de que adquiriera fuerza de regulación" (11).

También en el citado artículo queda inmerso otro principio en materia penal como la garantía de audiencia que a su vez está basada en cuatro derechos subjetivos plasmados, tales como:

- Juicio previo
- Tribunales previamente establecidos
- Formalidades esenciales del procedimiento
- Leyes vigentes con anterioridad al hecho

En este precepto supremo tutela varios valores de suma importancia para el ser humano como la vida, la libertad, propiedad, posesiones, etc, ya que necesariamente para que el gobernado pueda ser privado de estos, es menester que exista un previo juicio.

Por lo que respecta al juicio previo, principio anotado, debe de entenderse como el procedimiento que se ha de llevar a cabo para obtener un fin perseguido que es la resolución o sentencia en el que desde luego, para tal efecto no se puede prescindir del derecho de audiencia y defensa.

Otro principio que entra dentro de la garantía de seguridad jurídica es el de los tribunales previamente establecidos; en la que nos quiere decir que los tribunales, no son únicamente los órganos judiciales, sino también las autoridades de índole administrativo, siempre acatando las reglas máximas como el multicitado derecho de audiencia, por lo que la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado en el siguiente criterio, el cual reza:

"Las garantías individuales del artículo 14 constitucional se otorgan para evitar que se vulneren los derechos de los ciudadanos sujetos a cualquier procedimiento, bien sea administrativo, civil o penal, por lo que es errónea la apreciación de que sólo son otorgadas para los sujetos del último" (12).

Atendiendo a nuestra materia, los órganos jurisdiccionales son los únicos competentes para dictar actos de privación de la libertad de los ciudadanos, además deberán de estar establecidos previamente a la comisión de los hechos, conociendo todo tipo de asuntos relacionados con hechos posiblemente delictuosos.

En relación a las formalidades esenciales del procedimiento se consignan en los artículos 159 y 160 de la Ley de Amparo como privación de defensa en perjuicio del quejoso, así como todos los derechos mínimos del acusado que se ennumeran en el artículo 20 de nuestra Carta Política.

El último principio que consagra la garantía de audiencia es el de la existencia de leyes vigentes con anterioridad al hecho, en ésta queda comprendida ya en el texto relativo a la retroactividad de las leyes del mismo artículo 14 constitucional.

Para finalizar este comentario del artículo 14 constitucional en lo tocante a que en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata; diremos que se conoce como "nullum poena sine lege" es decir, no se puede imponer pena alguna si no existe una ley que se aplique al caso en concreto.

"Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que proceda de 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 disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de delitos que se persigan 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. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluiría, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia" (13).

Este artículo nos señala que todos los gobernados gozamos de seguridad jurídica en relación a las autoridades, en virtud de

que no se les deja a su arbitrio tener intervención en la esfera jurídica de los ciudadanos sino que por el contrario, se establecen las formas y casos en que la autoridad puede actuar legítimamente contra las personas como la excepción de flagrante delito.

Para que se libre una orden de aprehensión es menester que provenga de autoridad judicial, sea o no competente y que proceda una acusación, denuncia o querrela, los cuales son requisitos de procedibilidad, de un hecho que se castigue con pena corporal, mas la declaración de persona digna de fe, sin estos requisitos supremos, no es posible privar a un gobernado de su libertad.

"Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estén expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial, su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales" (14).

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

En este ordenamiento se prohíbe la vindicta privada y por otro lado se corrobora el principio de "nullum poena sine lege", en esta

disposición constitucional queda inmersa la delegación de la sociedad en favor del estado de impartir justicia conforme a las leyes en forma gratuita.

En materia penal para que los tribunales estén en posibilidades de impartir justicia, es necesario que el Ministerio Público investigador dependiente del Poder Ejecutivo, ejercite la acción penal ante los tribunales, por lo que este representante social queda fuera del alcance de este dispositivo supremo y aunque formalmente a éste no se le considere una autoridad encargada de impartir justicia, consideramos que es un auxiliar en la etapa de investigación para la administración de justicia, sin el cual no sería realizable este fin.

"Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto de que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados" (15).

Los gobiernos de la Federación y de los estados organizarán un sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres cumplirán sus penas en lugares separados de los destinados para los hombres para tal efecto.

Los gobernadores de los estados sujetándose a los que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos

sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.

La Federación y los gobiernos de los estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren cumpliendo penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo y los reos de nacionalidad extranjera, sentenciados por delitos del orden federal en toda la República o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los gobernadores de los estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.

Escrutando este artículo podemos concluir que necesariamente para que una persona se encuentre en prisión preventiva debe de existir como presupuesto que la ley aplicable contemple en su sanción una pena corporal, misma que a la vez puede estar acompañada de una sanción económica ya sea forzosa o a discreción del juzgador.

También encontramos que para que una persona pueda estar en prisión preventiva sólo existen dos caminos posibles:

a) Por medio de la consignación con detenido por parte del agente del Ministerio Público.

b) Mediante la orden de aprehensión solicitada por el Ministerio Público y obsequiada por el Juez.

"Artículo 19. Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresaran el delito que se le impute al acusado, los elementos que constituyan 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" (16).

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 maltratamiento 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.

Esta es una garantía de seguridad jurídica para todos los gobernados ya que nos da la certeza del tiempo en que un ciudadano puede estar legalmente privado de su libertad corporal.



Asimismo en el auto de formal prisión deberá de precisar el o los delitos por los cuales se instruirá proceso a la persona basándose en hechos delictuosos sobre los cuales recaerá una sentencia.

El juez tiene la obligación, dentro de las 72 horas en que una persona está a su disposición, de entregarle una copia del auto de término constitucional al alcalde; si éste último no lo recibiere, el juez cuenta con 3 horas más, para que dé cumplimiento a lo anterior y si no lo hiciere, entonces la persona se pondrá en libertad, haciendo responsable a la autoridad respectiva consignando inmediatamente a las personas que cometan dicha infracción conforme al artículo 107, fracción XVIII de Nuestra Constitución Federal.

"Artículo 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 requisitos que poner la suma de dinero respectiva, la 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 la 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 o perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos 3 veces mayor al beneficio obtenido o a los daños o 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.

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

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 hacerseles todas las preguntas conducentes a su defensa.

V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesaria, al efecto y

auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.

VI. Será juzgado en audiencia pública por el juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir; vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito; siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor a un año de prisión. En todo caso serán juzgador por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la nación.

VII. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

VIII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión y ante de un año si la pena máxima excediere de este tiempo.

IX. Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará la lista de los defensores de oficio, para que elija el que, o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. 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; pero tendrá la obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite.

X. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquier otra

prestación en dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención" (17).

En este artículo encontramos las garantías de seguridad jurídica en el que se reglamentan los derechos mínimos de todo acusado.

Aquí se muestra un mayor avance jurídico para que todos los gobernados tengan la certeza de ser oídos en juicio, así como las facilidades que se le brindan para elaborar su defensa y un lapso de tiempo para que sean juzgados mediante una sentencia.

Se regula el derecho a la libertad provisional bajo caución, así como la forma en que deberá de garantizar ésta, a juicio del juez en su aceptación.

"Artículo 21. La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél" (18).

Nos encontramos ante la presencia del monopolio de la acción penal por medio del Ministerio Público, en el que la policía judicial estará bajo el mando de éste. El Ministerio Público en la etapa de

averiguación previa tiene el carácter de autoridad y con función de investigación, pero como institución que es, al encontrarlo ante la autoridad judicial, pierde el carácter que lo reviste en la indagatoria para transformarse en parte y se encargará de perseguir los delitos solicitando la pena aplicable al caso en concreto.

Por otro lado la única autoridad que tiene la facultad de imponer penas es la judicial, entendiéndose por ésta, aquella que tiene facultad de decir el derecho, valorando las pruebas que las partes ofrecieron en el sumario; y en consecuencia se producirá la sentencia respectiva.

"Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, los tormentos de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

No se considerará como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por una autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago del impuesto, o multas, ni el decomiso de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109.

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador

de caminos, al pirata y a los reos de los delitos graves del orden militar" (19).

En este precepto constitucional hace una referencia meramente enunciativa de algunas penas prohibidas y asimismo dentro de las penas inusitadas son aquellas que ya no se imponen por no sancionarse de esa manera; por lo que respecta a las penas trascendentales son aquellas en las que los efectos del delito van más allá de la persona responsable y la transgresión a este precepto da lugar al juicio de amparo.

"Artículo 23. Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia" (20).

Se prohíbe en todo juicio criminal que exceda de tres instancias, ya que no es posible postergar indefinidamente una resolución firme en atención a la presunción de inocencia, en la actualidad en México sólo existen dos instancias toda vez que el amparo es un juicio nuevo y no ordinario.

Por otro lado, a nadie se le puede juzgar dos veces por un mismo delito, siempre y cuando se haya pronunciado una sentencia y cause ejecutoria, siendo el principio de non bis in idem.

En conclusión observamos que durante la evolución histórica jurídica que ha tenido nuestra nación, recibieron diversas

ideologías, empero cada vez se contaba con una mejor técnica legal, depurando su redacción, estilo, etc.

En relación al tema materia de este trabajo se hace ostensible la falta total de antecedente de la duplicidad del lapso de tiempo que se tiene para emitir el auto de término constitucional, ya que anteriormente lo que se corrigió fué el tiempo para que un ciudadano fuese legalmente privado de su libertad, derivando hasta nuestra constitución vigente, documento que tampoco contempla nada al respecto.

## CITAS PRIMER CAPITULO

- (1) Tena Ramírez, Felipe. "Leyes Fundamentales de México 1808-1985", Editorial Porrúa S.A., 13a. edición, México, 1985, p.28 y 29
- (2) Idem, p. 30
- (3) Op. Cit., p. 184, 190, 191.
- (4) Calzada Padrón, Feliciano. "Derecho Constitucional". Editorial Harla S.A. de C.V., n.e., México, 1990, p. 89 y 90
- (5) Tena Ramírez, Felipe. Op. Cit., p. 607, 608, 609, 610.
- (6) Idem, p. 817, 819.
- (7) Op. Cit., p. 821.
- (8) Burgoa, Ignacio. "Las garantías individuales". Editorial Porrúa S.A., 19a. edición, México, 1985, p. 291
- (9) Idem, p. 821.
- (10) Burgoa, Ignacio. Op. Cit., p. 500
- (11) Idem, p. 501
- (12) "Semanario Judicial de la Federación". Tomo L, México, p. 1552.
- (13) Tena Ramírez, Felipe. Op. Cit., p. 822.
- (14) Idem, p. 822.
- (15) Op. Cit., p. 822.
- (16) Op. Cit., p. 823.
- (17) Op. Cit., p. 823, 824.
- (18) Op. Cit., p. 824.
- (19) Op. Cit., p. 825.
- (20) Op. Cit., p. 825.



## **CAPITULO SEGUNDO**

### **2. Diligencias jurisdiccionales en el periodo de pre-instrucción**

**2.1 Auto de Radicación**

**2.2 Declaración Preparatoria**

**2.3 Derecho de Defensa**

**2.4 Libertad Provisional**

## CAPITULO SEGUNDO

### 2. Diligencias Jurisdiccionales en el periodo de Pre-instrucción

#### 2.1 Auto de radicación.

Para el maestro Guillermo Colín Sánchez, el auto de radicación es "la primera resolución que dicta el órgano de la jurisdicción, con ésta se manifiesta en forma efectiva la relación procesal, pues es indudable que, tanto el Ministerio Público como el procesado, quedan sujetos, a partir de ese momento, a la jurisdicción de un tribunal determinado" (21).

De esta definición se desprende que es la primera intervención del órgano jurisdiccional, siendo el enlace que existe entre la etapa de averiguación previa y el juzgador en la cual se sujeta a las partes a actuar ante la presencia del juzgado.

A este auto de radicación, también se le conoce como cabeza de proceso o auto de inicio, sin el cual no puede ser posible la continuación del proceso en virtud de que es a partir de este auto, cuando da comienzo el tiempo de setenta y dos horas naturales, para que el juez determine la situación jurídica de un indiciado.

Este auto llamado también cabeza de proceso realmente no se encuentra contemplado en nuestro ordenamiento supremo, ya que sólo hace alusión al término de las 72 horas en que una persona pueda estar legalmente detenida, sin mencionar el cómputo para tal efecto, es decir ¿a partir de qué momento? toda vez que como es de explorado derecho, existen dos grandes etapas que son la averiguación previa, la instrucción y en la carta magna no especifica la forma de comenzar el conteo antes mencionado.

Por otra parte el maestro Sergio García Ramírez en su obra de Derecho Procesal Penal sostiene que "el auto de radicación es el inicio del proceso y no de una fase preparatoria de éste, ya que es la relación jurídica procesal existente entre la averiguación previa y el órgano jurisdiccional y de éste con las partes" (22).

Para nuestra forma de ver las cosas, el maestro Sergio García Ramírez incide en considerar que el auto de radicación es el inicio del proceso y no de una fase preparatoria porque hablando en sentido procesal, el procedimiento son toda la serie de actos enlazados y con un fin común y que pueden existir procedimientos administrativos, laborales, etc. En este orden de ideas, el proceso se caracteriza por ser meramente jurisdiccional, por lo que tanto la averiguación previa, el auto de radicación y la declaración preparatoria son parte de lo que denominamos pre-instrucción ya que la base de todo proceso penal, es el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, en virtud de que con éstos se determina con exactitud el o los delitos y la probable responsabilidad, por lo que debe seguirse proceso a una

persona, finalizando con una sentencia ya sea favorable o desfavorable. En el caso contrario, ¿qué sucedería si el juzgador dentro de las 72 horas resolviera la situación jurídica de una persona con un auto de libertad por falta de méritos o elementos para procesar?, la respuesta es, sin duda alguna, que tanto el auto de radicación como la declaración preparatoria no forman parte del proceso, habida cuenta de la falta de resolución definitiva mediante la instrucción.

La razón del auto de radicación es iniciar el conteo de las 72 horas y como el auto de formal prisión es la base del proceso penal y es un acto ulterior al auto de radicación, este último a pesar de ser dictado por el órgano jurisdiccional no forma parte del proceso.

