

881309

28
2Ej

UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO



PLANTEL LOMAS VERDES

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
NUMERO DE INCORPORACION 8813-09

**INCONSTITUCIONALIDAD DEL EJERCICIO DE LA
ACCION PENAL CON DETENIDO POR AUSENCIA DE
FLAGRANCIA O NOTORIA URGENCIA**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LUCRECIA PACHECO GONZALEZ

DIRECTOR DE TESIS: LIC. SERGIO SALINAS CARMONA
REVISOR DE LA TESIS: LIC. JUAN ARTURO GALARZA

NAUCALPAN, EDO. DE MEXICO,

1994

**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.

**Dios, Nuestro Señor; Virgen de Guadalupe
Virgen de San Juan de los Lagos, San Martín de Porres,
San Juditas Tadeo.**

Les dedico este trabajo con enorme cariño y agradecimiento, por su infinita grandeza, bondad y ternura, porque han sido ustedes quienes me han permitido conseguirlo dandome, salud, paz y tranquilidad familiar, y sobre todo iluminandome y cuidandome cada día desde el amanecer hasta el anochecer; por todo esos y por mucho más los llevo muy presentes en cada momento de mi vida.

MIL GRACIAS.

A MIS PADRES:

La Señora Guadalupe González Cervantes y el Señor Fidel Pacheco Barrientos.

Personas de la cuales me siento altamente orgullosa, a las que les debo todo cuanto tengo y lo que soy, que son mi máxima adoración, que no tengo palabras para exteriorizar mi eterno agradecimiento, por todo su amor, comprensión, respaldo y por la confianza depositada en mí.

Por haber formado una mujer de bien y buenos principios. Por eso ruego a Dios me permita tenerlos por siempre a mi lado.

LOS QUIERO MUCHO.

A MI HERMANO:

EDUARDO PACHECO GONZALEZ

Por ser mi más grande ejemplo y enseñarme que en la vida no importa que tan humilde o rico pueda ser una persona, que mientras Yo sea, respetuosa, honrada, reservada y educada, serán las llaves de cualquier puerta a donde Yo toque, que nunca debo tener miedo, pero si seguridad en mi misma; que no existen obstaculos y que uno llega hasta donde uno anhela. Por todo eso y por ser un hermano modelo. Te doy las gracias por tus sacrificios constantes que me permito culminar una de las etapas más importantes de mi mi vida, como lo es mi formación profesional. Que Dios siempre te cuide y te bendiga.

TE QUIERO CON TODA MI ALMA.

A MI HERMANO:

FIDEL PACHECO GONZALEZ

Por tu ayuda en el momento más difícil, cuando más lo necesite, para dar inicio a lo que hoy culmino con esta tesis.

UN MILLON DE GRACIAS

TE QUIERO MUCHO.

➔A LA MEMORIA DE MI HERMANO:

ARMANDO PACHECO GONZALEZ

Como me gustaría que estuvieras vivo; y tu también
te sintieras orgulloso de mi, aunque físicamente no te
encuentres aquí, se que siempre estas a nuestro lado;
y me ves a donde quiera que me encuentre.

TE QUIERO MUCHO

A MI HERMANO:

JOSE JUAN PACHECO GONZALEZ

**A la persona para la cual yo nunca dejare de ser una
niña, que me ve con ojos de ternura y que se siente
muy orgulloso de mi, de igual forma te llevo siempre
en mi corazón.**

TE QUIERO MUCHO

A MI HERMANA Y MI CUÑADO

**BLANCA PACHECO GONZALEZ
Y RAUL MORENO MONTIEL**

Agradezco el gran respaldo que siempre he sentido con ustedes, por considerarme como a una hija pero en especial por tener la dicha de tener una hermana como la que Dios me dio.

LOS QUIERO MUCHOS

A MI NOVIO :

JUAN MANUEL PEREZ PALOMARES

Por su valiosa colaboración en la
elaboración del presente trabajo, pero
sobre todo por ser una persona
extraordinaria, noble y de buenos
sentimientos, que me apoya
constantemente
que desea y quiere lo mejor para mí

GRACIAS

LIC. RENE PAZ HORTA

Un profundo agradecimiento a la
confianza y oportunidades que durante
este tiempo me ha brindado, en espera;
de no defraudarlo de igual forma le deseo
que en el desempeño de sus funciones
siga cosechando todos los éxitos y triunfos
que hasta ahora lo han caracterizado.

**SEÑOR QUE DIOS LO BENDIGA
A USTED Y A TODA SU FAMILIA.**

MIL GRACIAS

LIC. GUSTAVO ADOLFO GOVEA BOTELLO

En agradecimiento, a la persona cuya rectitud, integridad y sencillez son un simbolo de su personalidad, pero sobre todo por su valiosa amistad que me ha brindado y por su excelente concepto que exterioriza de mi.

GRACIAS

INDICE

INCONSTITUCIONALIDAD DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL CON DETENIDO POR AUSENCIA DE FLAGRANCIA O NOTORIA URGENCIA

TEMA	No. Pág.
<u>INTRODUCCION</u>	
<u>CAPITULO I</u>	
DIFERENCIAS SUBSTANCIALES TECNICO, JURIDICO, ENTRE LOS ACTOS DE DETENCION PRESENTACION, ARRESTO, ACTO ARBITRARIO Y ACTO ILEGAL.	1
I.1.- Detención	1
I.2.- Presentación	6
I.3.- Aprehensión	10
I.4.- Arresto	14
I.5.- Diferencias	15
I.6.- Acto Jurídico	18
I.7.- Acto Arbitrario	28
I.8.- Acto Ilegal	32
I.9.-Diferencias Substantiales Técnico Jurídicas entre acto Arbitrario y Acto Ilegal	37
<u>CAPITULO II</u>	
LA DETERMINACION	40
II.1.- Determinación de Consignación	48 y 52
II.2.- Determinación de Resolución de No Ejercicio de la Acción Penal o Consulta de Archivo	49
II.3.- Determinación de Resolución de Reserva	52

CAPITULO III

EL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL Y SU RELACION CON LA CONSIGNACION CON DETENIDO	65
III.1.- Garantía de Seguridad Jurídica (Acto de Molestia)	69
III.2.- Garantía de Seguridad Jurídica (Libertad)	74
III.3.- Garantía de Seguridad Jurídica (Acto de Molestia)	77
III.4.- Garantía de Seguridad Jurídica (Flagrancia)	78
III.5.- Garantía de Seguridad Jurídica (Casos Urgentes)	79

CAPITULO IV

EL DELITO FLAGRANTE	90
IV.1.- Clases de Flagrancia	93
IV.2.- La Autoridad Administrativa y el Delito Flagrante	97
IV.3.- Subjetivismo de la Autoridad Administrativa y el Término sin Demora	103

CAPITULO V

VIOLACIONES CONSTITUCIONALES COMETIDAS EN EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL CON DETENIDO POR AUSENCIA DE FLAGRANCIA O CASOS URGENTES DURANTE LA FASE DE LA AVERIGUACION PREVIA	107
V.1.- Concepto de Violación Constitucional	109
V.2.- Consignación con Detenido Violación	109
V.3.- Consignación sin Detenido	113
V.4.- Requisitos para la Orden de Apreensión	116
V.5.- El plazo para Consignar	118
V.6.- Violaciones cometidas por el Ministerio Público como órgano Ordenador	122
V.7.- Violaciones cometidas al ejecutar la Orden d de Apreensión	126
V.8.- Incomunicación	129
V.9.- Violación Anticonstitucional que priva a los Indiciados de Nombrar Defensor en la etapa	

de la Averiguación Previa	133
<u>CONCLUSIONES</u>	140
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	143

INTRODUCCION

El presente trabajo, no es más que una modesta opinión que pretende que la justicia en México sea realmente verdadera, y honesta específicamente en la rama penal por conducto de su procedimiento y aplicabilidad.

Todo ello ocurrirá cuando los gobernantes se sujeten necesariamente a los límites que establece el Estado y así poder disfrutar de los derechos que nos otorga el mismo.

No se debe olvidar que una sociedad se define por lo que prohíbe y castiga, y por cómo lo castiga, más que por lo que dice sostener y querer.

Ahora bien, uno de esos derechos que nos otorga el Estado desde recién llegados al mundo es precisamente la "libertad personal", la que constituye uno de los valores supremos del hombre y que se encuentra plasmada en la Norma Fundamental, para que las autoridades en función a sus actividades la respeten en forma íntegra.

Consecuentemente en la presente se abordan algunos conceptos jurídicos básicos que conciernen a afectar la libertad personal, tales como "la detención, la presentación, la aprehensión, el arresto, el acto arbitrario y el acto

legal, para posteriormente entrar al análisis de la función general y específica del Ministerio Público, función que se debe observar desde el punto de vista de la aplicación exacta de la norma fundamental, a fin de establecer el límite preciso en que puede llegar la función investigadora por cuanto hace a la libertad de las personas, ya que el Ministerio público constituye una Institución por excelencia encargada de la defensa de los intereses sociales, sin abandonar por ello los derechos esenciales del individuo.

Consiguientemente se podrá observar que en la Averiguación Previa, la autoridad administrativa, tiene poder de decisión y por lo tanto puede resolver sobre la libertad de los individuos, al decidir si se ejercita acción penal o no. Teniendo este poder el fundamento de ser una facultad que le otorga la Ley.

A esta facultad de decisión frente a los elementos arrojados por la investigación se llama determinación la que debe de estar suficientemente fundada en derecho.

Finalmente se estudiarán las dos grandes excepciones al principio general establecido en el Artículo 16 Constitucional para privar de su libertad a una persona, como lo son la flagrancia y los casos de urgencia.

CAPITULO I

DIFERENTES SUBSTANCIAS TECNICO JURIDICO ENTRE LOS ACTOS DE DETENCION, PRESENTACION, APREHENSION, REAPREHENSION, ARRESTO, ACTO ARBITRARIO Y ACTO ILEGAL

- I.1 DETENCION**
- I.2 PRESENTACION**
- I.3 APREHENSION**
- I.4 ARRESTO**
- I.5 DIFERENCIAS**
- I.6 ACTO Y ACTO JURIDICO**
- I.7. ACTO ARBITRARIO**
- I.8 ACTO ILEGAL**
- I.9 DIFERENCIAS SUBSTANCIALES TECNICO
 JURIDICAS ENTRE ACTO ARBITRARIO Y ACTO
 ILEGAL**

CAPITULO I

DIFERENCIAS SUBSTANCIALES TECNICO JURIDICO ENTRE LOS ACTOS DE DETENCION, PRESENTACION, APREHENSION, ARRESTO, ACTO ARBITRARIO Y ACTO ILEGAL.