En relación a los requisitos del auto de radicación, no tienen forma establecida en la legislación, ni apoyo legal que lo sustente, empero se puede decir que son para el maestro Colín Sánchez:

- " a) Fecha y hora en que se recibió la consignación
- b) La orden para que se registre en el libro de Gobierno y se den los avisos correspondientes
- c) Los avisos deberán dirigirse tanto al superior como al Ministerio Público adscrito
- d) La orden para dictar las diligencias señaladas en la Constitución General de la República y del Código de Procedimientos Penales, si hay detenido" (23).

Para el maestro Manuel Rivera Silva, estos requisitos formales pueden ser:

- " a) nombre del juez  
b) lugar  
c) año  
d) mes  
e) día  
f) hora  
g) radicación del asunto  
h) intervención del Ministerio Público  
i) orden para que se proceda a tomar al detenido su preparatoria en audiencia pública  
j) que practiquen las diligencias necesarias para establecer si está comprobado o no, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad" (24).

Como se puede apreciar estos elementos formales reúnen todos los requisitos que deben de tener cualquier auto judicial. Ya que en la práctica por ser un acto meramente jurisdiccional lo revisten de las formalidades de todo auto emitido por la autoridad judicial, pero como se dijo anteriormente no existe el sustento jurídico de la forma o requisitos con que debe de contar el auto de cabeza de proceso.

El único fundamento del auto de radicación, lo encontramos en los artículos 286 bis del Código adjetivo distrital, así como el

artículo 142 del Código Federal de Procedimientos Penales, sin embargo como ya se hizo notar, los requisitos formales no se encuentran regulados.

Ahora nos encargaremos de plasmar los efectos del auto de cabeza de proceso, los cuales nos permitirán establecer sus límites. Para el maestro Manuel Rivera Silva, son los siguientes:

" a) fija la jurisdicción del juez. Es decir, el juez tiene la facultad y obligación de poder decir el derecho en todas las cuestiones que se le plantean, relacionadas con el asunto en el cual se dictó el auto de radicación (art.449 Código de Procedimientos Penales y 432 Código Federal de Procedimientos Penales).

b) vincula a las partes a un órgano jurisdiccional. Lo que implica que las partes, Ministerio Público y defensor no puedan promover diligencias ante el Tribunal.

c) sujeta a terceros al órgano jurisdiccional. También éstos tienen que concurrir a él.

d) abre el período de preparación del proceso. A partir de que se dicta este auto, comienza a correr un lapso de tiempo de 72 horas en el que se debe de fijar una base segura para el inicio de un proceso.

e) produce efectos fuera del ámbito jurisdiccional. En relación a los empleados del Servicio Exterior Mexicano, en el que les acarrea la suspensión de empleo sin goce de sueldo" (25).

El maestro de agnomento, Sergio García Ramírez está de acuerdo con el licenciado Manuel Rivera Silva, sólo que difiere de éste en

virtud de que el inciso "d)" para el estudioso en mención, es una consecuencia para él.

Para nosotros, epilogando lo anterior podemos decir que los efectos del auto de radicación son de sujeción a las partes, por lo que tanto la declaración preparatoria y auto de término constitucional, necesariamente revisten un carácter de consecuencias ya que un efecto siempre debe darse y en cambio las consecuencias no; verbigracia cuando se consigna un expediente sin detenido, al realizar el juez el auto de radicación dará vista al agente del Ministerio Público de la adscripción para que solicite al juzgador la orden de aprehensión, y una vez cumplida que sea, velar en lo posible sobre la obtención de un auto de formal prisión que se emita dentro del término constitucional.

En relación a este auto de radicación surge una pregunta ¿una vez que se consigna el expediente al juez sin detenido, de cuánto tiempo dispone para dictar el auto de cabeza de proceso?, la respuesta la encontramos categóricamente plasmada en el artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 142 del Código Federal de Procedimientos Penales, se establece como un tiempo suficientemente considerable de diez días contados a partir del que se haya hecho la consignación, ya que por el cúmulo de trabajo que tiene el juez, éste no puede como se ordena, radicar de inmediato el asunto, por ello se le otorgó un plazo más que razonable para el debido cumplimiento de la anterior disposición.

En caso de incumplimiento a lo comentado, en el supuesto de que el juez no dictare el auto de cabeza de proceso en el tiempo que la ley señala; da la posibilidad al agente del Ministerio Público de ocurrir en queja en el fuero común ante la Sala Penal del Tribunal que corresponda y en el fuero del orden federal ante el tribunal Unitario de Circuito que corresponda; asimismo es de hacerse notar que se faculta al agente del Ministerio Público a recurrir en queja y no se le impone la obligación de llevarla a cabo, toda vez que de ser así se caería en el error procesal de que todo recurso debería de interponerse oficiosamente, porque hablando en puridad procesal, los recursos se interponen a instancia de parte agraviada, lo que dicha redacción de los anteriores artículos es correcta.

La situación se torna de diferente forma cuando el expediente se consigna con detenido, ya que en caso de incumplimiento del órgano jurisdiccional estaría violando la garantía de igualdad y seguridad jurídica, en la inteligencia de que como sabemos, se estaría cometiendo el delito de privación ilegal de la libertad, lo cual hace responsable a todos aquellos que la consientan, por ello Su Señoría, en la práctica una vez que se le consigna el expediente con detenido, inmediatamente dicta el auto de radicación para que se cumplan todas y cada una de las formalidades del procedimiento, como lo es la de tomarle al indiciado, dentro de las 48 horas de su consignación a los tribunales, su declaración preparatoria; así como la obligación constitucional de determinar su situación jurídica en un término que no puede exceder de 72 horas, también contadas a partir de su



consignación ante los tribunales, para que el juzgador pueda definirle al acusado la situación jurídica que guarda.

Así pues, el auto de radicación, aunque al parecer no se ha escrito en demasía sobre ello, es de vital importancia ya que como apreciamos en este estudio, tiene grandes efectos procesales siendo la cabeza o inicio del procedimiento ante el órgano jurisdiccional, que ordenará que se dé vista al agente del Ministerio Público adscrito para que promueva lo que a su interés compete, así como la orden de que se continúen las diligencias constitucionales y procesales. Cuando la consignación se realiza con detenido, al dictar el auto cabeza de proceso, da comienzo el conteo de las 72 horas y en su caso previa la solicitud de ley, la prórroga del auto de término constitucional por el doble del tiempo, así el juez puede definir de una mejor forma el estado jurídico en que se encuentra una persona.

## 2.2 Declaración Preparatoria.

Antes de entrar de lleno al estudio de la declaración preparatoria, es conveniente exponer algunas definiciones de los diversos estudiosos del derecho; al respecto nos dice el maestro Guillermo Borja Osorno "la declaración preparatoria es la primera declaración que como acusado hace una persona ante un juez" (26).

Para Fenech "La declaración del imputado es un acto procesal en virtud del cual, éste emite una declaración de conocimiento sobre los hechos que se le imputan como consecuencia de un interrogatorio judicial, preceptivo para el titular del órgano jurisdiccional, y

encaminado a formar su convencimiento sobre la verdad de los hechos en que ha de fundarse su decisión sobre el objeto del proceso" (27).

Para el licenciado Guillermo Colín Sánchez, "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 ejercitó la acción penal en su contra para que pueda llevar a cabo sus actos de defensa y el Juez resuelva su situación jurídica dentro del término constitucional de las setenta y dos horas" (28).

González Bustamente dice que "la declaración preparatoria se rinde, por lo general, después del auto de radicación y consiste en que la persona a quien se imputa un delito comparece por primera vez ante un Juez a explicar los móviles de su conducta, sea en su aspecto de inculpación o en los aspectos de atenuación o exculpación, por su importancia conviene más estudiarla como garantía constitucional o como acto procesal" (29).

Resultaría muy osado de nuestra parte brindarle una definición de la declaración preparatoria, empero, dejamos en este trabajo algunos conceptos para que el lector se incline a pensar como mejor le parezca.

En la declaración preparatoria el acusado o indiciado hace una manifestación de hechos en la que se prepara, dispone o previene de alguien, para una acción que se ha de seguir; por lo que la finalidad de esta diligencia es informar al inculpado sobre el procedimiento

Judicial instaurado en su contra para que conteste los cargos que se le atribuyen.

Ahora comenzaremos por estudiar los aspectos constitucionales de la declaración preparatoria, en la que veremos los imperativos para el juez, ya que son obligaciones ineludibles y que deben de regirse por los principios del Derecho Procesal Penal:

I. Obligación en tiempo. Tal y como lo ordena el artículo 20 fracción III de nuestra Carta Política, establece que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la consignación a la justicia, se le tomará su declaración preparatoria.

II. Obligación de la forma. El mismo artículo 20 fracción III de la Constitución indica que se deberá de llevar a cabo en audiencia pública, es decir donde el público tenga libre acceso.

III. La obligación de dar a conocer el cargo que se le atribuye: el juez deberá de dar a conocer al indiciado el nombre de su acusador, 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 ese acto su declaración preparatoria.

De estos deberes para el Juez a nivel supremo, tendrá la obligación sin exceder de 48 horas, de tomarle la declaración preparatoria al indiciado, es decir está facultado para llevar a cabo esta diligencia en el momento inmediato de que fue puesto a su disposición.

Por lo que respecta al aspecto formal de la declaración preparatoria referente a que esta diligencia se debe de llevar a cabo en audiencia pública o lo que es lo mismo, donde tenga libre acceso el público, teniendo restricciones a la regla como la prohibición de estar presentes las personas que vayan a declarar en ese asunto como testigos, atendiéndose además a las reglas establecidas para las audiencias, como lo es que las personas no aparenten menos de catorce años de edad y cuando se atente contra la moral, la diligencia tendrá lugar a puerta cerrada.

El derecho a la información del cargo que pesa en contra del indiciado no se puede prescindir, ya que tiene como finalidad que el indiciado conteste y narre al juzgador su dicho, lo cual le da la certeza de ser escuchado, valorando el juez su testimonio para el momento procesal subsiguiente.

Es importante destacar que momentos antes y después de la diligencia de la declaración preparatoria, el juzgador hará valer otras garantías constitucionales en favor del indiciado consignados en el artículo 20, las que mencionaremos a continuación:

A) El juez advertirá al indiciado del derecho que tiene para que ninguna persona lo obligue a declarar en su contra, por lo que queda **IMBIBITO**;

- El derecho a guardar silencio

- El derecho a no dar respuesta alguna a las preguntas que le pudiera formular el agente del Ministerio Público adscrito

- El derecho a no dar respuesta alguna a los inquirimientos que le pudiera formular la defensa

- El derecho a mentir sin sanción alguna, sobre los hechos que se le atribuyen, esto atiende al instinto de conservación del sujeto

B) Antes de que se le tome su declaración preparatoria el juez le hará saber al indiciado el derecho que tiene para defenderse por sí mismo o por persona de su confianza y dado el caso de no tener quién lo defienda, el juzgador le presentará la lista de los defensores de oficio para que elija al o los que le convengan, empero si no quisiera defensor alguno, ni defenderse a sí mismo, el juez le nombrará un defensor de oficio, esto es con la finalidad de que al indiciado no se le deje en estado de indefensión.

C) Una vez concluida la recepción de la declaración preparatoria del indiciado o en su caso, la negativa de no querer declarar, el juez le hará saber el derecho que le asiste en su caso, para disfrutar de la libertad provisional para que en cuanto se le solicite se le indiquen las formas y términos señalados por la ley para lograr su libertad.

De lo anterior resulta que la declaración preparatoria necesariamente estará revestida de libertad en la exposición que haga el indiciado, sin influencias de ninguna índole, como la coacción y procesalmente hablando se observarán los principios de publicidad, oralidad e inmediatidad.

El maestro Guillermo Borja Osorno dice "en la declaración preparatoria hábilmente tomada, es fácil establecer la personalidad del sujeto del delito para apreciar el grado de peligrosidad que revele" (30).

Entrando en el campo procesal hablaremos tanto de los requisitos que establece el Código Federal de Procedimientos Penales para la declaración preparatoria como los estipulados en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal por lo que comentaremos por jerarquía.

Requisitos del Código Federal de Procedimientos Penales indicados en los artículos 153 al 160:

I. La declaración preparatoria se recibirá en local al que tenga acceso el público

II. No pueden estar presentes los testigos que deban ser examinados con relación a los hechos que se averigüen

III. Se le comenzará a tomar por sus generales

IV. Se le hará saber el derecho que tiene para defenderse por sí o por persona de su confianza y si no lo hace, el juez le nombrará un defensor de oficio

V. Se le hará saber el derecho que le asiste a la libertad bajo caución

VI. Se le hará saber en qué consiste la denuncia, acusación, o querrela y los nombres de los testigos que depongan en su contra.

VII. Se le preguntará si es su deseo declarar y si es afirmativo será examinado sobre los hechos consignados y en caso contrario el juez respetará su voluntad dejando constancia en el expediente de ello.

VIII. Se le harán saber todas las garantías que le otorga el artículo 20 constitucional

IX. Se practicarán los careos entre el inculcado y los testigos que hubieren declarado en su contra si estuvieren en el lugar del juicio

X. La declaración preparatoria será oral y sin asesoramientos de otra persona

XI. El agente del Ministerio Público y la defensa podrán interrogar al inculcado previa anuencia de éste de acuerdo a lo que dispone la fracción II del artículo 20 constitucional.

Ahora daremos inicio a los requisitos establecidos en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal vigente indicados en los artículos 287 al 296:

I. La declaración preparatoria se tomará dentro de las cuarenta y ocho horas contadas desde que el detenido queda a disposición de la autoridad judicial

II. La declaración preparatoria será pública

III. No podrán estar presentes en la declaración preparatoria las personas que tengan que ser examinadas como testigos en la misma averiguación y aquellas que no cumplan lo estipulado en el capítulo VII, Título Primero de la Ley adjetiva penal

IV. Se le tomarán sus generales al indiciado

V. Se le hará saber el derecho que tiene para defenderse por sí o por persona de su confianza, si no lo hace se le nombrará a un defensor de oficio

VI. Se le hará saber el derecho que tiene en su caso a la libertad bajo caución

VII. Se le hará saber en qué consiste la denuncia, acusación o querrela, los nombres de sus acusadores y los de los testigos que declaren en su contra

VIII. Se le preguntará si es su deseo declarar, en caso afirmativo se le examinará sobre los hechos consignados y si decidiere no declarar el juez respetará su voluntad y el juez dejara constancia de ello en el expediente

IX. Se le harán saber al indiciado de todas las garantías que otorga el artículo 20 constitucional

X. El agente del Ministerio Público y la defensa podrán interrogar al indiciado desde luego, previo consentimiento de éste atendiendo a la fracción II del artículo 20 de nuestra Carta Política

XI. Se practicarán los careos entre el inculcado y los testigos que hayan declarado en su contra y estuvieron en el lugar del juicio.

Resulta circunspeto hacer notar que la declaración preparatoria, formalmente hablando, concluye con los careos constitucionales y tiene atingencia con el artículo 295 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, empero en la práctica la declaración preparatoria termina con las preguntas que formula el órgano jurisdiccional para estadística.

En la diligencia de declaración preparatoria el agente del Ministerio Público y la defensa tendrán el derecho a interrogar al inculcado, empero éste tiene la facultad de responder o no a las preguntas que se le formulen las partes, pudiendo dar contestación a



ambos, a uno solo o a ninguno, lo cual quedará acentado en la misma diligencia.

Es conveniente preguntarnos ¿qué sucede cuando el agente del ministerio público no concurre a la diligencia de declaración preparatoria? la respuesta debe de ser que la parte agraviada interpondrá ante el juez de origen, la nulidad de la diligencia conforme al artículo 27 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, tramitándose de acuerdo a los incidentes no especificados y su resolución es apelable en efecto devolutivo.

La declaración preparatoria que rinda el inculpado, deberá de ser espontánea, es decir, sin que sea asesorado por alguna persona ya que de lo contrario atentaría contra la finalidad que debe de perseguir el juzgador que es el conocimiento de la verdad histórica, originando como consecuencia una resolución inicua, como lo dispone el artículo 155 del Código Federal de Procedimientos Penales que en sustancia argumenta que: La declaración preparatoria se rendirá oralmente por el inculpado, sin que sea aconsejado o asesorado por persona alguna en el momento de rendirla, salvo en lo que respecta a las informaciones u orientaciones que legalmente deba darle el juzgador.

El inculpado podrá dictar sus declaraciones, pero si no lo hiciere, las redactará con la mayor exactitud posible el juzgador que practique la diligencia. Si fueran varios los inculpados por los mismos hechos, se les tomará declaración por separado, en una sola

audiencia. Cuando haya diversos inculcados que deban rendir declaración, el juez adoptará las medidas precautorias previstas en el artículo 257 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En los casos cuando sean varios sujetos y delitos que a éstos se les atribuyan, es muy aconsejable que por la escasez del tiempo con que cuenta el juez para determinar su situación jurídica, si hay elementos de prueba, el inculcado le conviene solicitar la ampliación del auto de término para el efecto de que el juzgador goce de más tiempo para el debido estudio de la averiguación.

Otro aspecto inquietante y a la vez trascendental de la declaración preparatoria consiste en determinar la situación cuando un sujeto se encuentra en libertad provisional y no cumple con las prevenciones de ley del artículo 567 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el 411 del Código Federal de Procedimientos Penales, como consecuencia el agente del Ministerio Público solicita la orden de reaprehensión y cumplimentada que sea, se pone al procesado a disposición del juez ordenador ¿resulta procedente volverle a tomar la declaración preparatoria o es anticonstitucional, por ya haberse efectuado? Conforme al artículo 287 del código de procedimientos Penales para el D. F., a la letra: "Dentro de las cuarenta y ocho horas contadas desde que un detenido ha quedado a disposición de la autoridad judicial encargada de practicar la instrucción, se procederá a tomarle su declaración preparatoria" (31). La declaración preparatoria sería procedente volvérsela a tomar ya que al reaprehender al sujeto incumplidor, éste

vuelve a quedar a disposición de la autoridad judicial teniendo la calidad de detenido y en ese sentido el paso a seguir sería tomarle la declaración preparatoria; empero, nuestra más alta legislación en su artículo 20 fracción III textualmente expresa "Se le hará saber en audiencia pública y dentro de las 48 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"(32). Es evidente a la luz de este texto considerar en base al cuestionamiento planteado líneas atrás la inconstitucionalidad del acto en la inteligencia de que se habla, que se le tomará la declaración preparatoria dentro de las 48 hrs a su consignación a la justicia y en el caso de la reaprehensión, la consignación ya fue hecha lo que motivó el auto de radicación; en caso de ser procedente la nueva toma de declaración, necesariamente tendría que dictarse nuevo auto de formal prisión o auto de formal prisión con sujeción a proceso, lo cual es anticonstitucional, toda vez que sería como iniciar otra vez un proceso, el cual ya se viene desarrollando y en conclusión bajo nuestro punto de vista. En la captura de un procesado motivada por el incumplimiento de las obligaciones procesales mediante la respectiva orden de reaprehensión resultaría anticonstitucional otra toma de declaración preparatoria, toda vez que sería como volvérselo a seguir proceso por los mismos hechos, estando expresamente prohibido por nuestra Constitución Federal en su artículo 23.

Epilogando lo expresado con antelación, creemos que la declaración preparatoria, es un momento procesal importante ya que al

inculcado se le informa la naturaleza del cargo que se le atribuye, así como ser el primer contacto ante el juez de instancia, y también el indiciado va preparando su defensa dejando al juzgador un panorama con mayores bases para que se encuentre en posibilidad de determinar la situación jurídica del inculcado o bien es muy importante señalar que el indiciado puede aportar pruebas de descargo dentro del periodo de tiempo de las 72 horas constitucionales.

### 2.3 Derecho de defensa

Es conveniente apuntar algunos conceptos que se tienen sobre la defensa por lo que Miguel Fenech, nos dice "se entiende por defensa en sentido amplio toda actividad de las partes encaminada a hacer valer en el proceso penal sus derechos e intereses, en orden a la actuación de la pretensión punitiva y la de resarcimiento en su caso, o impedirlos según su posición procesal" (33).

Sin embargo para el connotado autor Ernest Beling la defensa debe de entenderse bajo dos puntos de vista, que son:

A) Defensa formal. "Es una necesidad de protección para el inculcado, de que la ley se hace cargo creando el papel especial de defensor.

B) Defensa material. "Es la actividad encaminada a proteger al inculcado en contra de las molestias procesales y las sentencias desfavorables sobre el fondo" (34).

La defensa vista en su connotación amplia, se ha considerado como un derecho natural e indispensable para la conservación de la

persona, de sus bienes, de su honor y de su vida, empero dentro del proceso penal es una institución indispensable, al respecto Carrara subraya: "La sociedad tiene interés directo en la defensa del acusado porque necesita, no una pena que caiga sobre una cabeza cualquiera, sino el castigo del verdadero culpable y de este modo la defensa no es solo de orden público secundario, sino de orden público primario" (35).

Creemos oportuno ahora hacer una somera remembranza histórica de la defensa del inculcado en la que observaremos algunos ordenamientos jurídicos y de este modo en la antigüedad griega la defensa constituía un derecho indiscutible del imputado conociendo desde un principio la causa y la naturaleza de la acusación que pesaba en su contra, sin embargo originalmente el acusado se tenía que defender por si mismo, ulteriormente recurrieron a un hábil orador que los asistía.

En el Fuero Juzgo el imputado tenía la posibilidad de defenderse por si mismo y la opción de nombrar personeros o mandaderos, los cuales tenían la figura jurídicamente hablando de representantes. Así en el Fuero Real se aceptaba ya lo que se conocía como el Bozero, el cual no era netamente un representante, sino que únicamente alegaba por el acusado, tal y como lo apunta el licenciado Sergio García Ramírez en su obra "Derecho Procesal Penal".

En contraste con lo anterior, en el régimen inquisitorial, el indiciado sufre un cambio desde el punto de vista jurídico perdiendo

su calidad de parte, convirtiéndose en un objeto del procedimiento, el cual tenía la característica de ser secreto y dando por consecuencia que el derecho a la defensa se viera erradicado.

En el derecho germano que esencialmente es formal, el acusado se hacía representar por un intercesor que paulatinamente se constituyó en un defensor autorizado por su Carta Magna.

En México el proyecto del artículo 24 de la Constitución en el Congreso de 1856-1857 se instauró que se escuchase en defensa al acusado por sí o por personero o ambos y ya en la Constitución Liberal de 1857 se plasma el artículo 20 fracción V que es el derecho para defenderse por sí o por persona de su confianza y en su caso por un defensor de oficio.

De esta manera observamos como la Institución de la defensa es el producto de la civilización y de las conquistas liberatorias; es un signo inequívoco del sistema procesal acusatorio y del progreso obtenido en el orden jurídico procesal.

Así el derecho de defensa está íntimamente vinculado al concepto de libertad; toda vez que da la posibilidad al individuo de actuar contra todo lo que tienda a destruir los derechos que le otorgan las leyes, ya que dentro de todo régimen en el que se sobrepongan las garantías individuales, al cometerse el hecho delictuoso nace la pretensión punitiva estatal y concomitantemente el derecho de defensa, que en principio lo constituye la garantía de legalidad

instituida en nuestro sistema procesal penal, ya que verbigracia si en la declaración preparatoria careciere el inculcado de defensor, esta circunstancia seria violatoria para el procesado por lo que, tendria que ser declarada nula dicha declaración.

La defensa constituye un derecho público subjetivo y una garantía constitucional que en nuestro país está contemplado en el artículo 20 fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra dice: "Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará la lista de defensores de oficio para que elija el que, o los que le convengan, si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. 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 de juicio; pero tendrá la obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite" (36).

La figura del defensor juega un rol importante en el sistema penal actual y en concreto dentro de las multitudes 72 horas o 144 horas en caso de ampliación, tendrá la obligación de aportar los elementos de prueba necesarios que estén a su alcance a fin de que el juez determine conforme a derecho y a la justicia la situación jurídica del inculcado.

Haremos hincapié en que la obligatoriedad del acusado a nombrar defensor es a partir de la declaración preparatoria, sin que tenga

validez alguna el sucumbir o renunciar a este derecho, ya que en caso de que el acusado no lo hiciera, el juez le nombrará un defensor de oficio contra su voluntad. A lo anterior comenta el maestro Julio Acero "Que no solamente el reo sino la sociedad está interesada en la defensa, pues importa más que el castigo del culpable, la inmunidad del inocente y no porque en algún caso por abnegación, por interés, por demencia o por otros motivos acepte un individuo cargar con una culpa correspondiente o no; puede permitirse que sin más averiguaciones se le haga responsable de ella como si se tratara de intereses privados que pudieran aceptarse o renunciarse ad-libitum, sino que en todo proceso debe esclarecerse la verdad y oír en pro y en contra de los hechos en verdadera contienda para lo cual es indispensable el defensor" (37).

Es conveniente mencionar que el mismo precepto constitucional establece que después de que al acusado se le tome su declaración preparatoria, el juez le nombrará un defensor de oficio, empero ese no fue el espíritu del constituyente y por ello en la práctica el nombramiento de defensor se lleva a cabo antes de rendir la declaración preparatoria.

El derecho de defensa para el indiciado o el defensor debe de entenderse en la más absoluta libertad de ejercicio, ya que donde falta el clima de libertad no puede conceptuarse como respetado el derecho de defensa; al zaherir el citado precepto constitucional no exige condición legal alguna para ser defensor, pues ni siquiera alude al goce de capacidad de obrar por lo cual nos lleva a pensar que hasta un menor de edad podría ser defensor.



Por otra parte el artículo 134 bis último párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal textualmente indica "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 una u otro el ministerio público le nombrará uno de oficio " (3B).

Haciendo el comentario a este artículo, diremos que en la averiguación previa es totalmente procedente reglamentar la actuación del defensor ya que el derecho a la defensa al ser una garantía irreductible como lo dispone el artículo 20 fracción IX de la Constitución, queda la facultad para ser regulado por las leyes secundarias.

Continuando con el estudio de este numeral se desprende que el indiciado, desde el momento de su detención en averiguación previa tendrá el derecho a nombrar abogado o persona de su confianza y la obligación por parte del agente social de asignarle un defensor de oficio si el indiciado careciere de defensor y este quisiere uno.

El derecho de defensa también se consigna en los artículos 269 fracción II inciso B, 290 párrafo primero, 296, todos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en vigencia, así como los preceptos 128 fracción II inciso B, 154 párrafo primero del Código Federal de Procedimientos Penales, por lo que procederemos a transcribir las normas procesales enunciadas:

"Artículo 269 fracción II inciso B C.F.P.:

Cuando el inculpado fuere aprehendido, detenido o se presentare voluntariamente, se procederá inmediatamente de la siguiente forma:

II. Se le hará saber la imputación que existe en su contra y, en su caso, el nombre del denunciante, así como los siguientes derechos:

B) El de designar sin demora persona de su confianza para que lo defienda o auxiliare, quien tendrá derecho a conocer la naturaleza y causa de la acusación; y

Artículo 290 párrafo primero C.P.P.:

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 hiciera, el juez le nombrará un defensor de oficio.

Artículo 296. C.F.P.:

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 " (39).

"Artículo 128 fracción II inciso B del C.F.P.P.:

Cuando el inculpado fuere aprehendido, detenido o se presentare voluntariamente, se procederá de inmediato de la siguiente forma:

II. Se le hará saber la imputación que existe en su contra y en su caso el nombre del denunciante, así como los siguientes derechos:

B) El de designar sin demora, persona de su confianza para que lo defienda o auxilie, quien tendrá derecho a conocer la naturaleza y causa de la acusación; y

Artículo 154 párrafo primero del C.F.P.P.:

La declaración preparatoria comenzará por las generales del inculcado, 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 hiciera, el juez le nombrará un defensor de oficio " (40).

Decir que los actos de defensa comienzan a tener efectos o vigencia a partir de que el defensor acepte el cargo conferido a su favor, no es exacto ya que nos llevaría a cavilar que los actos de defensa estarían supeditados, al nombramiento de defensor, empero se desvirtúa, toda vez que el artículo 69 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal consagra el derecho del inculcado a defenderse por sí mismo sin perjuicio del derecho a nombrar defensor.