Antes de profundizar en este tema es importante dar una definición de los conceptos del problema de investigación (tales como, detención, presentación, aprehensión, arresto, acto arbitrario y acto ilegal), así como determinar sus diferencias por lo que se abordara su significado en diversas acepciones en virtud de que estos serán fundamentales para el desarrollo de este estudio.

I.1. DETENCION

En su sentido literal detención "proviene del latín *detinere*, verbo transitivo, suspender una cosa, estorbar, impedir que siga adelante (usase también como verbo reflexivo). Poner en prisión, arrestar, conservar, retener o guardar (verbo reflexivo). Retardarse o irse despacio (sentido figurado) suspenderse, pararse o considerar una cosa" 1.

1 - Palomar de Miguel, Juan Diccionario Para Juristas, Ediciones Mayo, S de R L 1a. Edición, México 1961 p. 450

Sin embargo, más concretamente en el aspecto jurídico diversos autores califican la detención, "como la privación de la libertad física del inculpado con objeto de ponerlo a disposición mediata o inmediatamente de una autoridad competente"².

Por otro lado la detención en cambio es "un estado de privación de la libertad que sigue inmediatamente a ese aseguramiento que desemboca en la formal prisión o la libertad por falta de méritos a las 48 horas siguientes.³

Ahora bien , la definición de Sergio García Ramírez coincide con la de Fenech en el sentido de que para él también la detención "es un acto por el que se produce una limitación de la libertad individual de carácter provisional y que tiene por fin poner a la persona inculpada a disposición mediata o inmediatamente, del instructor del proceso penal para los fines de este, en expectativa de su posible prisión provisional".⁴ Que es el mero depósito de un establecimiento carcelario para impedir la evasión del detenido⁵

2 - De Pina Rafael Citado por García Ramírez Sergio. Derecho Penal 1a edición. Editorial Porrúa, S A México 1974 p. 369

3 - Acero Julio, Procedimiento Penal, 4a edición imprenta Font. Guadalajara Jalisco México 1966 p. 129

4 - Fenech Cta por García Ramírez Sergio Op. cit. p. 400

5 - Rivera Silva Cita por García Ramírez Sergio Op. Cit. p. 400.

Sin embargo, la detención comprende de esta manera la acción de aprehender a un sospechoso o culpable y el estado de la persona que se encuentra privada de la libertad, por esto se deben examinar dos aspectos. "desde el punto de vista activo, que se refiere a la gente que aprehende; y aprehender del latín *aprehenderé* de ad, a, y aprenderé, que denota la actividad de asir, agarrar, así, tomar a una persona o a una cosa. Prender o detener a alguien . Prender alguna cosa, sobre todo si es de contrabando"ª De donde aprehensión es el acto mismo de la captura del reo, el hecho material del apoderamiento de su persona privándola de su libertad, y desde el punto de vista pasivo, que alude al sujeto que sufre la acción, desdoblándose el concepto en dos.

En su sentido jurídico procesal implica un estado de privación de la libertad, el cual se cumple en una cárcel o prisión pública, u otra localidad como medida para impedir su evasión, y en otro sentido se tiene a la detención como la sufrida como el posible, originada en una sola voluntad de la gente como expresión de una determinación personal subjetiva, pero nunca en forma arbitraria.

Por tal motivo es por lo que me atrevo a opinar en un sentido mas riguroso que la denominación DETENCION debe referirse más que nada al estado de privación de la libertad.

La detención se presenta en tres hipótesis, que configuran otras tantas especies, diferenciables en orden a los efectos que producen y a las personas que privan de la libertad al presunto delincuente:

- a) **Detención por cualquier individuo, en caso de delito flagrante o cuasiflagrante y de presunción de flagrancia.**

- b) **Detención por autoridad administrativa, justificada merced a la urgencia.**

- c) **Detención por orden de la autoridad jurisdiccional mandamiento constitutivo de la orden de aprehensión 7.**

Ahora bien el artículo 16 Constitucional menciona el término "Detención", pero sin duda alguna este concepto fue utilizado como equivalente o sinónimo al de aprehensión, ya que el constituyente al plasmar esta palabra en dicho precepto, lo hizo en forma confusa debido a que por una parte influyó la realidad en que había vivido cada uno de los Diputados

Constituyentes, y por otra el deseo de dar a la autoridad administrativa encargada de la persecución de los delitos una proyección diferente a la que hasta entonces había tenido. Igualmente otra de las confusiones del Constituyente se encuentra en el mismo numeral al enunciar en su parte conducente que...solo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la Ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder, esta vez influenciados por las prácticas tradicionales que se generaban en esa época igualmente deseosos de dar a la autoridad administrativa una función específica, pero no logrando con esto diferenciar con precisión la función jurisdiccional de la investigadora o perseguidora, pues si bien es cierto el artículo 21 constitucional que más adelante analizaré con mayor detalle, faculta al Ministerio Público para perseguir e investigar la comisión de los delitos, también lo es que corresponde a la autoridad judicial de manera exclusiva la imposición de las penas, así como la determinación de aprehensión de una persona, lo que revela una definitiva contradicción, es evidente que nuestra Carta Magna utiliza la palabra detención como sinónimo de la de aprehensión, como ya lo señale anteriormente, por lo que desde mi particular punto de vista estos dos conceptos no deben confundirse, máxime si se trata de dicho ordenamiento que rige nuestra

conducta de manera fundamental y más aún si tutela uno de los valores supremos del hombre, como es el de la libertad, así pues el concepto "detención", es definitivamente más amplio que el de aprehensión, en virtud de que se refiere tanto al estado de privación de la libertad, como al acto material privativo de libertad, y el de aprehensión es jurídicamente más profundo, pues se refiere a la acción de detener por razón de causalidad, es decir, no se debe dar este, sino mediante una orden de una autoridad y dicha autoridad debe estar igualmente investida con tal carácter.

Por tal motivo, la palabra DETENCION en su sentido más abstracto, es el acto mismo del apoderamiento del sujeto sospechoso, realizado por cualquier persona y sin orden judicial, y en su sentido más concreto al estado de privación de la libertad personal.

I.2. PRESENTACION

La palabra presentar, contempla los siguientes significados: "proviene del latín praesentare, verbo transitivo. Hacer manifestación de una cosa; ponerla en la presencia de uno (usase también como pronominal); dar graciosa y voluntariamente a uno, una cosa, introducir a uno en la casa o en el trato de otro; a veces recomendándole personalmente; colocar

provisionalmente una cosa para ver el efecto que produciría colocada definitivamente, ofrecerse voluntariamente a la disposición de una persona para un fin, comparecer en algún lugar o acto, comparecer ante un jefe o autoridad de quien se depende, comparecer en juicio⁸.

Como se puede observar y en su sentido jurídico - legal, el término presentación, debe referirse al hecho de hacer comparecer a una persona para el desahogo de una diligencia de carácter judicial ante una autoridad y manifieste su sentir respecto de los hechos motivo de la averiguación por haberlos percibido de alguna manera o haber intervenido en ellos, por esto es, una orden que emana de una autoridad que puede ser la administrativa o la misma judicial ante la negativa del particular para comparecer voluntariamente, es decir la persona al negarse a acudir al llamado de la autoridad que lo requiere, puede ser privado de la libertad en forma momentánea en virtud de que la presencia de éste se hace necesaria para integrar debidamente la investigación y una vez desahogada la diligencia respectiva, el particular adquiere nuevamente su libertad personal.

Por otra parte, también se puede concebir la orden de presentación como sinónimo o equivalente de la de comparecencia, la que únicamente puede librar el juez que conoce de la causa y como resultado del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público en la que se

⁸ - Palomar de Miguel, Juan - Op Cit p 1070

reúnan los requisitos de procedibilidad, siempre y cuando, el delito de que se trate este sancionado con pena alternativa.

Es importante señalar que la orden de presentación o comparecencia librada por autoridad administrativa, constituye una grave violación a la garantía consagrada en el artículo 16 Constitucional, en virtud de que esta limitando la libertad personal de los individuos al rechazo del citatorio previo, aunque dicha limitación sea en forma momentánea, lo que se puede observar en forma más precisa, cuando la autoridad administrativa en la fase de Averiguación Previa, ordena al jefe policiaco se sirva comisionar elementos a su cargo para que hagan comparecer ante el emitente al individuo, si se toma en consideración que la privación de la libertad queda suscita al momento mismo en que es capturado el individuo, es decir, el acto de molestia surge desde el momento en que se le detiene, aún cuando este acto sea momentáneo

El razonamiento anterior se ve apoyado en la dispuesto por el numeral aludido, al enunciar que, "nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento" 9

9 - Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Art. 16

Y más aún, cuando manifestado por el legislador en el precepto 14 de dicho ordenamiento, al disponer " nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos en los que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho..."¹⁰; si se entiende que la autoridad, que es a la que se refieren los artículos en mención, es única y exclusivamente la judicial.

En vista de lo anterior, el término PRESENTACION , en más amplio que el de comparecencia, ya que no solo puede referirse a la orden que da la autoridad administrativa, sino también a la emanada de la judicial, pero, dichos conceptos no deben ser confundidos puesto que la palabra COMPARECENCIA es jurídicamente más profunda en virtud de que debe traducirse en la orden dada exclusivamente por la autoridad judicial, para que la policía haga comparecer a la o a las personas y en la diligencia formal se les tomen su declaración con relación a los hechos, ello previo al ejercicio de la acción penal correspondiente, tomando de esta manera y más jurídicamente el término presentación, como el resultado de la orden dada por la autoridad únicamente administrativa.

I.3. APREHENSION

Esta palabra en su sentido más amplio, "proviene del latín **aprehensivo**, (sustantivo femenino), acción , efecto de aprehender. Una de las formas de adquirir el dominio o la posesión de las cosas muebles.