La ley con el fin de evitar la anarquía en la defensa, cuando el procesado nombre a varios defensores, deberá de designar a un representante común de la defensa y si no lo hiciera, el juez nombrará a uno. Es conveniente advertir que si bien es cierto que el

inculpado se puede defender por sí mismo o por persona de su confianza, como lo dispone la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 20 fracción IX; no menos cierto es que en la práctica los Tribunales exigen a la persona designada cédula profesional de la Licenciatura en Derecho, violando con ello nuestro ordenamiento Supremo, sin embargo en forma más explícita el artículo 160 párrafo segundo del Código Federal de Procedimientos Penales a la letra dice "Fuera de los casos excluidos en el párrafo anterior, el inculpado puede designar a personas de su confianza para que lo defiendan, pero en caso de que la designación no recaiga sobre quien tenga cédula profesional de Licenciado en Derecho o autorización de Pasante, conforme a la Ley que reglamente el ejercicio de las profesiones, el Tribunal dispondrá que intervenga, además del designado, un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculpado en todo lo concerniente a su adecuada defensa " (41).

El anterior artículo tiene su razón de ser, ya que si la persona designada como defensor no tuviere conocimiento legal alguno, la defensa que pudiera llevar a cabo quizá resultaría hasta contradictoria, por ello es menester que esos actos defensivos, sean debidamente encaminados por un jurista.

Ahora bien, hoy en día la defensa se admite en toda clase de procesos y en todas las fases de cada uno de ellos, siendo indispensable el defensor, en caso contrario se impediría la consecución del proceso. Por otro lado la legislación al autorizar la

defensa, puede ser la forma más peligrosa de legitimar un encubrimiento y cooperaría a impedir el conocimiento de la verdad.

La defensa es un derecho público subjetivo, por lo que el inculcado desde el momento de ser aprehendido, tiene la facultad de nombrar o no defensor y por ello dicho derecho debe estar inmerso en un clima de libertad.

Existen casos en que una persona designada no puede ser defensor, como los presos, ni los procesados, los que hayan sido condenados por los delitos en que pueden incurrir los abogados, patronos y litigantes, los ausentes que no puedan acudir ante el tribunal dentro de las 24 horas siguientes en que puedan aceptar su nombramiento de defensor, como lo establece el art. 160 párrafo primero del Código Federal de Procedimientos Penales.

Así, la figura del defensor juega un papel de gran importancia y trascendencia en el sistema penal mexicano, constituyéndose en ocasiones como mandatario del procesado, aunque éste pueda defenderse por sí mismo, sin que sea obstáculo que se encuentre o no el defensor por lo que consideramos que no es propiamente parte en el proceso, evidenciando un adelanto procesal en nuestra legislación, ya que cualquier ciudadano desde el momento de su detención tiene el derecho a nombrar un defensor ya sea particular o de oficio, para establecer garantías de igualdad, seguridad jurídica, de audiencia, legalidad,

que nos conducen a pensar en la certeza del derecho a una defensa que permita el desarrollo cabal del Sistema Penal Mexicano.

#### 2.4 Libertad Provisional

La libertad es uno de los valores más preciados para el hombre, para entrar al estudio de la libertad provisional es necesario hablar un poco del concepto de Libertad, para el renombrado jurista Ignacio Burgoa es:

"Uno de los factores indispensables Sine Qua Non, para que el individuo realice sus propios fines desarrollando su personalidad y verificando su felicidad es precisamente la libertad, concebida ésta no solamente como una mera potestad psicológica de elegir propósitos determinados y de escoger los medios subjetivos de ejecución de los mismos, sino como una mera actuación externa sin limitaciones o restricciones que hagan imposible o impracticable los conductos necesarios para la actualización de la teleología humana " (42).

Manuel Kant, citado por Burgoa, "considera la libertad como un auto-fin-humano, esto es que el hombre constituye un fin de sí mismo y no un mero medio para realizar otros propósitos, que se suponen impuestos. Si el hombre, si la persona humana, estuvieran constreñidas a iniciar ciertos fines determinados de antemano sin intervención de su libre albedrío, se destruiría entonces la personalidad ya que en tal hipótesis el sujeto sería empleado como un mero medio de verificación de los propósitos materia de la aludida pre-determinación, constituyendo por ende un auto-fin en sí mismo"

(43), de acuerdo a lo manifestado por el prominente jurista Ignacio Burgoa en su libro "Las garantías Individuales".

También cita Burgoa, al licenciado Juan Manuel Terán Mata, en su estudio sobre los valores jurídicos, opina: "En su valor positivo existiría la libertad en cuanto no se tenga un medio como puro fin, porque en este caso, la conducta o al acontecer libre se encadena, ya que lo condicionado, medio se hace condicionante y a priori, desaparece la posibilidad de elegir fines que sólo se dan para el sujeto en cuanto no se subordina a un motivo limitado a lo que debe ser medio, sino que aspira a un infinito fin que es la idea de su propia libertad. En consecuencia, el estudio de la libertad estriba en el buen orden de los medios y los fines, esto es de la voluntad misma. Pero cuando una voluntad determinada obliga a la persona exclusivamente a un objeto limitado por dulces que los lazos sean, el objeto del querer está en tránsito de no ser persona, de no ser libre ya sea que la elección de fines le esté vedada al convertirse en mera cosa condicionada en esclavitud (44).

En la concepción del maestro Ignacio Burgoa de la libertad humana dice que para que el hombre sea feliz como una meta a alcanzar, es indispensable la libertad que se va a ejercer mediante la actuación externa del hombre.

Para que el hombre pueda obtener la tan deseada libertad no se debe de predestinar los medios sino que el mismo sujeto goce de la elección de éstos y buenos fines. Lo que el maestro Juan Manuel Terán

dice la voluntad misma, según cita el referido autor Ignacio Burgoa en su obra "Las Garantías Individuales".

Creemos que la libertad del hombre se encuentra en sí mismo, mientras éste tenga la capacidad de elección y voluntad propia.

El tema de la libertad provisional realmente es merecedor de libros completos que se dediquen a su estudio, sin embargo por no ser el objeto de estudio de esta tesis, nos limitaremos a analizar ciertos aspectos de la libertad provisional, consideramos que la libertad provisional surge en virtud de las consecuencias tan perniciosas que le producía a la persona la prisión preventiva como lo es la pérdida de la libertad, la pérdida de su fuente de ingresos que es el trabajo, todo ello conlleva al incumplimiento de sus obligaciones alimenticias y ciudadanas; tomando en consideración lo anteriormente anotado, nuestras leyes han plasmado diversas maneras de obtener la libertad, como lo es la libertad provisional, ya que es transitoria, es decir la disfruta el procesado durante el tiempo en que sea debidamente juzgado a través de un proceso hasta obtener una sentencia ejecutoriada.

La figura de la libertad provisional viene a conciliar los intereses de la sociedad y los intereses del individuo; por lo que cuando ésta es concedida, trae aparejadas restricciones para el individuo, como el arraigo al lugar del juicio, apego a su trabajo, presentarse al juez cuantas veces sea necesario o requerido.



La libertad provisional no debe de confundirse con la libertad proveniente del auto de libertad con las reservas de ley, toda vez que ésta última, si bien es cierto que no es absoluta, hasta que transcurra el tiempo y opere la figura de la prescripción no trae aparejada restricción de ambulatoria para el individuo y no espera ninguna clase de resolución judicial, ni se deposita cantidad de dinero alguna o garantía; aunque el auto de libertad con las reservas de ley tenga un carácter provisional, mientras no opere la prescripción, no puede ser igual a las diferentes formas de obtener la libertad provisional por los argumentos antes aludidos.

Cabe hacer hincapié en que la libertad provisional, tampoco debe de ser equiparada con la libertad obtenida mediante el incidente de libertad por desvanecimiento de datos, concedido por incomprobación del cuerpo del delito; dentro del proceso surge el incidente de libertad por desvanecimiento de datos e impide el curso del mismo, surtiendo efectos definitivos, en cambio la libertad provisional mediante el incidente por desvanecimiento de datos, en cuanto a la responsabilidad del inculpado, tiene los mismos efectos del auto de libertad con las reservas de ley, siendo las mismas diferencias en relación con la libertad provisional.

Entrando en nuestra legislación, el fundamento supremo de la libertad provisional lo encontramos en el artículo 20 fracción I, el que a la letra dice:

"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 a 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" (45).

A la luz de el artículo en comento la libertad provisional del inculcado procede inmediatamente que sea solicitada después de haberse dictado el auto de radicación y no hasta la declaración preparatoria como en la viciada práctica se lleva a cabo, en nuestros tribunales. Nuestra carta política establece formas de obtener la libertad provisional, una es bajo caución y la otra es poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad judicial, éstas quedan bajo la responsabilidad del juez en su aceptación, haciendo notar que son exclusivamente pecuniarias, lo que hace anticonstitucional la libertad protestatoria, toda vez que no se encuentra legislada en nuestra Carta Suprema.

La libertad provisional procede en el caso de que el delito imputado como sus modalidades merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, empero la Suprema Corte de Justicia ha pronunciado la siguiente tesis jurisprudencial que reza "Para concederla (la libertad) debe atenderse solamente a la pena que corresponde al delito imputado, tal cual está señalado en la ley, sin tener en cuenta las atenuantes y agravantes que puedan existir, porque éstas son materia de la sentencia que pone fin al proceso" (46). En oposición a esta jurisprudencia los artículos 399 del Código Federal de Procedimientos Penales y 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito

Federal, disponen que para calcular el término medio aritmético de la pena que corresponda al delito imputado, el juez deberá de atender a las modalidades y calificativas del delito cometido.

También se señala un monto máximo que se puede imponer en caución, atendiendo al salario mínimo del lugar en que se cometió el delito, empero la autoridad judicial podrá aumentar el monto de esa caución de acuerdo a la gravedad del delito mediante resolución fundada y motivada.

En el párrafo tercero del citado artículo 20 fracción I constitucional se hace alusión a los delitos de carácter patrimonial, la garantía será 3 veces superior al beneficio obtenido o al daño causado.

En el último párrafo del artículo en comento se establece que se deberán de cubrir los daños y perjuicios patrimoniales en caso de delito preterintencional o imprudencial; por lo que independientemente de este párrafo, el inculcado garantizará su libertad provisional de acuerdo a la caución que fije Su Señoría, así la libertad provisional se manifiesta en un ámbito enorme de interacción como es el caso de los incidentes de libertad, el auto de libertad por falta de elementos con las reservas de ley, mismo que genera un estado de libertad pero provisional, debido a que hasta en tanto no opere la prescripción del delito imputado esta libertad tendrá efectos relativos.

Entrando ya a la materia procesal penal, hablaremos sobre la libertad bajo caución, libertad protestatoria y la libertad administrativa que se lleva a cabo en la Averiguación Previa.

**LIBERTAD CAUCIONAL.** Procesalmente hablando la libertad bajo caución puede ser solicitada en cualquier tiempo como lo dispone el artículo 557 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, pudiendo pedirla el propio inculcado, su defensor o su representante legal, como se trata de un derecho y no de un beneficio, no cabe la discrecionalidad del juzgador, por lo que su procedencia se decretará en la misma pieza de autos, su tramitación de tal derecho, no se hace por la vía incidental debido a que como ya quedó apuntado es un derecho, no se resuelve en sentencia interlocutoria, siendo anticonstitucional si se tramitara por vía incidental.

El monto de la caución será fijado por el juzgador quien tendrá que atender a los antecedentes del inculcado, gravedad y circunstancias del delito imputado, condiciones económicas de éste, el interés que tenga en sustraerse de la acción de la justicia y la naturaleza de la garantía que ofrezca.

Ahora bien, cabe destacar que la naturaleza de la caución quedará a elección del procesado conforme lo disponen los artículos 561 del Código de Procedimientos Distrital y 403 del Código Procesal Federal, que a continuación se transcribe:

"La naturaleza de la caución quedará a elección del acusado, quien al solicitar la libertad manifestará la forma que elige, para los efectos de la fracción V del artículo anterior. En caso de que el reo, su representante o su defensor no hagan las manifestación mencionada, el juez o tribunal, de acuerdo con el artículo que antecede, fijará las cantidades que correspondan a cada una de las formas de la caución." (47).

Es conveniente hacer la transcripción del artículo 562 fracción I inciso D del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

"La caución podrá consistir:

En depósito en efectivo, hecho por el reo o por terceras personas, en la institución de crédito autorizada para ello. El certificado que en estos casos se expida, se depositará en la caja de valores del tribunal o juzgado, tomándose razón de ello en autos. Cuando por razón de la hora o por ser día inhábil, no pueda constituirse el depósito directamente en la institución mencionada, el juez recibirá la cantidad exhibida y la mandará depositar en la misma el primer día hábil.

Cuando el inculcado no tenga recursos económicos suficientes para efectuar en un sola exhibición el depósito en efectivo, el juez podrá autorizarlo para que lo efectúe en parcialidades, de conformidad con las siguientes reglas:

d) El inculcado deberá obligarse a efectuar las exhibiciones por los montos y en los plazos que le fije el juez " (49).

Conforme a las reformas publicadas en el Diario Oficial del 30 de diciembre de 1991, se le da la facilidad al inculpado que no tenga recursos económicos, el juez podrá autorizar para que se efectúe el depósito en efectivo en parcialidades, siempre y cuando se cumpla con los requisitos arriba enumerados.

Creemos que esta forma de garantizar su salida de la prisión preventiva es benéfica para el procesado de muy escasos recursos sin embargo al otorgar el 15% del dinero del monto de la caución puede sustraerse de la acción de la justicia ya que de cierto modo, su salida no fue tan difícil como normalmente sucede para la mayoría de los inculpados.

Es de mencionarse que también existen otras formas de garantizar como la prenda, fianza personal o de alguna empresa afianzadora y la hipoteca, en la práctica sólo dos formas se dan para garantizar la libertad provisional, una es la caución que consiste en el depósito de dinero en efectivo, mediante un billete de depósito y la otra es la fianza de empresa, las otras formas se puede decir que no se llevan a cabo.

Mención especial merece el artículo 556 del Código Distrital Procesal, así como el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, por lo que no se puede prescindir de su transcripción, para hacer algunas observaciones al respecto y a la letra dice:

"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 los delitos señalados en los siguientes párrafos 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 del 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 evadirían la acción de la justicia.

Para los efectos del párrafo anterior, no procederá la libertad provisional cuando se trate de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal: 60, 123, 124, 125, 127, 128, 132 a 136, 139, 140, 145, 146, 147, 149 bis, 168, 170, 197, 198, 265, 266, 266 bis, 302, 307, 315 bis, 320, 323, 324, 325, 326, 266 y 370 segundo y tercer párrafos cuando se realice en cualesquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracciones VIII, IX y I y 381 bis" (49).

Sobre el artículo antes transcrito muchos autores no han hecho manifestación alguna, pero nos atreveremos en este trabajo a realizar algunas consideraciones sujetas a múltiples especulaciones; iniciando



con ello, diremos que a pesar de que el referido artículo, notoriamente es anticonstitucional, porque da la posibilidad a los procesados de obtener la libertad provisional, aunque el delito imputado rebase en su término medio aritmético de cinco años de prisión, se tomó en consideración la sobrepoblación con que en la actualidad cuentan los reclusorios penales, que francamente es muy alto, así como la entidad del delito, ya que la sociedad no los considera tan graves, la temibilidad del presunto responsable en su fracción IV que se les niega este beneficio a los que tengan antecedentes criminales; con el fin de que las personas que efectivamente se encuentren privadas de su libertad, sean los más altamente peligrosos para nuestra sociedad.

Podemos decir que esta concesión de la libertad provisional si es un beneficio, por lo tanto se tramita por la vía incidental y su resolución se constituye a través de un auto, además se lleva a cabo una audiencia en la que concurre el agente del Ministerio Público y el Juez bajo su más estricta responsabilidad resolverá lo conducente.

La revocación de la libertad provisional puede ser revocada por múltiples circunstancias contenidas en los artículos 412 y 413 del C.F.P.P., 56B y 569 del C.P.P. D.F.

**LIBERTAD PROTESTATORIA.** Esta forma de libertad provisional es la única que no requiere garantía pecuniaria, sino que es exclusivamente concedida a los inculcados que no constituyen una amenaza para la sociedad y que su internamiento en los centros de reclusión,

**ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

resultaría contradictoria y perniciosa para éstos, es por ello que se les otorga a los inculcados de baja peligrosidad siempre y cuando reúnan ciertos requisitos y además el delito que se les impute no exceda de una pena superior a los tres años de prisión, que tenga un trabajo honesto, domicilio fijo, que proteste presentarse ante el juez siempre que se le ordene, que no haya sido condenado por delito intencional.

Aquí resalta que la concesión de la libertad estriba en la honorabilidad del inculcado, ya que la unidad del delito tampoco representa riesgo alguno a la comunidad; su forma de tramitación es sencilla a través de un escrito fundando y reuniendo los requisitos aludidos.

Su forma de revocación es procedente sólo cuando recaiga sentencia condenatoria, en cualquier instancia, y un caso especial cuando se cumplió ya la condena, estando pendiente la apelación.

A pesar de no estar regulada en la Constitución esta libertad, sostenemos su conveniencia social por los motivos que se acentaron.

**LIBERTAD ADMINISTRATIVA.** Es la que se concede ante el agente del ministerio público investigador que pone en libertad al indiciado mediante una caución como es el caso de los delitos de imprudencia ocasionados por tránsito de vehículos como lo dispone el artículo 271 del C.P.P. D.F. debiendo de reunir los requisitos que se dan a conocer en el referido numeral.

En esencia este tipo de libertad es provisional, ya que una vez que se resuelve el ejercicio de la acción penal, queda sujeto a lo que disponga el juez penal y si en su caso se decidiere el no ejercicio de la acción penal, entonces se cancelará la garantía otorgada y se devolverá a su otorgante, por lo que el indiciado es libre mientras se determine el cause de la averiguación previa instaurada en su contra, en nuestra opinión los temas que se tocaron en este capítulo preceden necesariamente al auto de formal prisión, ya que sin estos no puede el juez emitir dicho auto constitucional y por la escasez del tiempo con que cuenta el órgano jurisdiccional para resolver la situación del inculcado, es menester que pueda ampliarse el tiempo del auto constitucional para que el juzgador lleve a cabo un estudio a conciencia de los asuntos que le son sometidos a su conocimiento.

## CITAS SEGUNDO CAPITULO

- (21) Colín Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales". Editorial Porrúa S.A., 10a. edición, México, 1984, p. 279.
- (22) García Ramírez, Sergio. "Derecho Procesal Penal". Editorial Porrúa S.A., 4a. edición, México, 1983, p. 421.
- (23) Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. p. 278 y 279.
- (24) Rivera Silva, Manuel. "El Procedimiento Penal". Editorial Porrúa S.A., 17a. edición, México, 1988, p. 149.
- (25) Idem, pags. 148 y 149.
- (26) Borja Osorno, Guillermo. "Derecho Procesal Penal". Editorial Cajica, 2a. edición, México, 1969, p. 229.
- (27) Fenech, Miguel. "Derecho Procesal Penal". Editorial Labor, 3a. edición, España, 1960, p. 651.
- (28) Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit., p. 269
- (29) González Bustamante, Juan José. "Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano". Editorial Porrúa S.A., 5a. edición, México, 1971, p. 149
- (30) Borja Osorno, Guillermo. Op. Cit. p. 232
- (31) "Código de Procedimientos Penales". Editorial Andrade S.A., 4a. edición, México, 1992, pags. 154 y 155
- (32) "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", Editorial Andrade, 4a. edición, México, 1990, p. 10-1
- (33) Fenech, Miguel. Op. Cit., p. 373

(34) Beling, Ernest. "Derecho Procesal Penal". Editorial Labor, España, 1943, p. 111

(35) Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. p. 188

(36) "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", Op. Cit., p.11

(37) Acero, Julio. "El Procedimiento Penal", Editorial Cajica, 7a. edición, México, 1976, p.210

(38) "Código de Procedimientos Penales" del D.F. Op. Cit., p. 130-1

(39) Idem, p. 157

(40) Díaz de León, Marco Antonio. "Código Federal de Procedimientos Penales Comentado", Editorial Porrúa S.A., 3a. edición, México, 1991, pags. 144, 145

(41) Idem, p.233

(42) Burgoa, Ignacio. "Las Garantías Individuales". Editorial Porrúa S.A., 2a. edición, México, 1985, p. 19

(43) Idem, p.19

(44) Ibidem p. 19 y 20

(45) "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", Op. Cit., p. 10

(46) "Apéndice de Jurisprudencia 1917-1965". Semanario Judicial de la Federación, 2a. parte, 1a. Sala, p. 341

(47) C.P.P. DF y C.F.P.P. Op. Cit., p. 507

(48) C.P.P. D.F. Op. Cit., p. 199

(49) C.F.P.P. Op. Cit., p. 484

## **CAPITULO TERCERO**

**3. Tipo de resoluciones que dicta el Organo Jurisdiccional al fenecer el término de las setenta y dos horas**

**3.1 Auto de formal prisión**

**3.2 Auto de formal prisión con sujeción a proceso**

**3.3 Auto de libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley en el fuero federal**

## CAPITULO TERCERO

Desde hace mucho tiempo, hemos sabido que se cometen innumerables actos arbitrarios de las autoridades, privando ilegalmente de la libertad a las personas por tiempos indefinidos, momentos de extrema y angustiante incertidumbre, depresión y miedo que sufría el individuo, por ello nuestra legislación suprema regula estas situaciones otorgando a todo ciudadano una serie de garantías mínimas que deben de respetarse toda vez que de no ser así, se atentaría contra la seguridad de las personas.

Nuestro país en la actualidad cuenta con la Ley Suprema que contempla los derechos mínimos del hombre que es nuestra Constitución Política, contamos con tribunales previamente establecidos para la debida impartición de justicia a título gratuito; ante la falta de información que tiene nuestra ciudadanía surgen cuestionamientos en el sentido de ¿qué personas pueden ser detenidas?, Así sin lugar a dudas el artículo 16 de nuestra Constitución establece que " No podrá

librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por autoridad judicial" (50).

Ahora bien ¿quién es la autoridad judicial? según el artículo 94 de la misma Constitución es la Suprema Corte de Justicia, Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y los Juzgados de Distrito, por ende las resoluciones que se deben de dictar dentro de las 72 horas en que una persona sea detenida, le corresponden al titular del órgano jurisdiccional que es el juez.

Una vez entendido lo anterior, pasaremos al estudio de las diferentes resoluciones que el juzgador debe dictar dentro de las 72 horas que una persona es puesta a su disposición siendo las siguientes:

### 3.1 AUTO DE FORMAL PRISION

En principio creemos conveniente apuntar algunas opiniones de lo que significa el auto de formal prisión, siendo para el connotado investigador jurídico el licenciado Sergio García Ramírez "la resolución jurisdiccional dictada dentro de las 72 horas de que el imputado queda a disposición del juzgador en el que se fijan los hechos materia de proceso, estimándose acreditado el cuerpo del delito y establecida la probable responsabilidad del inculcado" (51).

Por su parte el maestro Guillermo Colín Sánchez lo define así "es la resolución pronunciada por el juez, para resolver la situación



setenta y dos horas por estar comprobados los elementos integrantes del cuerpo del delito que merezca pena corporal y los datos suficientes para presumir su responsabilidad" (52).

Así el ex subprocurador General de la República Licenciado Marco Antonio Díaz de León define al auto de formal prisión "es aquella resolución que además de establecer y justificar el procesamiento del presunto responsable, fija el cuerpo del delito y determina conforme al Código Penal el tipo delictivo que será materia del proceso en estricto sentido procesal" (53).

Por nuestra parte podemos definir al auto de formal prisión como la resolución judicial que dicta el juez dentro del término de las setenta y dos horas, a partir de que el inculpado es puesto a su disposición sujetándolo a un proceso mediante la comprobación del cuerpo del delito y la demostración de la probable responsabilidad fijando el o los delitos materia del proceso.

Al respecto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla al auto de formal prisión en su artículo 19 que a la letra dice:

"Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresaran: 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 a 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 los delitos señalados en el auto de formal prisión. Si es la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, debiera ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente" (54).

Atisbando el artículo que antecede encontramos que el auto de formal prisión contiene dos elementos, los de fondo y los de forma, nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado la siguiente ejecutoria la cual reza "Requisitos de fondo son los suficientes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculcado; de forma son el delito que se imputa al acusado y sus elementos constitutivos; las circunstancias de ejecución, de tiempo y de lugar; los datos que arroje la averiguación previa" (55).

Pasaremos a analizar los requisitos de fondo los cuales son:

1. Comprobación del cuerpo del delito.

Es preciso discernir entre dos conceptos íntimamente ligados como es la significación de cuerpo del delito y la comprobación del cuerpo del delito, aparentemente podría pensarse que es lo mismo, sin

embargo veremos que no es así; muchos autores aún no han podido ponerse de acuerdo aún para emitir una definición de lo que debe de entenderse por cuerpo del delito, al respecto nuestro más alto tribunal ha considerado en jurisprudencia lo siguiente:

"Cuerpo del delito, concepto del: Por cuerpo debe de entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal" (55).

"Cuerpo del delito, concepto del: Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos que constituyen en la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal y la determinación que tiene por acreditado el cuerpo del delito debe apoyarse en la demostración de la existencia del hecho, con todos sus elementos constitutivos, tal y como lo define la ley, al considerarlo como delictivo y señalar la pena correspondiente" (57).

Tal y como se desprende de los criterios sustentados por la Suprema Corte, aluden a los elementos objetivos que constituyen la materialidad, de la figura delictiva descrita en la ley penal; por nuestra parte nos atrevemos a rebatirlo, en la inteligencia de que no todos los tipos delictivos tienen elementos materiales u objetivos verbigracia el ilícito de fraude, abuso sexual, amenazas, etc. Estos además revisten elementos de tipo subjetivo como la voluntad o intención del sujeto activo del delito, así mismo debe de prevalecer

elemento normativo para que en su conjunto integren el cuerpo del delito mediante los tres elementos, normativo, objetivo y subjetivo.

Ya en lo tocante a la comprobación del cuerpo del delito es una actividad racional que consiste en la demostración del hecho, para el tratadista Manuel Rivera Silva "comprobar el cuerpo del delito es demostrar la existencia de los elementos de un proceder histórico que encaja en el delito legal" (58). Por otra parte el distinguido jurista Fernando Arilla Bas afirma que fuera de los casos en que la ley indica la guisa especial de comprobar algunos tipos delictivos expresa "no cabe duda que el cuerpo del delito puede ser comprobado por cualquier medio probatorio, incluso por la prueba presuncional" (59).

Nuestra forma de ver para la comprobación del cuerpo del delito es menester valorar todas y cada una de las pruebas, a fin de determinar si los hechos consignados por el agente del Ministerio Público demuestran que estos se encuadran y satisfacen los elementos tanto objetivos, normativos y subjetivos del tipo penal delictivo, teniendo potestad el juzgador para valerse de cualquier medio mientras no vaya contra la moral o las buenas costumbres para demostrar la existencia evidente del cuerpo del delito.

Entonces el cuerpo del delito es de suma importancia ya que constituye la base de todo proceso penal habida cuenta que este es presupuesto indispensable de la probable responsabilidad.

## 2. Probable responsabilidad.

Este es el segundo elemento de fondo del auto de formal prisión, al respecto el notable jurista Manuel Rivera Silva expresa que "la responsabilidad es la obligación que tiene un individuo a quien le es imputable un hecho típico, de responder del mismo, por haber actuado con culpabilidad, dolo u omisión espiritual y no existir causa legal que justifique su proceder o lo libere de la sanción " (60).

Podemos ver que el artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal establece a los sujetos de responsabilidad y son:

"Son responsables del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización
- II. Los que los realicen por sí
- III. Los que lo realicen conjuntamente
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro
- V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo
- VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito
- VIII. Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quien de ellos produjo el resultado " (61).

Debemos de entender que la responsabilidad es la intervención del sujeto en la realización de una conducta principal o accesoria de la adecuación típica. Entrando a la probable responsabilidad Manuel Rivera Silva nos dice que "existe cuando se presenten determinadas

pruebas, por las cuales se pueda suponer la responsabilidad de un sujeto" (62).

La determinación de la presunta responsabilidad no nada más corresponde al juez, sino también al agente del ministerio público que en la etapa de averiguación previa para poder determinar sobre el ejercicio de la acción penal o no deberá de analizar los hechos y las pruebas que consten en la averiguación y valoradas que sean en su conjunto por parte del agente del Ministerio Público Investigador determine si se encuentra demostrada la probable responsabilidad ya que sin este requisito no podrá consignar ante los tribunales el expediente, una vez hecho lo anterior el juzgador por imperativo constitucional deberá de analizar sobre la existencia de la probable responsabilidad del imputado, obsequiando la orden de aprehensión a pedimento de la representación social.

Ahora entraremos al análisis de los requisitos de forma del auto de formal prisión, los cuales se encuentran en el artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y son:

- I. Fecha y hora exacta en que se dicte;
- 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 autorice.