Ahora bien, la palabra **apreheder**, proviene del latín **aprehenderre**; de ad, a, y **prendere**, así, agarrar, (verbo transitivo), coger, asir, prender o detener a alguien. Prender alguna cosa, sobre todo si es contrabando;" ¹¹ es por ello que se debe concebir la aprehensión en su sentido jurídico, como el acto mismo de la captura del reo, el hecho material del apoderamiento de su persona ¹² siempre y cuando sea resultado de una orden exclusivamente judicial, por consiguiente se debe relacionar la aprehensión con el acto material que ejecuta la policía judicial encargada de cumplir los mandamientos judiciales, por lo que procede asegurar o aprehender a una persona poniéndola bajo su custodia con fines preventivos evitando así su fuga, ahora bien la orden de aprehensión se resume como el mandato de la autoridad judicial que se da para privar de la libertad en forma cautelar a un individuo, para que quede sujeto al proceso respectivo y como consecuencia

11.- Palomar de Miguel, Juan. Op. ct. p. 113

12.-Acero Julio. Op. Ct. p. 129

del ejercicio de la acción penal una vez satisfechos los requisitos legales, es decir la misma debe estar apoyada suficientemente para que no atente contra las garantías individuales, por lo que para el libramiento de esta deben satisfacerse los requisitos marcados por los artículos 16 Constitucional y 132 fracción I del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 195 del Código Federal de Procedimientos Penales, tales como que:

- 1.- Debe ser expedida por autoridad judicial,
- 2.- Ha de mediar denuncia acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado. y,
- 3.- Ha de ser orden solicitada por el Ministerio Público competente.

Nuestra constitución no exige como requisito indispensable que este ya comprobado en autos el *corpus criminis*, sino que basta con que se cumpla lo exigido por el numeral 16 de dicho ordenamiento, es decir, que es suficientemente con los datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Ahora bien, se debe aclarar que el libramiento de la orden de aprehensión es fruto por así decirlo del ejercicio de la acción penal por parte del fiscal.

Por lo que hace a la forma de la orden, la Ley no exige una definida, sino que la resolución respectiva deberá contener la relación de los hechos, así como sus fundamentos legales y la clasificación provisional que se haga de los hechos delictuosos, como lo manifiesta el artículo 195 en su segundo párrafo del Código Federal de Procedimientos Penales; por lo que hace la ejecución de la misma esta toca a la policía judicial por conducto del Ministerio Público, como lo preveen los dispositivos 133 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 195 y 196 del Código Adjetivo del Fuero Federal, pero aquí cabe considerar la salvedad establecida por la misma Constitución de que "solo en casos urgentes cuando se trate de delito grave así calificado por la Ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar y circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad ordenar su detención fundando y expresando los indicios que motiven su proceder"

Por lo que respecta a las aprehensiones en casos de urgencia, nada se concreta en la Constitución pero es indudable que no se quiso restringir al flagrante delito y en que no solo la autoridad administrativa, sino cualquier persona puede aprehender al inculpado sin más formalidades y requisitos.

En nuestra Carta Magna se deberá asentar como regla para considerar urgente, que no haya tiempo para recabar del juez respectivo el mandamiento que corresponde por la inminencia de la fuga del reo y la imposibilidad de asegurarlo de otra manera. Si pues se alcanza sin perjuicio, a pedir del juez la orden de captura, solo el ha de expedirla; si ya el tomo conocimiento de los hechos y no ha decretado la aprehensión del probable responsable, nadie podrá decretarla aunque se le tenga a mano; eso sería anticiparse al funcionario principal o quitarle funciones que exclusivamente le corresponden.¹³

Ahora bien es interesante la apreciación del artículo 268 del nuevo Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal que atiende no solo al delito grave, al riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, la hora, lugar u otras circunstancias para entender la falta de autoridad judicial relacionada con la urgencia para que el Ministerio Público pueda emitir la orden de detención.

¹³- Acero, Julio, Procedimientos Penal. pp 131, 132

Por tal motivo es por lo que siempre que se lleve a cabo una aprehensión se debe poner al aprehendido en virtud de orden judicial sin dilación a disposición del juez que conoce de la causa, informando al tribunal sobre la hora lugar y fecha en que se efectuó supuesto regulado por el precepto 134 del Código Procesal para el Distrito Federal y 197 del Código Federal de Procedimientos Penales.

I.4.- ARRESTO

Quiere decir "Acción de arrestar, detención provisional del presunto reo, reclusión momentánea como corrección o pena; arroj o determinación para emprender alguna cosa ardua. Mayor pena de privación de libertad desde un mes, un día hasta seis meses menor, pena de igual índole que la anterior y de duración de uno a 30 días que en ciertos casos se puede cumplir en el mismo domicilio del reo".¹⁴

Por lo anterior la acción de arrestar deviene de aprehender o quitar a una persona el uso de su libertad en forma transitoria. Sin duda el arresto mas claramente se debe de entender como una mera sanción o medida de apremio dada la infracción a reglamentos o mandatos de

¹⁴- Palomar de Miguel, Juan Op Ct. p. 125

autoridades judiciales y para la ejecución de la misma, basta el estado de privación de libertad, el artículo 42 del código federal de procedimientos penales lo señala como corrección disciplinaria, así mismo el precepto 44 en su fracción III del mismo ordenamiento, también lo enuncia pero mas aún como medida para hacer cumplir las determinaciones del ministerio público en la fase de Averiguación Previa y los tribunales judiciales, en ambos casos dicho arresto no podrá exceder de 36 horas, de igual manera lo prevé el artículo 21 de nuestro máximo ordenamiento como castigo de las infracciones cometidas en contra de los reglamentos gubernativos y de policía, facultando a la autoridad administrativa para imponerlo el cual no excederá en ningún caso de 36 horas así mismo sanciona dichas infracciones con multa, es decir, si el infractor no pagare ésta se le permutará por el arresto correspondiente.

1.5 DIFERENCIAS

Con los elementos anteriores se pueden establecer las diferencias entre los conceptos aplicados que son:

La detención es el concepto más amplio de todos los que se han analizado, pues se refiere no sólo al acto de detener, sino que mas concretamente se puede relacionar con el estado de privación de la libertad personal. Ahora bien, la detención como acto, implica el hecho mismo del

apoderamiento de una persona privándola de su libertad, en cambio la presentación, aprehensión o el arresto, se dan en virtud de una orden de autoridad, y la detención no. La detención implica el acto material de retención o sustracción, pudiendo realizarla cualquier persona, pero dentro del ámbito de la acepción jurídica, porque en caso contrario derivaría ilegal hasta concretarse en un delito.

La presentación se tiene en virtud de una orden de autoridad que puede emanar de la administrativa o de la judicial, dicha presentación emerge como resultado en primer lugar de la desobediencia del individuo al llamado de la autoridad administrativa o judicial; para que intervenga en la debida integración de la averiguación y en segundo término como resultado del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, excitando de ésta manera al órgano jurisdiccional para que la dicte, supuesto que se da en virtud de delitos sancionados con pena alternativa, de tal forma que se debe entender la orden de presentación como sinónimo del de comparecencia, ahora bien, a diferencia de la detención que la puede hacer cualquier persona, la presentación compete ejecutarla a la policía judicial.

La aprehensión se puede diferenciar de los demás conceptos porque emana de la autoridad, y exclusivamente de la judicial (orden de aprehensión), una vez que se ha ejercitado acción penal por parte del fiscal, dada la debida integración de la averiguación previa, entendiéndose por ésta

una vez reunidos los requisitos que menciona el artículo 16 constitucional, como son la denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, dicha aprehensión compete ejecutarla a la policía judicial, de ésta manera se concibe la aprehensión como el acto de apoderarse de una persona (indiciado) privándola de su libertad en forma cautelar y mediante orden de autoridad, únicamente judicial y poniéndola así mismo a disposición de dicha autoridad para que le sea instruido el proceso correspondiente.

A diferencia de la detención y presentación, ésta sólo y exclusivamente surge de la autoridad judicial una vez que se ha ejercitado acción penal y sólo para aquellos delitos que sean castigados con pena privativa de la libertad.

Por último, como ya se ha expresado el arresto se entiende como la privación de la libertad la que en ningún caso deberá exceder de 36 horas, por parte de la autoridad administrativa, dada la infracción a los reglamentos Gubernativos y de Policía, ahora bien la ejecución del arresto debe atribuírsele a la misma autoridad por conducto de cualquier policía por lo que a diferencia de los conceptos antes señalados el arresto no requiere de un mandato exclusivamente judicial y menos aún que previo a la

ejecución de éste haya ejercitado acción penal el Ministerio Público, sino que se trata simplemente de la medida de apremio aplicada al infractor de algún reglamento o como consecuencia de la desobediencia de un mandato de carácter judicial, en la inteligencia de que dicho arresto jamás excederá de las 36 horas establecidas, en el Artículo 21 Constitucional.

I.6 ACTO Y ACTO JURIDICO

El acto constituye un sinónimo del término "acción", es decir el efecto de hacer, una posibilidad o facultad de hacer una cosa. Ahora bien se puede de igual manera afirmar que se encuentra en los términos "acto y acción", una diferencia muy sutil, en virtud de que la acción es una pretensión y el acto es el ejercicio de esa pretensión, cuyo resultados revisten cambios de situaciones externas de los individuos en la inteligencia de que ésta afirmación se debe tomar en cuenta para situaciones concretas puesto que no se puede negar la existencia de los actos futuros.