Los puntos resolutive del auto de formal prisión son:

a) La orden que se decreta la formal prisión, especificandose contra quien y por qué delitos

b) La orden de que se identifique al procesado por los medios administrativos en vigor

c) La orden de que se solicite informes de anteriores ingresos

d) La orden que se expidan las boletas de ley

e) La orden de que se notifique la resolución al procesado haciéndole saber el derecho que tiene para apelar

f) La orden de que se decreta el tipo de procedimiento a seguir y en caso de ser sumario, el derecho y término para revocar esto, así como el término para ofrecer pruebas.

Mencionaremos los efectos jurídicos del auto de formal prisión:

a) Inicia el periodo de la instrucción

b) Abre el término de ofrecimiento de pruebas

c) Señala el delito (s), por el que se seguirá proceso fijando el tema del proceso

d) Justifica la prisión preventiva sujetando a la persona al órgano jurisdiccional para evitar su sustracción de la justicia

e) Suspense los derechos de la ciudadanía conforme al artículo 38 de la Constitución.

Es necesario hacer algunas consideraciones de importancia para ilustrar un poco más acerca de los alcances y trascendencia del auto de formal prisión, surgiendo el siguiente cuestionamiento ¿qué sucede cuando la autoridad judicial omite proporcionar copia del auto de formal prisión al carcelero o alcalde? Deberá de llamar la atención al juez y al ministerio público al respecto en forma escrita y si no recibe la constancia dentro de las tres horas siguientes pondrá en libertad, dejando constancia en el expediente del proceso.

Colín Sánchez hace referencia al artículo 44 del Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal que indica que se levantará el acta administrativa correspondiente, la importancia de esta acta administrativa que levante el carcelero o alcalde es para que envíe ésta a la representación social y proceda contra la autoridad judicial.

Recordando el supuesto planteado en el párrafo anterior una vez que el procesado se encuentre libre y se le haya dictado su formal prisión fuera de tiempo ¿qué sucede con el proceso? el auto de formal prisión surte sus efectos legales ya que el término para dictarlo es simplemente la garantía para evitar que se prolongue la detención sin causa justificada, por lo que el agente del Ministerio Público deberá de formular su pedimento a efecto de que se decrete el obsequio de la orden de reaprehensión y lograda que sea continuará el proceso.



Si bien es cierto que el tiempo para dictar el auto de formal prisión es una garantía para evitar que se prolongue la detención de una persona sin causa justificada, no menos cierto es que esta garantía puede llegar a irrogar perjuicios en el indiciado por verse imposibilitado a aportar pruebas de descargo, por el escaso tiempo que contempla la Constitución, por ello surge en ocasiones la necesidad de ampliar por el doble de tiempo el auto de término constitucional a solicitud del inculcado a fin de que se aporten datos en favor de éste último para que el juzgador pueda emitir con mayor certeza su interlocutoria constitucional.

En general el auto de formal prisión no revoca la libertad cuando fue concedida en su caso, excepto cuando así lo determine el propio auto, artículo 166 del Código Federal de Procedimientos Penales "El auto de formal prisión no revoca la libertad provisional concedida excepto cuando así se determine expresamente en el propio auto" (63).

Lo anterior puede ser factible cuando durante el término de las 72 horas se hayan aportado elementos suficientes para adecuar la conducta o hecho a diversos delitos diferentes por los cuales se llevó a cabo la consignación mismos que fueron tomados en consideración para conceder el derecho de la libertad provisional; resulta ostensible que si el delito(s) nuevo su sanción rebasa el término medio aritmético de cinco años de prisión, la libertad concedida se deberá de revocar.

Nosotros pensamos que efectivamente el auto de formal prisión restringe de la libertad a las personas, pero cabe hacer notar que si existe otro delito que merezca pena de prisión y que por tal motivo no alcance el derecho a la libertad provisional y el procesado se encuentre gozando de esta, entonces es legítima la orden de aprehensión que se libre en su contra.

El juez dentro del término de las setenta y dos horas constitucionales lleva a cabo la valoración de los hechos y analizará si el delito(s) por el que consignó el agente de representación social son de tomarse en cuenta o no, ya que es el juzgador quien determinará el delito(s) específico por los que se le debe de seguir proceso al inculpado. Artículo 163 del Código Federal de Procedimientos Penales.

El auto de formal prisión es apelable en efecto devolutivo de acuerdo a los artículos 304 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito, así como el 367 fracción IV del Código Federal de Procedimientos Penales, sin embargo el inculpado puede desistirse de este recurso e interponer el amparo indirecto de acuerdo al artículo 14 Constitucional y si durante la secuela del proceso apareciere la comisión de otros delitos, serán objeto de acusación por separado.

Esto sucede en los casos en que el individuo está gozando de la libertad provisional dentro de un proceso penal y en el mismo comete un delito disímil por el que se le sigue proceso, entonces el agente del ministerio público tendrá que ejercitar acción penal aparte o por

separado, consignando el asunto lo más probable en un juzgado diverso al que se le instruye proceso.

Las boletas de ley a pesar de que no se encuentran legisladas, en la práctica se hacen por triplicado, una debe de entregarse al procesado, otra debe de mandarse al carcelero y la última para que obre en el proceso, las boletas son documentos en los que se hace constar la situación jurídica de la persona.

En lo concerniente a la orden decretada por el juez, por la que se solicita la identificación personal por los medios administrativos en vigor se dice, que dicha identificación no constituye, por sí misma, una pena, sino mera medida de alcance procesal, empero nosotros seguimos creyendo al respecto que sí constituye una pena calificada de infamante, de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución Federal, en la inteligencia de que no es posible que se fiche a una persona antes de ser declarado culpable, resultando una deshonra contra el inculpado que no ha sido declarado definitivamente responsable, en virtud de lo anterior los Jueces de Distrito deberían de conceder el Amparo y Protección de la Justicia Federal.

En el caso de que el procesado interponga el juicio de Amparo en contra del Auto de formal prisión y dentro de los conceptos de violación se haga notar la falta de los elementos de fondo, éste deberá de ser concedido dejando insubsistente dicha resolución, pero si se pone de manifiesto la falta de alguno de los requisitos de forma, el amparo sólo deberá de concederse para efectos de que la autoridad responsable subsane dichas anomalías.

Al respecto, nuestro mas alto Tribunal ha sostenido el siguiente criterio jurisprudencial, que los efectos del amparo que se concede contra el auto de formal prisión son: para dictar un auto de formal prisión, son indispensables los requisitos de fondo y forma que la constitución señala; y si faltan los primeros, esto basta para la concesión absoluta del amparo; pero si los omitidos son de forma, la protección debe otorgarse para el efecto de que se subsanen las deficiencias relativas. Quinta época, tomo XXVII, p. 1636. Sánchez Román. Tomo XXVIII p. 794. Navarrete German, Tomo XXXI p. 1332. Aguilar Gonzalo. Tomo XXXIV, p. 1080. Matiar y Fadul, José. Tomo LXXVII p. 4730. Alvarez Francisco.

Por ello, comentaremos que en la práctica cuando un inculpado desea ofrecer pruebas de descargo dentro del término constitucional, la mayoría de los juzgadores no las aceptan en ese momento, si no que en virtud de el escaso tiempo con que cuentan para resolver se admitirán en su momento procesal oportuno y máxime si la consignación fue hecha en día viernes, perjudicando al inculpado con esa postura, dictando el órgano judicial la formal prisión del detenido, cumpliendo con ello, el imperativo supremo evitando de esta forma la responsabilidad y evitando trabajar un poco más.

En base al párrafo anterior es evidente que la ampliación por el doble de tiempo que se tiene para determinar la situación jurídica del indiciado es una necesidad social práctica, en virtud del palpable perjuicio que causa en la persona al privarla tal vez de

momento de la libertad corporal, pero creemos conveniente que esta circunstancia se vea reflejada en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, así como en nuestra más alta legislación.

### 3.2 AUTO DE FORMAL PRISION CON SUJECION A PROCESO.

Entrando al estudio de esta resolución jurisdiccional, expresaremos algunas definiciones al respecto, citando a Manuel Rivera Silva quien indica que "el auto de sujeción a proceso es una resolución que se dicta cuando se estima que hay base para iniciar un proceso, por estar comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad" (64).

Por su parte el jurista Guillermo Colín Sánchez menciona que "es la resolución dictada por el juez por medio del cual, tratándose de delitos sancionados con pena no corporal o alternativa, previa comprobación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, se resuelve la situación jurídica del procesado fijándose la base del proceso que debe seguirse" (65).

El fundamento constitucional lo encontramos en el artículo 18 que indica que cuando un delito merezca pena corporal dará como resultado la prisión preventiva, y en el caso del auto de formal prisión con sujeción a proceso no se privará de la libertad al procesado sino como consecuencia de una sentencia condenatoria.

Esta resolución bajo nuestro criterio malamente se ha nombrado auto de formal prisión con sujeción a proceso, debido a que por meros

formulismos le etiquetaron formal prisión, desprendiéndose que nunca tiene efectos privativos de la libertad, por ello la denominación correcta que debería de dársele sería auto de sujeción a proceso o auto de formal procesamiento.

En este tipo de delitos nosotros creemos que no debe existir la posibilidad para el indiciado de solicitar la prórroga del auto de término, en la inteligencia de que como son delitos que por su baja entidad punitiva son sancionados con pena alternativa y no podrá privárseles de la libertad, contando con el proceso para poder acreditar su inocencia, de esta manera obtendremos un equilibrio entre los intereses del sujeto ofendido por el delito, así como los intereses del órgano jurisdiccional en el sentido de no saturarlos de trabajo y que con ello se realice una deficiente impartición de justicia.

Nuestro texto legal de procedimientos federales en su artículo 162 nos indica: "cuando el delito cuya existencia se haya comprobado no merezca pena corporal, o esté sancionado con pena alternativa, se dictará auto con todos los requisitos del de formal prisión, sujetándose a proceso a la persona contra quien aparezcan datos suficientes para presumir su responsabilidad, para el solo efecto de señalar el delito por el cual se ha seguido el proceso" (66); este auto produce casi los mismos efectos del auto de formal prisión. También se integra con los mismos requisitos, sólo que no produce como efecto la formal prisión ni restringe o suspende los derechos de ciudadano.

Como otro comentario nos parece oportuno mencionar que el amparo solicitado en contra de el auto de sujeción a proceso es improcedente, en la inteligencia que no entra dentro de lo previsto por el artículo 107 fracción III Constitucional, por no ser un acto restrictivo de la libertad y si no se agotó el recurso de apelación violó con ello el principio de definitividad que rige la materia del amparo.

El auto de sujeción a proceso al no tener efectos privativos de libertad y si existieren fundadas razones para suponer que el procesado se sustraera a la acción de la justicia ¿qué puede hacer el representante social u ofendido para evitar que el inculcado evite la acción persecutoria, la respuesta la tenemos en el artículo 301 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y en los artículos 205 y 133 del Código Federal de procedimientos penales, en los que el agente del ministerio público solicitará al juez o este de oficio con audiencia del imputado, el arraigo por un tiempo que no excederá del tiempo que dure el proceso.

Este arraigo en la práctica es poco usual pero cumple una función para que el fin del proceso se pueda lograr que es la sujeción del procesado a el sitio donde se lleva a cabo el juicio para que éste se presente cuantas veces sea necesario ante la presencia del juez.

### 3.3 AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR CON LAS RESERVAS DE LEY EN EL FUERO FEDERAL.

A este auto también se le conoce en el fuero común como auto de libertad por falta de méritos ya que no existe diferencia alguna entre ellos, simplemente es la terminología que emplea cada ordenamiento procesal penal. Creemos que el término acertado es el que se emplea en el Código Federal de Procedimientos Penales ya que la que maneja el Código Distrital "Mérito", en su artículo 302, dicha palabra según el diccionario el Pequeño Larousse de Ramón García Pelayo y Gross, significa lo que hace digno de elogio o recompensa a una persona o a una cosa; pero a nuestro juicio la persona no hace ningún mérito por ganar un auto de formal prisión, pero si, en cambio se dicta un auto de libertad con las reservas de ley por falta de elementos, ya sea por inprobación del cuerpo del delito o la probable responsabilidad del indiciado.

Para el maestro Guillermo Colín Sánchez lo define como "la resolución dictada por el juez al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, en donde se ordena que el procesado sea restituido en el goce de su libertad, en virtud de no estar integrado el cuerpo del delito ni la presunta responsabilidad o que habiéndose dado lo primero, no exista lo segundo" (67).

El artículo 302 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal al referirse al auto de libertad por falta de



pruebas en el cuerpo del delito o la probable responsabilidad, indica que los requisitos de forma para dictarlo serán:

- a) fecha y hora exacta en que se dicten
- b) la expresión del delito imputado al reo por el ministerio público
- c) los nombres del juez que dicte la determinación y del secretario que la autorice

El artículo 303 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, plasma "cuando el juez deba dictar auto de libertad, porque la ausencia de pruebas del cuerpo del delito o de la responsabilidad del indiciado dependan de omisiones del ministerio público o del agente de la policía judicial, el mismo juez, al dictar su determinación, mencionará expresamente tales omisiones para que se exija a estos la responsabilidad en que hubieren incurrido" (5B).

Como se puede apreciar la libertad que el juez concede no es absoluta, dejando en posibilidad al agente del ministerio público ya sea de apelar la resolución que sólo tiene efecto devolutivo o bien en libertad de aportar nuevos datos probatorios para comprobar el cuerpo del delito o demostrar la probable responsabilidad del sujeto a fin de que se gire orden de aprehensión y buscar en su caso la formal prisión.

En el código distrital no se indica el tiempo en que el procedimiento debe quedar abierto ya que ni siquiera puede ser archivado, por lo que sólo queda atender a las reglas de la

prescripción del código penal según el delito de que se trate, puesto que ésta como sabemos es una causa de extinción de la acción penal y de la sanción, sólo bajo este supuesto podríamos hablar de una libertad absoluta.

Para un mejor conocimiento del tema nos permitimos transcribir el artículo 167 del Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

"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 inculpado; en estos casos no procederá el sobreseimiento hasta en tanto prescriba la acción penal del delito o delitos del 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, solicitará nuevamente al juez dicte orden de aprehensión en los términos del art. 195 o de comparecencia según corresponda" (59).