Se ha referido a la acción como presupuesto del acto, por tal motivo es importante hablar del "hecho" como resultado del acto, es decir para que haya acto es necesaria la acción, consecuentemente para que haya "hecho" es indispensable el acto ya que no se puede concebir concretamente la existencia de un hecho futuro o que se este realizando.

siempre al referirse a un hecho, se hace en virtud del acto consumado o sucedido, sin embargo muchos autores califican el "hecho" como sinónimo de "acto" y éste como sinónimo de "acción", pero es evidente que la diferenciación de éstos términos radica esencialmente en una relación de causalidad y temporalidad de una situación determinada, claro que es perfectamente correcto hablar del ejercicio de una acción cuando se esta ejecutando o de un acto a la acción consumada, he querido hacer este razonamiento para calificar los actos de autoridad de acuerdo al momento en que se está perpetrando en el campo jurídico; los conceptos a los que he hecho mención producen situaciones jurídicas en los individuos, que pueden revestir un sinnumero de modalidades pero el "acto jurídico", no interesa de manera fundamental, ya que el proceder es perfectamente calificable en el momento en el que se está sucediendo o una vez concluido éste, si se toma en consideración que "acto jurídico" y "hecho jurídico" son los acontecimientos a los que el derecho atribuye consecuencias consistentes en el nacimiento, la modificación o la pérdida de derechos o de situaciones jurídicas de las personas, la facultad o acontecimiento imputable a una persona jurídica (física o moral), que trae aparejadas consecuencias legales¹⁵

15 - García Trinidad. Cf. García Ramírez Sergio, Derecho Procesal Penal. 1a. ed., Editorial Porrúa. S ap. p. 247

Igualmente he de referirme a los actos que producen consecuencias jurídicas realizadas por la autoridad (estado). El acto de autoridad como generador de circunstancias que afectan al gobernado y que en muchas de la ocasiones van más allá de la ley o de sus atribuciones, cayendo de esa manera en la arbitrariedad o ilegalidad, para que éstos actos no se tachen con dichos calificativos, es indispensable formar un panorama de los actos ejecutados en ejercicio de la potestad de un poder, actos de autoridad (estado).

Para el desarrollo de éste estudio, únicamente analizaré la relación estado-gobernado y no entraré al estudio de los actos realizados por los particulares en ejercicio de un poder o potestad, o bien fuera del ámbito legal, situaciones que perfectamente se pueden encuadrar en la arbitrariedad como decisión caprichosa de un particular, en virtud de que el principal objetivo estriba en determinar si la actuación del estado como tal cumple con sus funciones obedeciendo los principios de legalidad y equidad.

Por lo anterior es imprescindible dejar acentado el concepto "autoridad", para posteriormente conjuntarlos y obtener de ésta manera un concepto más firme sobre el "acto de autoridad".

Escribo Joaquín, define la palabra autoridad "como la potestad o facultad que uno tiene para hacer alguna cosa, llámese también autoridad, al

carácter o representación que tiene alguna persona por su empleo, mérito o nacimiento; y el poder que tiene una persona sobre otra que le está subordinada como el del padre sobre los hijos, el del tutor sobre el pupilo, el del superior sobre los súbditos" ¹⁶

De la anterior definición se observa que el término "autoridad", puede ser aplicado a los particulares en ejercicio de alguna facultad o potestad, pero me refiero únicamente al estado con sus elementos que lo caracterizan y en ejercicio de su soberanía. Ahora bien, para obtener el significado jurídico del término de referencia, es necesario citar algunos tratadistas como tal es el caso del doctor Ignacio Burgoa, que afirma que, la palabra "autoridad" tiene dos significados fundamentales:

"En su primera acepción la palabra autoridad equivale a poder, potestad o actividad que es susceptible de imponerse a algo, y, en referida al estado como organización jurídica y política de sociedad humana; implica el poder con que éste está investido, superior a todos los que en él existan o puedan existir, y que se despliega imperativamente en tal forma, que nada ni nadie le es dable desobedecerlo o descartarlo, en una palabra es el poder de imperio emanado de la soberanía cuyo titular real es el pueblo. En el terreno

¹⁶ - Escriche Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Nueva Edición y un suplemento. París 1863 Librería de Rosa y Bouret. p. 319

de estricto derecho público por autoridad se entiende jurídicamente, aquel órgano del estado, íntegramente de su gobierno que desempeña una función específica tendiente a realizar las atribuciones estatales en su nombre"¹⁷

En este segundo aspecto mencionado por el tratadista en cuestión obedece más que nada a la representación y no a la potestad, es decir, al funcionario u órgano del estado mismo al que se le faculta con una capacidad de decisión, mando y ejecución superior al de sus gobernados.

Continúa diciendo el aludido autor que los siguientes factores de concurrencia lógica integran el concepto de que se ocupa:

- "a) Un órgano del estado, bien sustantivado en una persona o funcionario, o bien implicado en un cuerpo colegiado;**

- b) La titularidad de facultades de decisión o ejecución realizables conjunta o separablemente;**

- c) La imperatividad en el ejercicio de dichas facultades;**

¹⁷- Burgoa Ignacio, Derecho constitucional Mexicano. 1a edición., Editorial Porrúa, S A México 1973, 1er. Volumen Capt III párrafo 2 y 3 pp. 187 y 188

d) La creación, modificación o extinción de situaciones generales o especiales de hecho o de derecho, dentro del régimen estatal, o la alteración o afectación, de las mismas.

De lo anteriormente señalado se desprende la definición del concepto "Autoridad": es aquel órgano estatal investido de facultades de decisión o ejecución, cuyo desempeño conjunto o separado produce la creación, modificación, o la extinción de situaciones generales o especiales, jurídicas o fácticas, dadas dentro del Estado, o su alteración o afectación todo ello en forma imperativa"¹⁸

Como se puede observar el concepto de autoridad, esta íntimamente vinculado con la idea de acto de autoridad, puesto que por aquella se entiende todo órgano del estado que realice tal acto, bien en forma decisoria o de manera ejecutiva de igual forma el acto de autoridad debe reunir los siguientes atributos: La unilateralidad, la imperatividad y la coercitividad.

Por otro lado para Eduardo Pallares el término autoridad significa "todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias ya legales, ya de hecho, y por lo mismo están en posibilidad material de obrar como individuos que ejercen actos públicos por el hecho de

¹⁸ - Burgos Ignacio, El Juicio de Amparo, vigesimoséptima edición, Editorial Porrúa, S.A México 1990 P. 150.

ser pública la fuerza de que disponen. Ahora bien, el mismo Eduardo Pallares afirma que autoridad es el individuo o conjunto de individuos que de hecho ejecutan actos de carácter legislativo, administrativo o judicial"¹⁹ Para Ingancio Soto Gordo y otro, el concepto de autoridad tiene las siguientes características:

- I.- El status de imperio, ósea la investidura del poder;
- II.- Actuario en funciones de cometidos estatales;
- III.- Que esos cometidos estén de acuerdo con las funciones estatales que le corresponden conforme a la ley;
- IV.- Disponer de la fuerza pública". 20

De las anteriores definiciones se observa que es evidente el poder del estado, en el ejercicio de sus funciones las que están revestidas en todo momento de imperatividad, y sin duda alguna este poder de imperio es una de las principales o tal vez, la principal característica de la autoridad en un régimen de Derecho.

Del anterior bosquejo marcado en torno al concepto de "autoridad", ahora si se esta en condiciones de proporcionar una definición sobre el acto de autoridad, previo a la opinión aportada por varios autores sobre el particular; pues bien, si el acto es una operación, un modo de obrar

¹⁹ - Pallares Eduardo. Diccionario Teórico y Práctico del Juicio de Amparo 1a edición, Edt. Porrúa, S A 1er Vol
²⁰ - Soto Gordo y otro, Suspensión en el Juicio de Amparo, Editorial Porrúa, S A 1er Volumen México
1959 p 12

o un procedimiento y la autoridad esta dotada con poder de mando y decisión, en virtud de su imperio, entonces el acto de autoridad se traduce en: "Una decisión dictada o ejecutada por un órgano del gobierno y que produce un agravio o afectación en la esfera de derechos de los gobernados" 21

Ahora bien, el proceder por parte del estado en ejercicio de sus facultades, necesariamente debe implicar una relación entre estado particular, que el proceder del gobierno en forma imperativa produzca efectos jurídicos al gobernado; dicho acto de autoridad como lo dice el Maestro Ignacio Burgoa debe reunir la unilateralidad, la imperatividad y la coercitividad.

Atendiendo al primero de los elementos indicados, el acto del estado para que sea de autoridad, no requiere para su existencia y eficacia jurídica el concurso de la voluntad del particular frente a quien se ejercita, como sucede verbi gracia con los impuestos, las ordenes de aprehensión etc.

21 - Padilla José R. Sinopsis de Amparo 2a edición, Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor 1er. Volumen México 1978 p 12.

Conforme a la segunda de las notas características de todo acto de autoridad, esto es, la imperatividad, se interpreta a que la voluntad del particular se encuentra necesariamente supeditada a la voluntad del estado, externado a través del propio acto, de tal suerte que el gobernado frente a quien se desempeña éste, tiene la obligación inexorable de acatarlo sin perjuicio de que contra él, entable los recursos legales procedentes.

Por último, la coercitividad implica la capacidad que tiene todo acto de autoridad del estado para hacerse respetar y ejecutar coactivamente por diferentes medios y a través de distintos aspectos aún en contra de la voluntad del gobernado, sin necesidad de que se recurra a la jurisdicción para que el propio acto se realice cabalmente por el propio órgano estatal a quien se imputa.²²

Se ha mencionado el elemento "gobernado", mismo que juega un papel fundamental no sólo como una célula de la sociedad, ni como componente del estado (pueblo) sino en ejercicio de los actos de autoridad, ya que en él recaen las consecuencias jurídicas que se producen, sin embargo se procederá a dar una definición de éste término para redondear el panorama presentado.

²² - Burgoa Ignacio, El Juicio de Amparo PP. 190, 191

Se entiende por gobernado, aquella persona física o moral, subordinada al imperio del estado, sujeta a afectaciones en su esfera jurídica por los actos de autoridad. Por otra parte existen en la doctrina un sinnúmero de clasificaciones por cuanto hace a actos de autoridad se refiere, pero se cree que la siguiente es la más concreta y comprensible:

" CLASIFICACION DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD

a) Leyes.- Consisten en ordenamientos abstractos, generales impersonales

b) Sentencias.- Entendidas por tales, aquellas que son dictadas por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, que resuelven una cuestión litigiosa sometida a su decisión y,

c) Actos genéricos.- Son actos típicamente administrativos. En su mayoría son dictados o producidos por la administración pública, aunque los demás poderes también suelen elaborarlos ". 23

Por consiguiente estos actos producen consecuencias en la esfera jurídica del gobernado, ya que si bien se ha dicho, la autoridad en estricto derecho, y en ejercicio de su potestad en ocasiones rebasa el margen de la legalidad en que se encuentra constreñido, lo que se traduce a la postre en una afectación por parte del Estado al particular, es decir, el proceder del funcionario a quien se delega una actividad concreta de mando y decisión, puede encontrarse viciado con el factor arbitrariedad y que por propia voluntad o capricho caer en situaciones ilegales.

1.7.- ACTO ARBITRARIO.

Como ya se ha establecido con anterioridad, al acto jurídico en forma genérica y al acto de autoridad como presupuesto indispensable en la relación Estado- particular, y como productor de consecuencias jurídicas en el gobernado, pues bien, el ejercicio del poder imperio involucra claramente el carácter de representatividad, de tal manera que el Estado dotado de poder imperio, produce situaciones jurídicas, consecuencia de dicho ejercicio. En ocasiones esta actividad rebasa el orden jurídico establecido.

La arbitrariedad tomada desde el punto de vista del proceder o dictamen según el propio capricho y contra las reglas de la razón, y no a la amplitud que puede tener el árbitro para juzgar o fallar en determinada relación sometida a su consideración constituye uno de los grandes males

de queja a la administración pública ²⁴. En sentido semejante lo menciona la Real Academia Española, al considerar la arbitrariedad como el acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes dictado por la voluntad o el capricho; como se puede observar, la arbitrariedad constituye un término muy profundo pues implica una conducta o decisión caprichosa que no respeta principio de razonabilidad alguno y que inclusive puede legar su notoria existencia o vulnerar las garantías de seguridad jurídica que establece la propia norma fundamental

El obrar a capricho por parte de quien detenta el poder en un régimen de Derecho, sin tomar en consideración ningún , principio de legalidad, es proceder en contra de la justicia.

Ahora bien, el Estado en ejercicio de su potestad (poder de imperio), genera actos de autoridad que repercuten necesariamente en la esfera jurídica del gobernado, es decir, producen efectos jurídicos en el ámbito de actuación de los particulares (derechos y obligaciones), pues bien cuando este ejercicio se rige por el mero capricho del funcionario (autoridad), actividad que realiza carente de fundamento legal alguno, apoyada únicamente en su propia voluntad y que las consecuencias que puede generar ese proceder lesione las garantías estatuidas por la Constitución a los gobernados, por lo que se estará en presencia de un acto

²⁴-Escrive Joaquín op. Ct. p. 202

arbitrario; acontecimiento efectuado por el Estado que reviste un carácter lesionador que se exterioriza en una decisión y proceder caprichoso que produce afectaciones en forma inmediata en el ámbito jurídico del individuo y mediata al derecho fundamental.

En nuestra legislación el término arbitrariedad es poco utilizado en virtud de que se toma en muchas de las ocasiones como sinónimo de otros y no se le da la suficiente importancia como concepto jurídico fundamental, aplicable en forma correcta a determinadas situaciones concretas; por ejemplo en la legislación y doctrina argentina, si se encuentra completamente contemplado el "acto arbitrario", como tal, así el tratadista José Luis Lazzarini, define la arbitrariedad, "como el proceder, contrario a la justicia, las leyes o la razón, basada sólo en la voluntad o el capricho..... y, se entenderá por arbitrario todo hecho, acto u omisión realizado, sin fundamento alguno, o contra las prescripciones legales, o por absurda apreciación de las pruebas o del derecho, y en definitiva, cuyo único fundamento es el mero capricho del agraviante".²⁵

El aludido Maestro, señala como acontecimiento lesivo, todo hecho acto u omisión; al que se puede encuadrar perfectamente al acto contrario como el acontecimiento sucedido por un hacer o dejar de hacer, y

²⁵- Lazzarini José Luis, El Juicio de Amparo, La Ley, S.A. Edif. e Impresora Buenos Aires 1967 1er. Vol p. 168

dentro de la clasificación de los actos de autoridad, a la que con antelación he hecho referencia, para el objetivo de esta tesis, dentro de los actos genéricos, se puede observar que implican una actividad autoritaria consistente en un hacer.

Con esto no se quiere afirmar que el elemento arbitrariedad no se encuentre presente en muchos actos, inclusive me atrevo a decir que en la mayoría de los actos de autoridad pueden surgir el fenómeno arbitrario en virtud de que sólo basta la facultad delegada de mando y decisión para que pueda brotar, sino que nuestro objetivo se encuentra encaminado a calificar la conducta de la autoridad concretamente en la actividad que desarrolle (en un hacer).

Asimismo el citado tratadista, indica que el error de apreciación por cuanto a los hechos se refiere (pruebas o derecho), puede ser constitutivo de la producción de un acto lesionador consecuencia de la falta de capacidad de la autoridad a quien le es delegada la función juiciosa en determinada relación, la cual le fue sometida a su consideración; esta situación señalada en la definición aportada trae cierta complejidad en cuanto a su entendimiento, en virtud de que si el acto arbitrario necesariamente debe regirse por una actividad caprichosa, ejercicio que se efectúa en forma voluntaria, en el error de apreciación, se puede obtener en forma involuntaria, es decir, el acto arbitrario se puede tener de acuerdo a

estos dos supuestos y no es necesario que la autoridad proceda a sabiendas de que su actividad está basada en su sola voluntad y no en derecho, víctima de la ignorancia, circunstancia esta que aunque difícilmente puede surgir en las relaciones Estado- Gobernado no deja de ser una posibilidad en el amplio campo de la acción.

Las dos apreciaciones anteriores se pueden dividir o clasificar en dos partes de acuerdo al conocimiento que tenga la autoridad al producir el acto:

a) Acto arbitrario objetivo.- Cuando la autoridad que realiza el acto lo hace a sabiendas de que está obrando por su sólo capricho o voluntad, no observando ningún principio de legalidad.

b) Acto arbitrario subjetivo.- Cuando la autoridad víctima de la ignorancia ejecuta el acto lesionador.

1.8.- ACTO ILEGAL

Es indiscutible que para abordar el concepto de ilegalidad del acto de autoridad, es indispensable hacer referencia aunque sea en forma superficial, a la legalidad, por lo que la misma constituye el proceder o acontecimiento apegado a derecho; legal es lo que esta prescrito por la ley

o conforme a ella. Así se llaman penas legales las que están prescritas por las leyes (no dependen del arbitrio del juez), lo legal coincide con lo permitido en un régimen de derecho establecido lo legal es lo fundado en derecho, lo que se encuentra previsto en una ley o disposición normativa general e impersonal, la que crea y regula situaciones abstractas . 26

Ahora bien el principio de legalidad por lo que se refiere a la realización de actos de autoridad que repercuten en la esfera jurídica del gobernado, estriba en que dicha autoridad o autoridades, pueden hacer lo que la ley les permite, circunstancia ésta a la que se ha referido la Suprema Corte de Justicia de la Nación , es decir, las atribuciones que tiene el Estado como tal, no pueden ir más allá de lo que señala la propia legislación, por lo que todo acto que realicen deben contenerse en una disposición de derecho, el que debe estar por escrito y suficientemente apoyado, es más, hasta las propias facultades del Estado como órgano de autoridad se encuentran consignadas en la propia norma jurídica como limitación al gobierno en el ejercicio de sus facultades, que bien se pueden traducir en garantías para el gobernado, como más adelante se analizaran, por lo tanto lo ilegal constituye todo aquello que no está prescrito en la ley o no es conforme a ella; lo ilegal carece de todo principio de equidad en un régimen de derecho, consecuentemente choca con un fin último, como lo es el de la justicia; lo ilegal va en contra del régimen jurídico establecido.

26 - Escriche Joaquín Op. Cit. p 1151

Pues ahora bien, por lo anteriormente señalado, se cuestiona ¿Qué lo que va en contra del derecho no también se llama ilicitud, ilegitimidad, antijuridicidad, etc.?, tanto la doctrina como la legislación, por lo que se refiere a cuestiones terminológicas aun no se han puesto de acuerdo, circunstancia que frecuentemente origina confusión, ya que en múltiples ocasiones se utilizan estos términos como sinónimos; la realidad de las cosas nos revela que aunque existen diferencias muy sutiles, estas no dejan de ser diferencias, y que cada palabra puede ser debidamente aplicada a situaciones concretas, como lo son la ilegitimidad de la ilegalidad, toda vez que el concepto ilegitimidad, tiene un alcance y significado mayor en virtud de que se refiere a toda clase de leyes preceptos y cánones, en un término más general a diferencia del de ilegalidad, ya que está limita su alcance únicamente a la propia ley o a disposiciones normativas establecidas del poder público; lo ilegitimo se refiere a un ámbito que rebasa un régimen de derecho, por tal motivo la misma nunca será violatoria de la ley, mientras que lo ilegal como ya se ha mencionado se encuentra en contra posición del derecho. Por otro lado, ilícito es aquel que se refiere a la conducta individual esperada por el derecho en la legislación establecida y el comportamiento realizado por el individuo contra la ley (ilícito), y la ilegalidad es todo aquello que no se encuentra previsto y que va en contra del régimen jurídico, es decir, la ilicitud lleva consigo en forma más concreta el factor conducta individual y lo ilegal va más allá de la conducta del individuo pudiendo encuadrar en ilegal por ejemplo algún acto

de autoridad como institución. Dice por ahí un autor llamado Eugenio R. Zaffaroni, que el verdadero derecho penal, es el derecho penal subterráneo, el que opera en la ilegalidad , y no el que esta descrito por la ley, esta es letra muerta.

El concepto "Antijurídico, sólo constituye una característica de la conducta, consecuentemente se puede hablar de una conducta antijurídica, cuando previamente se ha analizado un proceder que se ha valorado jurídicamente en tales condiciones, se puede concebir el concepto apuntado como adjetivo que califica al sustantivo". 27

Ahora bien, la ilegalidad puede repercutir de alguna manera en los particulares cuando se realiza en la relación Gobierno- Gobernado, un acto hecho u omisión ., en virtud de que la circunstancia lesionadora se circunscribe a la actividad de un hacer o proceder o a la pasividad de un no hacer, y que este acontecimiento precisamente vaya en contra de alguna norma legal establecida (garantías de seguridad jurídica) .