En definitiva el citado artículo en materia federal cuenta con una mayor técnica y amplitud ya que nos expresa cual es la regla a seguir para que el auto de libertad tenga efectos absolutos.

El auto de soltura con las reservas de ley, bajo nuestro punto de vista es anticonstitucional, en virtud de que al agente del ministerio público se le deja abierta la posibilidad de aportar más elementos al órgano jurisdiccional para que este cambie de decisión, ya que el único momento en el que el ciudadano puede estar seguro de su libertad absoluta es mediante el término de la prescripción y su inconstitucionalidad consiste en que durante ese tiempo que tarde en operar la prescripción, la libertad es relativa y sería como absolver de la instancia, ya que sólo lo exoneran al sujeto de seguir un proceso ante un juez; esto es claro, en términos más sencillos diremos que mientras opera la prescripción a favor del indiciado, a éste solo se le perdona por el momento de no seguir un proceso penal, lo que equivaldría como ya se apuntó a absolver de la instancia al sujeto y por ende esta circunstancia nos lleva a determinar que el auto de libertad con las reservas de ley, va en contra de lo dispuesto por el artículo 23 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

El imputado debe ser absuelto o condenado para fijar con toda claridad y determinación su situación jurídica, pero no hay explicación para que a un sujeto a quien el juez considera inocente, la ley no le reconozca una plenitud total.

En caso de que los aspectos negativos del delito (causas de justificación) se acrediten plenamente, la resolución que se dicta al fenecer el tiempo de 72 horas sería de libertad misma que se concede con las reservas de ley; en nuestra opinión consideramos que si ya se

han agotado las pruebas que sirvieron para resolver su situación jurídica, lo procedente es resolver su libertad absoluta.

La resolución judicial en los casos señalados, debe de producir los efectos de una sentencia absolutoria, porque no resulta lógico ni admisible que se pudiera volver a iniciar 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 y violan preceptos constitucionales como el artículo 23 de nuestra Carta Política.

Otra inquietud nos viene a la mente que consiste en que si el juez deberá de tomar nuevamente la declaración preparatoria en caso de que se gire la orden de aprehensión en contra de un sujeto, ya que el ministerio público aportó datos posteriores del auto de libertad por falta de elementos con las reservas de ley; la posible respuesta sería que el juzgador deberá de estar a lo más favorable al procesado informándole los nuevos elementos aportados a los hechos para que el inculcado pueda preparar su defensa.

## CITAS TERCER CAPITULO

- (50) "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos",  
Op.Cit., p. 7
- (51) Garcia Ramírez, Sergio. Op. Cit., p. 435
- (52) Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit., p.303
- (53) Díaz de León, Marco Antonio. "Código Federal de Procedimientos Penales", Editorial Porrúa S.A., 3a. edición, México, 1991, p. 151
- (54) "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos",  
Op. Cit., p. 9
- (55) "Semanao Judicial de la Federación", 5a. época, Tomo XXIX, p. 1012
- (56) "Semanao Judicial de la Federación", 5a. época, 2a. parte, Vol. XIV, p. 86
- (57) "Semanao Judicial de la Federación", 5a. época. Tomo XXIX, p.1566
- (58) Rivera Silva, Manuel. "El Procedimiento Penal", Editorial Porrúa, 17a. edición, México, 1988, p.160
- (59) Arilla Bas, Fernando. "El Procedimiento Penal en México", Editorial Kratos, 11a. edición, México, 1988, p. 85
- (60) Rivera Silva, Manuel. "El Procedimiento Penal", Editorial Porrúa S.A., 17a. edición, México, 1988, p. 165
- (61) "Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales", Editorial Andrade S.A., 7a. edición, México, 1992, p.4
- (62) Rivera Silva, Manuel. Op. Cit., p. 167

- (63) "Código Federal de Procedimientos Penales", Op. Cit., p.
- (64) Rivera Silva, Manuel. Op. Cit., p. 170
- (65) Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit., p. 307
- (66) Díaz de León, Marco Antonio. Op. Cit., p. 153
- (67) Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit., p. 307
- (68) "Código de Procedimientos Penales", Op. Cit., p. 158-1
- (69) Díaz de León, Marco Antonio. Op. Cit., p. 154

## **CAPITULO CUARTO**

**4. La duplicidad del plazo en el auto de término constitucional para el caso de los delitos y sus modalidades que en su pena exceda del término medio aritmético de cinco años de prisión**

**4.1 Necesidad de prorrogar el tiempo en el auto de término constitucional**

**4.2 Comentarios al artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales**

**4.3 Aspectos importantes entre los artículos 399 CFPP, 556 CPP DF y el 161 CFPP**

#### CAPITULO CUARTO

4. La duplicidad del plazo en el auto de término constitucional para el caso de los delitos y sus modalidades que en su pena exceda del término medio aritmético de cinco años de prisión

4.1 Necesidad de prorrogar el tiempo en el auto de término constitucional

Sobre el particular nos parece conveniente hablar un poco acerca de la necesidad de una prórroga de tiempo para dictar el auto de término constitucional, ya que existen vastas razones por las cuales resultaría conveniente para nuestra sociedad, el aumento de tiempo concedido al juez para que decida la situación jurídica que guarda el indiciado que es puesto a su disposición.

Por mandato constitucional el juzgador goza de tres días a partir del momento en que el indiciado le es puesto a disposición para dictar el auto de término constitucional, durante este tiempo el órgano jurisdiccional tendrá la necesidad de llevar a cabo actos procesales, como el de realizar el auto de radicación, así como tomar la declaración preparatoria y tal vez admitir y desahogar pruebas, para poner al juzgador en posibilidad de definir el estado jurídico que guardará el indiciado, a reserva de ver el grosor que integra la averiguación previa, ya que en ocasiones se consignán expedientes muy voluminosos que requieren de tiempo para darles una simple lectura.



La tarea quizá para algunos pueda resultarles sencilla, empero independientemente de los actos procesales a que nos hemos referido, el juzgador tiene la imperiosa necesidad de llevar a cabo un minucioso estudio de todas y cada una de las constancias, a fin de determinar sobre la existencia o no del cuerpo del delito, así como la demostración de la probabilidad de responsabilidad del indiciado, en la comisión de un delito, es decir, dentro del auto de término constitucional, el órgano jurisdiccional nos informará la guisa de cómo comprobó el cuerpo del delito o no, en su caso, así como las pruebas que le sirvieron de base para demostrar la probable o no responsabilidad del sujeto.

Como podemos apreciar son demasiadas las circunstancias que hay que analizar y diligencias que practicar, por ello, a el juzgador le resulta angustioso el término de tres días para resolver la situación jurídica de un indiciado, asimismo humanamente es imposible que este servidor público pueda realizar eficientemente su labor sin que le sea concedido un poco más de tiempo para cumplir debidamente su función, en virtud de que nuestro artículo 19 constitucional es tajante en ese sentido, por ello el juzgador se ve impedido y como consecuencia dicta auto de formal prisión un tanto a la ligera, provocando con ello que en la apelación pueda ser revocada esa resolución o mediante el juicio de amparo pueda ser concedido, dejando insubsistente la interlocutoria; pero lo más grave del asunto es el caso que se presenta cuando por el delito y su modalidad el procesado no alcance el derecho a la libertad provisional, mientras se resuelve sobre el mal dictado auto de formal prisión, el

indiciado permanecerá durante unos meses privado de su libertad corporal, caso diferente se presenta si desde un principio se le solicita al juez una prórroga de tiempo para definir la situación jurídica del indiciado, el juzgador con menor presión y un mejor estudio de las constancias, tal vez pueda determinar la libertad del individuo.

Otro inconveniente del término de las setenta y dos horas ya mencionadas en líneas atrás, se presenta cuando dentro de este tiempo, el indiciado desea aportar al sumario pruebas de descargo a fin de comprobar su no responsabilidad, presentando por escrito dichas probanzas, entonces el juzgador decide bajo la presión que ejerce el fantasma de los tres días fatales, aunado a ello el cúmulo de trabajo que por la brevedad del tiempo con que cuenta para admitirse, pero se dejan a salvo para que en su momento procesal oportuno se hagan valer; lo que evidentemente se demuestra, es el perjuicio que le irroga al indiciado a la garantía del artículo 19 constitucional, dando como resultado que el juez pronuncie la interlocutoria de la formal prisión, negando con lo anterior el derecho de defensa al indiciado, pero con justa causa ya que en el supuesto de concederse, la admisión de pruebas y su desahogo, si el juzgador no da a conocer el estado jurídico que guarda el inculpado, entonces este servidor público incurriría en responsabilidad, es por ello que en la práctica del fuero común es mejor resolver la formal prisión, mientras tanto el inculpado tendrá que permanecer privado de su libertad corporal.

Apuntando otra repercusión negativa de las setenta y dos horas con que cuenta el juzgador para definir la situación jurídica del inculcado desde el momento en que es puesto a su disposición, se presenta en la viciada práctica de los tribunales del fuero común cuando se realizan consignaciones con detenido u órdenes de aprehensión cumplidas los días viernes por la mañana, por un lado el sujeto privado de su libertad se encuentra angustiado por reunir los elementos de prueba de inocencia, para dárselos a conocer al juez y por el otro lado Su Señoría está moleestamente pensando que quizá le arruinaron todos sus planes de fin de semana, por lo que hábilmente mientras suben tras la reja de prácticas a la persona inculpada para tomarle su declaración preparatoria, el juzgador se adelanta comenzando a pronunciarle su formal prisión y acto continuo que termina de tomársele la declaración, el juez le notifica su formal prisión, cumpliendo fielmente el mandato constitucional y asegurando su plácido fin de semana; esto conlleva a que el procesado si no alcanza su libertad provisional y tiene prueba de su inocencia casi a la mano, éstas no pueden valorarse dentro de las setenta y dos horas e irremediamente tendrá que aguardar, privado de su libertad corporal.

De esta manera escrutando lo ya dicho, el precepto constitucional lejos de ser una garantía para que los inocentes recobren su libertad, constituye un óbice para tal fin; por ello las normas jurídicas se elaboran con el objeto de satisfacer las necesidades de una colectividad determinada, pero cuando ciertas normas jurídicas van dejando de tener una verdadera aplicación es el

momento exacto para que se substituyan por otra u otras que den respuesta a las necesidades de la vida en sociedad, en virtud de la cambiante realidad en que vivimos, apreciándose notables transformaciones en la cultura, ciencia, la economía, la naturaleza, así como determinadas tendencias a cometer cierto tipo de delitos, etc.; luego entonces el artículo 19 de la Constitución al estar enraizado en ésta y al no dar la solución a los problemas de la sociedad, no se puede dejar de prescindir de una adición a su texto en el que contemple una prórroga para que el juez pueda dictar el auto de término constitucional en un lapso de seis días como acertadamente lo contempla en su texto el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales publicado en el Diario Oficial de la Federación del 12 de enero de 1988, decreto que entró en vigor a los 60 días de su publicación.

#### 4.2 Comentarios al artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Entrando en materia, la trascendental reforma que adiciona con un último párrafo al artículo 161 del Código Federal Adjetivo publicada en el Diario Oficial de la Federación del 12 de enero de 1988, nos parece un verdadero progreso en nuestro sistema procesal penal al dar respuesta favorable a las necesidades de nuestra sociedad, encontrando su verdadero sustento en el Diario de los Debates de la Cámara de Senadores de los Estados Unidos Mexicanos, bajo el criterio de que:

"las garantías que la Constitución consagra en favor del individuo son derechos mínimos, no derechos máximos, por lo que la ley

secundaria puede, en todo caso, ampliar el ámbito de dichas garantías y extender, con ello, el campo de los derechos públicos subjetivos" (70).

Así el mismo diario de debates de la Cámara de Senadores menciona: "En el texto propuesto se destaca con literalidad, el hecho de que se trata precisamente de una ampliación de garantía constitucional, por ende el Ministerio Público no tiene derecho de prorroga ni cabe que el juez la resuelva de oficio" (71).

Con obviedad, se deja notar que es la facultad que tiene el inculcado de renunciar a los plazos procesales que otorga la constitución por ser como se dijo ya, derechos mínimos, recordando que estos plazos son en beneficio del individuo y no de las autoridades.

Ahora nos permitiremos transcribir el artículo, materia de esta tesis, consagrado en el numeral 161 del Código Federal de Procedimientos Penales que a la letra dice:

"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:

I. Que se haya tomado declaración preparatoria del inculcado, en la forma y con los requisitos que establece el artículo anterior, o bien que consten en el expediente que aquel se rehusó a declarar;

II. Que esté comprobado el cuerpo del delito que tenga señalado sanción privativa de la libertad;

III. Que en relación a la fracción anterior, esté demostrada la presunta responsabilidad del acusado, y

IV. Que no esté plenamente comprobada a favor del inculpado, alguna circunstancia excluyente de responsabilidad o que extinga la acción penal.

El plazo a que se refiere el primer párrafo de este artículo se duplicará cuando lo solicite el inculpado 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, aún cuando mientras corre el periodo de ampliación, aquel puede, sólo en relación con las pruebas o alegaciones que propusiera el inculpado o su defensor, hacer las promociones correspondientes al interés social que representa" (72).

El tema en estudio sólo se refiere a este último párrafo, toda vez que lo anterior fue visto en el capítulo precedente; para que esta duplicidad del plazo opere es menester que el inculpado lo solicite por sí, por escrito, por su defensor, al rendir la declaración preparatoria, con el objeto de recabar elementos que deba someter a conocimiento del juez.

En relación a estos requisitos formales de procedibilidad nos vienen a la mente algunos cuestionamientos como ¿por qué por escrito?, en la

práctica es muy difícil que los inculpados como rinden su declaración preparatoria tras la reja de prácticas tengan a la mano papel y pluma, haciendo incómodo el trámite, nosotros sugerimos que sea de viva voz, al terminar su declaración preparatoria acentándose esta solicitud de duplicidad y firmando o estampando su huella para constancia legal. Cuando la solicitud es por medio de su defensor debe de expresarse el consentimiento del propio inculpadado ya que se trata de la renuncia al plazo de las setenta y dos horas constitucionales; también podemos apreciar la confusión en el sentido de cuál es el momento exacto en que deberá de hacerse ese memorial ¿antes de comenzar la declaración preparatoria? ¿a la mitad de la toma de declaración preparatoria? o ¿al terminar de tomar la declaración preparatoria? en fin, en la práctica el agente del ministerio público cuando es solicitada dicha prórroga se oponen, pero toda vez que como se trata de derechos mínimos individuales, el juzgador acepta el pedimento del inculpadado.