Este acto ilegal realizado por quien detenta el poder (ESTADO), se puede contemplar, desde dos puntos de vista; el primero de acuerdo a los resultados que genera como acto contrario a la ley y, el segundo a las consecuencias sufridas por el particular en la ejecución del mismo; tomando

27.- Vela Treviño Sergio Antijuricidad y Justificación, Edt. Porrúa, S. A. México 1982 p. 7

en consideración que en nuestro régimen legal existe la tendencia a proteger y salvaguardar la norma fundamental, y que ésta a su vez vela por las garantías otorgadas por ella misma a los individuos que se encuentran en el territorio nacional, lo que conlleva en forma inevitable a la desestabilización, del régimen de derecho, pues antes que el individuo, se viola y lesiona a la ley.

En el particular el acto ilegal ejecutado por alguna autoridad, puede traer graves consecuencias, considerando que el acontecimiento se dirige en forma inmediata como acto de imperatividad lesionando con ello la esfera jurídica del individuo, el que incluso de manera extrema puede constituir un agravio a la persona en su condición física, cuando por ejemplo se priva de la libertad individual o cuando abusando del poder se cause un daño irreparable en los bienes del individuo.

Igualmente se puede observar el acto ilegal de acuerdo a su extensión clasificándolo en sentido amplio o en sentido estricto, el primero surge cuando se procede en contra de una legislación y el segundo se refiere a la contradicción existente entre un modo de obrar y una disposición normativa específica, claro es que a dicho acto se puede clasificar de diferentes maneras pero el contenido es el mismo; se constriñe a su contrariedad a la ley.

I.9 · DIFERENCIAS SUBSTANCIALES TECNICO JURIDICAS ENTRE ACTO ARBITRARIO Y ACTO ILEGAL.

Para establecer las diferencias entre los conceptos apuntados, se tomara en consideración sus principales características: Primordialmete, se caracterizan por que el acto arbitrario se da en virtud de la caprichosidad y voluntariedad de quien detenta un poder y el acto ilegal, es aquel supuesto que no está previsto o que va en contra de una norma jurídica específica mismo que puede realizar cualquier persona; en la inteligencia de que ambos pueden obtenerse positiva o negativamente, es decir, por un hacer o dejar de hacer; el fin del acto arbitrario puede rebasar el margen jurídico establecido, mientras que el acto ilícito en su ejecución lleva consigo la violación; el concepto de acto arbitrario es más amplio que el acto ilegal pues el proceder caprichoso es contrario a la razón y las leyes consecuentemente se contraponen a la justicia y el ilegal se concreta únicamente a una disposición, contradicción existente entre una conducta y una norma de derecho específica.

Por cuanto hace a la realización del acto arbitrario, éste puede contener el ilegal como integrante de dicha ejecución o como finalidad, es decir, el proceder caprichoso puede ser a la vez ilegal, ya que no se observa ninguna regla o disposición legal sino se obra guiado por la simple

voluntad carente de toda razonabilidad; como fin último, cuando en el momento mismo de la acción aún se vea afectado el régimen de derecho sino hasta el momento en que se consume, como por ejemplo la deficiente apreciación de los elementos de prueba, los cuales sirven de apoyo para establecer un juicio valorativo el que puede ser lesivo como consecuencia misma; el acto arbitrario emerge en virtud de alguna decisión, necesariamente deriva de un poder, el ilegal también es producto de una decisión, pero no es consecuencia de alguna facultad de mando.

Sin embargo en la relación Estado-Gobernado, los dos conceptos guardan íntima relación toda vez que la existencia de alguno, puede depender de la relación del otro, el acto ilegal necesariamente se remonta a una conducta errónea o tal vez caprichosa de aquel a quien se le ha delegado una función gubernativa con facultad de mando y decisión, por ello en muchas ocasiones por el carácter arbitrario, se pone de manifiesto la ilegalidad.

Como se ha hecho referencia, el punto de afectación sufrida por el gobernado en su esfera jurídica por el acto de autoridad, éste no es más que un mero acto privativo que perfectamente puede traducirse en la merma o menoscabo de la aludida esfera del particular, que se determina por el egreso (salida), de un bien concreto (material), o abstracto (Derecho), elemento de dicho menoscabo o despojo, claro que ese supuesto se

entiende como consecuencia de situaciones arbitrarias e ilegales, ya que esa misma privación puede surgir evidentemente de la legalidad cuando el actuar de la autoridad se encuentra debidamente apegada a la ley.

Por lo que se refiere a nuestro sistema jurídico, los derechos a los que se ha hecho alusión, se encuentran protegidos por las llamadas garantías individuales en la norma fundamental que nos rige, garantías éstas que tienden a proteger la seguridad jurídica de los gobernados, espíritu tomado por el legislador en su afán de defender los diferentes tipos de libertades y derechos de los particulares.

La palabra garantía Constitucional significa " los derechos que reconoce la Constitución y leyes de un Estado a todos sus ciudadanos" 28

Son protecciones establecidas en beneficio de los particulares, con lo que se protege asimismo, el orden Constitucional y el derecho de nuestra sociedad.

En síntesis, las diferencias primordiales entre el acto arbitrario y el acto ilegal, lo son un proceder caprichoso por la sola voluntad y el proceder no apegado a la ley o que vaya en contra de la misma el acto ilegal puede contenerse en el arbitrario, cuando el actuar por mero capricho no observa disposición normativa general e impersonal alguna, acto arbitrario generado por quien detenta un poder en esta caso el Estado.

28 - Palomar de Miguel, Juan, Diccionario para Juristas, Ediciones Mayo, de R. L. 1a edición México 1961 p 627

CAPITULO II

LA DETERMINACION

- II.1 DETERMINACION DE CONSIGNACION**

- II.2 DETERMINACION DE RESOLUCION DE NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL O CONSULTA DE ARCHIVO**

- II.3 DETERMINACION DE SOLUCION DE RESERVA**

CAPITULO II

LA DETERMINACION

Uno de los factores principales que se atribuyen a la felicidad de un pueblo, es el de gozar de estricta aplicación de la justicia, por eso es que el Gobierno estima que los hombres que tomen parte en ello deben tener su estímulo y la apreciación debida a la sociedad, para que se demuestre que su conducta limpia y honesta tiene el atributo de admiración y consideración tanto del Estado como del pueblo. Es por ello que es el Ministerio Público en Nuestro Procedimiento Penal Mexicano al que se le atribuye la persecución de los delitos, para evitar que aquellos queden impunes y que desarrolla esta actividad desde que tiene conocimiento de un delito hasta que termina su actuación y que por lo tanto dicha actividad que realiza tiene por objeto satisfacer la necesidad colectiva de que en las relaciones del hombre no se vean transgredidas las normas que son esenciales para la convivencia humana.

Asimismo también le compete, la búsqueda de las pruebas que acrediten la responsabilidad de los mismos, la realización de los actos tendientes a vigilar que el proceso sea pronto y expedito y por último solicitar al órgano jurisdiccional la aplicación de la pena que corresponda.

Actividades que desempeña el Ministerio Público tanto en la Averiguación Previa como durante el procedimiento penal.

Por lo anteriormente expuesto es por lo que el Ministerio Público constituye una Institución por excelencia encargada de la defensa de los intereses sociales, sin abandonar por ello los derechos esenciales del individuo.

Ahora bien el origen propiamente de la palabra Ministerio Público, "Viene del latín *ministerium* que significa cargo que ejerce uno, empleo, oficio u ocupación, especialmente noble y elevado. Por lo que hace a la expresión Público, ésta deriva también del latín *publicus populus* : Pueblo.

El Ministerio Público significa cargo que se ejerce en relación al pueblo." 1 En su sentido jurídico, el profesor Guillermo Colín Sánchez, sostiene que el Ministerio Público "Es una Institución dependiente del Estado (poder ejecutivo), que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignan las leyes."2

La Institución del Ministerio Público deriva de los mandatos contenidos en los dispositivos 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

1.- José Franco Villa, El Ministerio público Federal, Editorial Porrúa S.A. 1ra edición, México 1965 pp 3 y 4
2.- Guillermo Colín Sánchez, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa S.A., 3a edición México 1974 p. 86

En el artículo 21 de la citada Carta Magna quedo consagrada esta Institución y cuyo artículo, en su parte conducente dice: La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél, compete a las autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía.

Como consecuencia de dicho artículo mencionado se precisa que ningún Juez puede incoar una averiguación criminal ni proseguirla, ni menos aun fallarla, sin petición expresa y concreta del Ministerio Público.

De lo anterior se deduce que en el artículo 21 Constitucional, fundamentalmente tiene su base política la Institución que nos ocupa aun cuando los artículos 16 y 102 y demás relativos, confieren su fisonomía propia al Ministerio Público, como encargado del ejercicio de la acción penal.

Por otra parte el artículo 102 de la Carta Magna, establece la calidad de Institución Federal que tiene el Ministerio Público cuando en su parte conducente expresa: Incumbe al Ministerio Público Federal la persecución ante los tribunales de todos los delitos de orden federal; y, por

lo mismo, a él corresponderá solicitar las ordenes de aprehensión contra los inculpados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos, hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la misma ley determine.

De estos dos preceptos Constitucionales, el 21 y 102, se puede concluir que el Ministerio Público en México queda establecido con arreglo a las siguientes características:

"a) La acción penal queda reservada exclusivamente al Estado y el único órgano que la puede ejercitar es el Ministerio Público.

b) Como resultado del pacto federal, todos los Estados deberán instituir en sus respectivas entidades, la Institución del Ministerio Público, en observancia de las normas Constitucionales.

c) El Ministerio Público, como titular de la acción penal, tiene las funciones de acción y requerimiento, persiguiendo y acusando a los responsables de un delito ante los Tribunales correspondientes, en la

inteligencia de que el Juez, por ningún motivo podrá actuar, sino se lo pide el propio Ministerio Público.

d) A la policía judicial se le encomienda la investigación de los delitos, la búsqueda de las pruebas y el descubrimiento de los responsables debiendo quedar bajo el control y vigilancia del Ministerio Público, se entiende también que cualquier autoridad administrativa puede investigar los delitos, siempre y cuando este facultada por la ley y lo haga bajo el mando y autoridad de los funcionarios del Ministerio Público.

e) Los Jueces quedan impedidos para buscar pruebas por su iniciativa.

f) El Ministerio Público ejercita dos funciones diferentes, durante el período de la Averiguación Previa aparece como autoridad, buscando o allegando las pruebas necesarias para fundar su ejercicio de la acción penal y tan pronto como ejercite esta acción, pierde su calidad de autoridad y se convierte en parte.

g) los particulares ya no podrán ocurrir directamente ante el Juez, en virtud de que tendrán que hacerlo antes al Ministerio Público, para que éste, una vez satisfechos los requisitos que se establecen en la propia ley fundamental en su artículo 16, acuda ante los tribunales ejercitando la acción en representación del particular como miembro que es de la sociedad.

h) El Ministerio Público queda como un órgano independiente y sus funciones están sujetas a un control y a una unidad de mando que se concentra en el Procurador de Justicia .

En materia Federal, el Ministerio Público es el consejero jurídico del ejecutivo y es además el promotor de la acción penal que debe hacer valer ante los tribunales"³

Antes de continuar no se debe olvidar que esta autoridad administrativa a la cual se ha hecho hincapié es una Institución que fue nacida y plenamente evolucionada en Francia, al trasladarse a nuestro medio quedo plenamente arraigada, adoptándosele al igual que en otras naciones, sin embargo antes de haberse establecido, con sus perfiles y caracteres franceses, ya funcionaba una Institución que bastante se le asemejaba, llamada Promotoría o Procuraduría Fiscal derivada de la Legislación Española que por tanto tiempo rigió nuestras costumbres y que en la actualidad agrega aunque conservándose en nuestras leyes que norman la materia, la parte sustancial de la Institución de sello francés se le han introducido ciertas reformas estimadas por nuestra última revolución, como avances y perfeccionamientos pero que de todas maneras la diferencian de la Institución francesa.

³ Navarro Sánchez Enrique, El Ejercicio de la Acción Penal, como poder deber del Ministerio Público, Editorial Porrúa, S. A. México 1968 pp 55 y 56

En la época colonial no se encuentra ninguna Institución que se pueda considerar antecedente del Ministerio Público, por que se hace referencia a su evolución a partir de México Independiente, concretamente con el Tratado de Córdoba, se acordó que las leyes vigentes seguirían rigiendo, mientras tanto no se elaborará la Constitución como norma fundamental del México Independiente de ahí hasta nuestros días el Ministerio Público ha ido transformándose con las atribuciones que se le han otorgado, pero como es bien sabido el carácter principal de dicho órgano es el de Representante de la Sociedad y su facultad, la de persecución de los delitos, sin menospreciar otras atribuciones inherentes a él.

Respecto a la persecución del delito existe un criterio libre de toda pasión personalista, para evitar los graves daños a la justicia viciada por la pasión del ofendido, por lo que es fácilmente de concluirse que sólo el órgano encargado de esa persecución es el que debe estar capacitado para resolver cuando ha de ejercitarse esa acción pública y cuando no.

De lo anteriormente señalado cabe hacer mención que el Ministerio Público es una Institución de buena fe, y no una máquina de acusación, obligada a reconocer sea que el delito no ha existido, bien que el inculcado no lo cometió.

En nuestro derecho, y actualmente, los actos que realiza el Ministerio Público en la etapa preprocesal están claramente definidos como

actos administrativos. Por otro lado la facultad de detener a un individuo constituye para el Ministerio Público un acto jurídico y son también actos jurídicos realizados por el mismo todos aquellos medios de prueba que hace constar el investigador en el curso de la indagatoria tales como la fe de cadáver, de lesiones, de daños etc.

Los actos que realiza el Ministerio Público tienen la finalidad de efectuar una investigación que permita comprobar que se ha violado la ley o bien proceder a la detención y aseguramiento del probable responsable o la determinación de que no hay elementos para presumir la comisión del delito, lo que podría hacer pensar que persigue la misma finalidad que el acto jurisdiccional, lo cual desde luego es completamente distinto.

Con todo esto se puede afirmar que la autoridad administrativa en el procedimiento penal, y concretamente en la fase que nos ocupa el de la Averiguación Previa, efectúa una serie de diligencias tendientes a integrar debidamente la averiguación misma debiéndose comprobar los elementos que se relacionan con el delito, la flagrancia cuando haya detenido y tratar de delimitar el grado de responsabilidad de los participantes. Dichas actuaciones las realiza previa recepción de la noticia de tal ilícito por conducto de los particulares, policía o autoridad judicial, a través de la denuncia, acusación o querrela, según sea el caso.

Consecuentemente se puede observar que en la Averiguación Previa, la autoridad administrativa, tiene poder de decisión y por lo tanto puede resolver sobre la libertad de los individuos, al decidir si ejercita acción penal o no. Teniendo este poder el fundamento de ser una facultad que le otorga la ley

A esta facultad de decisión frente a los elementos arrojados por la investigación, se puede llamar determinación la que debe estar suficientemente fundada en derecho.

La actividad investigadora realizada por el Ministerio Público durante la Averiguación Previa, puede culminar con diversas determinaciones, ha saber: la consignación o ejercicio de la acción penal, la resolución de no ejercicio de la acción penal o consulta de archivo y resolución de reserva.

II.1.- LA DETERMINACION DE CONSIGNACION

La determinación de consignación, surge como consecuencia de la reunión de los requisitos marcados por el artículo 16 Constitucional de los que más adelante se hablará.

II.2.- DETERMINACION DE RESOLUCION DE NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAN O CONSULTA DE ARCHIVO

La segunda de las determinaciones que puede tomar la autoridad administrativa prevista en la codificación actual es la de resolución de no ejercicio de la acción penal o consulta de archivo.

Este no ejercicio de la acción penal, como consiste en la abstención para exitar al órgano jurisdiccional apesar de haberse reunido satisfactoriamente los elementos necesarios para llevar acabo la consignación correspondiente, tomando en consideración que es la autoridad administrativa la que tiene la facultad de ejercitar acción penal y que no se le puede obligar por ningún medio a ello, en tal virtud si el agente investigador a capricho propio no desea consignar al sujeto activo del delito, puede quedar impune del mismo. Circunstancia irregular que va en detrimento de la debida administración de justicia. Lejos de todo principio de equidad y legalidad, la decisión "de no ejercicio de la acción penal", no constituye otra cosa que un mero acto arbitrario, en virtud de que lleva consigo los rasgos y características respectivas a que he hecho alusión con anterioridad, pues es un acto basado en la sola voluntad, por quien detenta el poder, en este caso la autoridad administrativa.

Sin embargo y con apego más a derecho el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 137, señala 5 hipótesis en que el Ministerio Público no ejercerá la acción penal:

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

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

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

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

V.- Cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculcado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal."

Al respecto Manuel Rivera Silva, señala " la resolución de no ejercicio de la acción penal o de archivo, ha sido criticada manifestándose que el Ministerio Público se abroga facultades jurisdiccionales al declarar que un hecho no es delictuoso.

La crítica, con purismo jurídico, puede tener vigencia, pero cabe pensar que por economía y practica procesal, es correcto que no se acuda a los tribunales para que hagan la declaratoria de la no existencia del delito, cuando el Ministerio Público no tiene elementos que lo comprueben" 4

Ahora bien, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 3° Bis establece : " En las Averiguaciones Previas en que se demuestre plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, previo acuerdo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, el Ministerio Público lo pondrá en libertad y no ejercerá acción penal" 5

Por su parte el Dr. Sergio García Ramírez, sostiene "Que si el archivo se funda en la carencia absoluta de elementos para consignar (falta del delito o de responsabilidad del inculpado) en la imposibilidad material e insuperable de prueba del delito o en el agotamiento de la pretensión (por prescripción, amnistía, muerte del inculpado etc.) no existe inconveniente alguno en aceptar la definitividad de aquél acuerdo" 6

4- Franco Villa José, El ministerio público federal, Editorial Porrúa S.A. 1er. edición 1965 pp. 211 y 212

5- Código de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa 43a. edición, p. 10

6- García Ramírez Sergio, Derecho Procesal Penal, 1ra edición, Editorial Porrúa S.A. México 1974 p. 263

II.3.- DETERMINACION DE RESOLUCION DE RESERVA

Finalmente la tercer determinación que puede tomar el Ministerio Público es la de Resolución de Reserva, esta se dicta cuando las diligencias no se han practicado por una dificultad material que impide la practica de las mismas en la Averiguación, o por falta de algún elemento, por lo que hasta en tanto no se reúna el requisito faltante, indiscutiblemente no se ejercitará la acción penal ordenándose que el acta se reserve provisionalmente.

II.1.- DETERMINACION DE CONSIGNACION

La consignación de la Averiguación Previa es la determinación del Ministerio Público, a través de la cual ejercita la acción penal ante los tribunales, teniendo como presupuesto la comprobación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculgado, para que se aplique la ley al caso concreto y resuelvan si hay fundamento o no para seguir un proceso en su contra.

Por lo que respecta a los elementos del tipo penal " Es el conjunto de elementos normativos, subjetivos y descriptivos contenidos dentro de la norma penal. "

Constituyendo los normativos.- Aquellos que implican una cierta valoración como aquellos aspectos lingüísticos los cuales se pueden apreciar o conocer, sin mayor esfuerzo, por ejemplo matar , dañar, lesionar.

Dentro de los elementos descriptivos considerados como aquellos que realizan un estudio en forma objetiva de la conducta realizada.

Por último los elementos de carácter subjetivos, considerados como aquellos en los que la voluntad va dirigida hacia una acción es decir una finalidad, selección de medios y efectos concomitantes"⁷

La consignación es la principal característica del ejercicio de la acción penal, pero no sólo basta con el pliego consignatorio para pretender la punibilidad del indiciado, sino que durante la secuela del proceso o periodo instructorio, hasta que el Ministerio Público formula conclusiones ante el juez que conoce de la causa, se continúa ejercitando dicha acción, según el punto de vista de muchos tratadistas en la materia, ya que si bien es cierto el " ejercicio de la acción penal, es una actividad del Ministerio Público tendiente a cumplir con su función y ha excitar al órgano jurisdiccional para realizar la suya.