Nosotros creemos que esta disposición viene a originar un gran avance en el sistema procesal penal, empero atendiendo al cúmulo de trabajo en los juzgados y para no caer en abusos por parte de los abogados postulantes, proponemos que la duplicidad del tiempo en el auto de término constitucional sólo se conceda cuando por el delito y la modalidad de éste, no se tenga el derecho a la libertad provisional, habida cuenta que como sabemos lo que más se anhela en esos momentos es alcanzar la libertad corporal y aquellas personas que tengan ese derecho mal que bien, podrán acreditar su inocencia mediante el procedimiento, gozando de su libertad provisional, por

ello se sugiere que esta reforma que adiciona el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales también se legisle en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

4.3 Aspectos importantes entre los artículos 399 y 161 del Código Federal de Procedimientos Penales y el 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Aquí plantearemos las diferencias que existen entre éstos a pesar de que en todos los casos el fin sea la libertad del inculcado, seremos sigilosos en los comentarios que en adelante se harán para que este estudio resulte lo más preciso y claro posible.

En principio podemos afirmar que la ampliación del tiempo en el auto de término constitucional es un derecho del inculcado, al ser potestativo mediante la renuncia a las 72 horas constitucionales, mientras que la libertad que se concede en los artículos 399 del Código Adjetivo Federal y 556 del Código Procesal Distrital es un beneficio que la ley otorga en virtud de la facultad que el estado concede al inculcado al darle su libertad, ya que sólo será otorgada si el inculcado satisface los requisitos de los artículos en comento y queda a discreción de la autoridad su procedencia, mientras tanto la solicitud de ampliación del tiempo del auto de término es un derecho en atención a que son garantías mínimas en favor del inculcado, más no en beneficio de la autoridad, así la libertad a que se refieren los artículos 399 del Código Federal Adjetivo y 556 del Código Procesal Distrital, resulta improcedente la libertad mediante



la invocación de dichos preceptos en los casos de los delitos cometidos por imprudencia por el personal de empresas ferroviarias, aeronáutica, naviera o de transporte público federal o local, traición a la patria, espionaje, rebelión, terrorismo, sabotaje, piratería, genocidio, ataques a las vías de comunicación mediante explosivos, destruir o desviar aviones, barcos, etc., delitos contra la salud, violación, violación equiparada, violación agravada por la cantidad y la calidad de los sujetos activos, abuso sexual con las circunstancias que anteceden, homicidio simple y calificado, parricidio, infanticidio, privación ilegal de la libertad en su modalidad de plago o secuestro, robo con violencia en situación de catástrofe o desorden público, así como con varias personas armadas contra un Banco, Tesorería, miembros que custodian el dinero recabado o que lo transporten, el robo en viviendas, aposentos y a vehículos estacionados en la vía pública y por último el delito de abigeato. En estos casos como ya se dijo, es improcedente la libertad provisional mediante el beneficio de los artículos anteriormente invocados, por lo que la autoridad deberá desechar la solicitud al respecto.

En el artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales, se señala "Al recibir el Ministerio Público diligencias de policía judicial, si hubiere detenidos y la detención fuere justificada, hará inmediatamente la consignación a los tribunales, si fuera injustificada, ordenará que los detenidos queden en libertad. El ministerio público dispondrá la libertad del inculpaado en los supuestos y cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 399 para los jueces, sin perjuicio de solicitar el arraigo

necesario. El ministerio público fijará la caución suficiente para garantizar que el detenido no se sustracrá a la acción de la justicia, ni al pago de la reparación de los daños y perjuicios que pudieren serle exigidos. Tratándose de delitos cometidos con motivo del tránsito de vehículos, no se concederá este beneficio al inculcado que hubiere incurrido en el delito de abandono de personas o se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares. Cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad, se dispondrá la libertad sin necesidad de caución y sin perjuicio de pedir el arraigo correspondiente" (73) en el referido artículo que se acaba de transcribir hasta su segundo párrafo se encuentra el fundamento legal para que no solo los jueces puedan conceder el beneficio a que se refiere el artículo 399 del Código adjetivo federal, sino que es muy importante hacer notar que también le compete al agente del Ministerio Público investigador la concesión de dicho beneficio en el que se otorga la libertad al indiciado, sin embargo esta libertad tiene el carácter de administrativa por encontrarse ubicada dentro de la averiguación previa y desde luego, también es provisional hasta en tanto se determine la situación jurídica que debe prevalecer mediante el ejercicio de la acción penal o en el acuerdo del no ejercicio de la acción penal, a consulta para reserva o a consulta para archivo, ya que en estos tres últimos la garantía que otorgue el indiciado tendrá que devolversele.

En la practica este beneficio del articulo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales ha causado una baja considerable en el cúmulo de trabajo en nuestros tribunales penales, ya que normalmente están saliendo en libertad bajo este beneficio las personas inmiscuidas en algún acto ilícito.

La libertad que pudiere concederse al inculpado haciendo la renuncia de las setenta y dos horas, extendiéndose a ciento cuarenta y cuatro horas, se encuentra dentro de lo que denominamos pre-instrucción, mientras que la libertad que se concede en los artículos 399 del Código Federal adjetivo y 556 del Código Distrital, se ubica únicamente en el periodo de instrucción, ambos en presencia judicial.

La libertad que pudiera concederse en su caso, a través de la solicitud de la duplicidad del tiempo en el auto de término constitucional se concede previamente haber acreditado ante el juez su inculpabilidad o bien la inexistencia de alguna calificativa para poner al inculpado en posibilidad de obtener su libertad provisional, estando compelido el juzgador a entrar al estudio del delito y sus agravantes, en tanto la libertad que se concede de acuerdo a los artículos 399 del Código Federal de Procedimientos Penales y 556 del Código Distrital adjetivo, se otorga siempre y cuando se satisfagan los requisitos que se establecen en los mismos, desde luego las libertades son por medio del órgano jurisdiccional.

La libertad que en su caso se concediera en el auto de término constitucional dentro de las ciento cuarenta y cuatro horas, no

requiere tramitación especial alguna, ya que sólo el inculcado y su defensor se avocan a apuntar elementos de descargo al juez, empero, la libertad que de acuerdo se otorgue conforme a los artículos 397 del Código Federal de Procedimientos Penales, 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, necesariamente se tramite por vía incidental.

Como podemos apreciar lo que es bien cierto, es que ambas solicitudes tienden a obtener la libertad del individuo pero la que en su caso se obtuviere a través de la duplicidad del tiempo del auto de término constitucional es más rápida que la que se conceda incidentalmente que tanto hablamos en este apartado.

Consideramos que en la legislación procesal penal actual, tiende al proteccionismo de los inculcados al ofrecerles diversas formas de otorgarles la libertad provisional, pero en lo referente a la duplicidad del tiempo en el auto de término constitucional es disímil toda vez, que no se facilita a ningún sujeto su salida provisional de la prisión preventiva, simplemente se garantiza el derecho de defensa y de audiencia resolviendo el juez no sólo conforme a derecho sino con apego a la justicia.

(70) "Diario de los Debates de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos". Año III, Período Ordinario, Legislatura LIII, Tomo III, núm. 8, México, 25 de septiembre de 1987, p. 4

(71) Idem, p. 4

(72) Díaz de León, Marco Antonio. Op. Cit, p. 151

(73) Idem, p. 110 y 111

## CONCLUSIONES

En el devenir del tiempo observamos el desarrollo legislativo de nuestra Constitución Política, la cual en su albor tenía gran influencia española y sencillamente estaba desprovista de garantías de seguridad jurídica, mesuradamente y ante los acontecimientos y necesidades sociales fue perfeccionándose considerando cada vez más al individuo, el cual se encontraba a merced de las autoridades, de esta guisa el primer antecedente del auto de término constitucional lo encontramos en 1824 en el que se establece un plazo máximo de sesenta horas para que una persona pueda estar legalmente detenida; así en el año de 1857 se creó otra Constitución con una mejor normatividad y como característica importante encontramos que establece un período máximo de tres días para que a un individuo pudiera privársele legalmente de su libertad; sin embargo no fue sino hasta la Constitución actual que se enmarca en un capítulo especial de derechos mínimos o garantías del individuo vigilando su cumplimiento por parte de las autoridades, regulando además los elementos del auto de formal prisión y el plazo para que sea dictado, punto angular del presente estudio y merecedor de una reforma que duplique dicho plazo de tres días para satisfacer una necesidad social latente actualizando nuestro ordenamiento supremo.

En el procedimiento penal encontramos los actos prejudiciales, iniciando por el auto de cabeza de proceso, el cual da comienzo al

cómputo de las 72 horas con que cuenta el juzgador para determinar la situación jurídica del inculpado, dicho término es de vital importancia ya que el juzgador debe de llevar a cabo múltiples diligencias como la toma de declaración preparatoria, debiéndose cumplir las garantías que señala el artículo 20 Constitucional como lo es el derecho de defenderse por sí o por persona de su confianza, el derecho a la libertad condicional, etc.; además el juzgador debe de elaborar un estudio de las constancias que obren en la averiguación previa, desahogar las diligencias que en su caso sean solicitadas por las partes y por si fuera poco realizar el auto de término constitucional.

El juez tiene que llevar a cabo y elaborar numerosos actos dentro de un lapso de tiempo de 72 horas, plazo que resulta insuficiente para tan ardua labor, por ende a el juzgador le es humanamente imposible realizar un estudio minucioso de las constancias, dando como consecuencia múltiples errores en dicha resolución, que debe de poner en claro la situación jurídica de el imputado.

Cuando el indiciado desea aportar pruebas, el juzgador se opone al desahogo de las mismas en virtud del escaso tiempo con que cuenta para resolver sobre la situación jurídica de éste, lo cual nos lleva a pensar en la imperiosa necesidad de ampliar dicho tiempo en beneficio del inculpado mediante su renuncia expresa al multicitado plazo ante presencia judicial como acertadamente lo regula el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, con el fin

de evitar el ejercicio excesivo de este derecho es conveniente señalar la necesidad de la duplicidad del plazo exclusivamente para los delitos y sus modalidades en los casos en que no se tenga derecho a la libertad provisional, para que al indiciado le sea conveniente renunciar al tiempo de tres días y como un medio mas para alcanzar la tan ansiada e invaluable libertad.

Ante tales circunstancias es incuestionable la imperiosa necesidad social de duplicar el tiempo para el auto de término constitucional por lo que estimamos que tanto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal deben de contemplar la ampliación del tiempo del auto de término, respondiendo así a la problemática social que vivimos.



## BIBLIOGRAFIA

- Acero, Julio. "Procedimiento Penal", Editorial Cajica, 6a. edición, México, 1988, 208 pp.
- Arilla Bas, Fernando. "El Procedimiento Penal en México", Editorial Kratos, 8a. edición, México, 1988, 258 pp.
- Beling, Ernest. "Derecho Procesal Penal", trad. Miguel Fenech, Editorial Labor, 1a. edición, España, 1943, 320 pp.
- Borja Osorno, Guillermo. "Derecho Procesal Penal", Editorial Cajica, 1a. edición, México, 1969, 197 pp.
- Briseño Sierra, Humberto. "Derecho Procesal", Editorial Trillas, México, 1969, 376 pp.
- Briseño Sierra, Humberto. "El Enjuiciamiento Penal Mexicano", Editorial Cárdenas, México, 1976, 432 pp.
- Burgoa, Ignacio. "Las Garantías Individuales", Editorial Porrúa S.A., 22a. edición, México, 1989, 896 pp.
- Calderón Ibarra, Bertini. "Directrices Constitucionales en Materia Penal", Editorial Porrúa S.A., México, 1963, 342 pp.
- Colín Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", Editorial Porrúa, 10a. edición, México, 1986, 432 pp.
- Costa, Fausto. "El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía", Editorial Unión Tipográfica y Editorial Hispanoamericana, México, 1953, 295 pp.

Cruz Ovando, Victor Manuel. "Auto de Formal Prisión", Villahermosa, Tabasco, México, 1975, 102 pp.

Cuellar Moreno, Francisco Javier. "La Libertad en Nuestra Dogmática Constitucional y en Nuestro Procedimiento Penal", Guadalajara, Jalisco, México, 1983, 203 pp.

Díaz de León, Marco Antonio. "Código Federal de Procedimientos Penales comentado", Editorial Porrúa S.A., 2a. edición, México, 1989, 539 pp.

Escamilla Alvarez, Adriana. "Análisis del Proceso Penal a través de las Garantías Constitucionales", Tesis, México, 1941, 189 pp.

Fenech, Miguel. "Derecho Procesal Penal", Editorial Labor, 3a. edición, España, 1960, 387 pp.

Fernández Guerrero, Eduardo. "Breve estudio sobre el párrafo segundo del artículo 19 constitucional", UNAM, Tesis, México, 1935.

Flores Pila, Javier. "Los Derechos del Procesado", México, Guadalajara, Jalisco, 1978, 98 pp.

García Ramírez, Sergio. "Derecho Procesal Penal", Editorial Porrúa S.A., México, 1974, 478 pp.

García Ramírez, Sergio y Adato Green, V. "Prontuario del Proceso Penal Mexicano", Editorial Porrúa S.A., 4a. edición, México, 1985, 4778 pp.

García Saucedo, Ofelia. "Auto de Formal Prisión, de Sujeción a Proceso y Libertad por Falta de Elementos para Proceder", Tesis, Universidad de Zacatecas, México, 1961.

Guerrero Herrera, Antonio. "Estudio y Comparación Constitucional de los Derechos del Procesado", Guadalajara, Jalisco, México, 1976, 205 pp.

Jáuregui Estrada, Rodrigo. "La Privación Preventiva de la Libertad", Tesis, México, 1979, 102 pp.

Mancilla Ovando, Jorge. "Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal", Editorial Porrúa S.A., México, 1988, 354 pp.

Martínez Anaya, Ernesto. "Manual del Detenido: Guía legal para las personas Privadas de su Libertad", Editorial Edamex, 4a. edición, México, 1984, 421 pp.

Rivera Silva, Manuel. "El Procedimiento Penal", Editorial Porrúa S.A., 17a. edición, México, 1988, 549 pp.

Rodríguez, Ricardo. "Código de Procedimientos Penales 1902", Editorial Herrero, México, 1982, 798 pp.