⁷-Francisco Muñoz Conde Teoría General del Delito Editorial Temis Bogotá-Colombia 1990 p. 45

El primer acto de esta actividad, propiamente hablando, es la consignación, tanto así que no existe tal ejercicio cuando no ha habido consignación "s

Ahora bien, la acción penal tiene dos presupuestos, un delito y un delincuente, por lo mismo su ejercicio debe, en todo momento, desde el principio hasta el fin, desde la consignación hasta las conclusiones, referirse a ellos. De esto resulta que el Ministerio Público al consignar tiene la obligación de manifestar a quien consigna y porqué consigna, es decir, debe expresar el nombre del delincuente así como el delito que motiva el ejercicio de la acción penal, procurando ante todo que se comprueben los elementos del tipo penal, como base del procedimiento penal y la probable responsabilidad del indiciado, debiendo observarse puntualmente las disposiciones contenidas en los artículos 134, 168 y 195 del Código Federal de Procedimientos Penales, en relación al 16 Constitucional.

En la consignación también se deben asentar los fundamentos de derecho constitucionales 14, 16 y 102, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación 41 y 73, de la Ley Orgánica de la Procuraduría

General de la República 2° Fracc. V y 7°, Reglamento de la Ley de la Procuraduría General de la República 17 fracciones I y IV, del Código Federal de Procedimientos Penales 1°, 2°, 3°, 4°, 6°, 113, 116, 123 a 132, 134, 135, 136, 168, 180 y relativos, del Código Penal Federal 1°, 6°, 7°, 8°, 9°, 13 y el que corresponde al delito de que se trata, si se esta consignando por algún delito señalado en una ley especial, se deberá señalar que artículos son los violados.

En términos generales se puede afirmar que la consignación se hace por hechos delictuosos y que estos, más las personas a quienes se imputan representan el contenido indispensable de la propia consignación.

La consignación puede hacerse de dos diferentes maneras, con detenido y sin detenido.

La consignación con detenido se da previa a la comisión de un delito con carácter de flagrante o de caso urgente, el primer supuesto se presenta cuando el sujeto activo es detenido en el momento de cometer el ilícito; cuando después de que ejecuto el mismo, es perseguido materialmente o cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo

señala como responsable del delito encontrándose en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que lo haya cometido o las huellas o indicios que hagan presumir fundamentalmente su presunta responsabilidad. Situación que implica que el Estado validamente prive de la libertad personal al sujeto activo, de acuerdo a lo establecido en los numerales 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 194 del Código Procesal Federal, ya que en estos se autoriza la detención, inclusive cuando es perseguido el individuo que cometió el delito, tal detención puede constituir una grave violación de las garantías individuales cuando no se observa ninguno de estos supuestos y se detiene por simple sospecha.

Finalmente, una vez que se ejercita la acción penal con detenido se pondrá al indiciado a disposición del juez en el interior del Centro de Readaptación Social correspondiente.

Por otro lado cuando la consignación " es sin detenido o se trata de delitos que se sancionan con pena privativa de la libertad, va acompañada del pedimento de orden de aprehensión, si el delito es de los que se sancionan con pena alternativa, se realiza únicamente con pedimento de orden de comparecencia"9

Ahora bien haciendo mención a lo ya señalado, se debe dejar bien acentuado, que previa la determinación de consignación la autoridad administrativa debe comprobar suficientemente los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, en virtud de que como se ha manifestado no basta con la simple consignación que del indiciado se haga para tener ejercitando la acción penal como lo sostiene nuestro Máximo Tribunal, pues dicha averiguación adolecería de insuficiencia en cuanto a su fundamentación y el órgano jurisdiccional al complacer el pedimento formulado por el Ministerio Público en el sentido de que realice las diligencias faltantes, tomaría el papel de aquel como perseguidor de los delitos, circunstancia que implicaría una invasión de atribuciones que a la postre se traduciría en una contraposición con el numeral 21 Constitucional, ya que claramente establece " 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"; por lo que nadie puede ser parte y juez a la vez, máxima que establece un principio fundamental de legalidad y equidad en nuestras leyes, es por ello que la comprobación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, corresponde a la autoridad administrativa, para estar en aptitud de ejercitar la acción penal y no dejar en manos del juzgador esas funciones que por razón de propiedad competen al órgano investigador y perseguidor de los ilícitos penales.

Profundizando un poco más haré un breve análisis de estos dos elementos tan importantes en el ejercicio de la acción penal como lo son los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.

Por lo que respecta a los elementos del tipo penal es obligación del Ministerio Público el acreditarlos, para lo cual debe acurdirse a la descripción que sobre el particular haga la figura delictiva correspondiente la cual puede comprender elementos normativos y subjetivos específicos, además de las cualidades del sujeto activo y pasivo.

Así, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 122 establece: "El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y

III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditará, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribubilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) la circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley."

Por otro lado, por presunta responsabilidad se entiende la probabilidad razonable de que una persona determinada haya cometido un delito, sin que dichas circunstancias estén comprobadas plenamente, pues será objeto de estudio mediante el proceso iniciado en su contra, lo cual será plasmado en la sentencia. " 10

Ahora bien , un a vez que el Ministerio Público en su carácter de investigador y en la fase de Averiguación Previa reúne en el acta correspondiente todos aquellos elementos probatorios arrojados por la investigación (integración de los elementos del tipo penal), debe ser de su incumbencia, la comprobación de éste estriba en la actividad efectuada en este caso por la autoridad administrativa, teniendo a examinar la conducta comparándola con la totalidad de los elementos del tipo, pues si no se adecúa al mencionado tipo penal con todos sus requisitos, se estará en ausencia de tipicidad y como consecuencia, se carecerá de los elementos del tipo penal.

Sin duda alguna, el hecho de consignar y poner al indiciado a disposición del Juez, no implica de modo alguno que se esté imponiendo alguna sanción, sino inclusive, se remite la Averiguación para que a consideración del Juez , se libre o no, se dicte o no, una orden de aprehensión o un auto de formal prisión.

Con todo lo anterior, indispensable es que, en el momento mismo de consignar, debe ya estar debidamente comprobado tanto los elementos del tipo penal, como la probable responsabilidad, ejercicio de la acción debidamente apoyada y fundada en derecho, para brindar al juzgador un panorama mas amplio, por ello indiscutiblemente debe traer aparejados

beneficios y se realice más eficazmente la pretensión punitiva del Estado, alcanzando una mejor impartición de justicia, con ello evitando así prisiones injustas y actos arbitrarios e ilegales realizadas por la autoridad administrativa.

Como ya ha quedado acentuado, es menester de la autoridad administrativa, hacer probable la responsabilidad del indiciado en la comisión de un delito, ya que conjuntamente con los elementos del tipo penal, conforman una unidad, sin esta se abstendría en forma alguna el ejercicio de la acción penal, es decir, es necesario el señalamiento que nos permita suponer que la persona involucrada ha tomado participación de alguna forma en la comisión del ilícito, en ese sentido se pronuncia Borja Osorno, al postular que, hay presunta responsabilidad cuando existieron hechos o circunstancias accesorias al delito y que permiten suponer fundamentalmente que la persona de que se trata, ha tomado participación en el delito, ya consintiéndolo, preparándolo o ejecutándolo, ya prestando su cooperación de cualquier, especie por acuerdo previo o posterior, o ya induciendo a alguno a cometerlo, definición relacionada con el artículo 13 del Código Penal, en virtud de que implica la conducta vista desde el ángulo de su intervención o participación en el ilícito; es bien sabido que cada uno de nosotros somos responsables en una o en otra forma, en un mayor o menor grado de los actos que realizamos, por lo que siempre tratamos de delimitar la responsabilidad que uno tiene respecto de los mismos, y

consecuentemente de los derechos y obligaciones que contraemos, para saber hasta donde llega el compromiso adquirido, es por ello que para llevar adelante la función punitiva del Estado, mediante la impartición de justicia, es necesario obtener la participación de un sujeto o de cada individuo en la comisión de un delito, para imponerle la pena que le corresponde, pero es evidente que definitivamente, se podría tener la plena responsabilidad del mismo, hasta que se le dicte la sentencia respectiva (función jurisdiccional), pero por lo menos en la fase de Averiguación Previa, la autoridad administrativa debe tratar de delimitar su participación con la clasificación que provisionalmente hace de los artículos que prevén la conducta, pues careciendo de este factor, es evidente que no pueda imputársele responsabilidad alguna. Ahora bien, de la Averiguación Previa resultante del hecho delictuoso y concretamente del estudio realizado del acta de policía judicial al formular el pliego consignatorio, debe el Ministerio Público además motivar el mismo, es decir, debe contener el razonamiento lógico-jurídico de la participación de los comisores del ilícito, dicho deslinde de responsabilidad, no tiene el carácter de definitivo, sino únicamente de probable, ya que la última palabra al respecto la tiene el juez, previa valoración y una vez integrado el proceso respectivo.

Así, el hacer probable la responsabilidad es requisito fundamental para llegar a la determinación de consignación.

Ahora bien, por cuanto hace al término "presunto o probable", muchos autores afirman que puede ser utilizados indistintamente en virtud de ser sinónimos ya que significan: lo fundado en razón prudente o de lo que se sospecha por tener indicios, sin embargo, se siente que la palabra "presunto", se refiere mas concretamente al hecho de dar por cierto fundamentado en presunciones (lo que se presume), es mas objetivo para establecer un juicio valorativo de los elementos, pero es obvio que la actividad del juzgador es propia y exclusiva de la autoridad judicial, por lo que el Ministerio Público para poder ejercitar la acción penal, debe considerar una mera probabilidad y no de dar cierta la participación del sujeto en la comisión del delito, es por ello que nos apeguemos mas al término "probable".

El análisis de los elementos antes señalados, no sólo es atribuible al juez de la causa en su término constitucional, sino que aún más corresponde tal actividad a la autoridad consignadora en la etapa de la Averiguación Previa, lo anterior es importante ya que tiene como finalidad evitar que se ejercite la acción penal en forma arbitraria y caer de esta manera en prisiones injustas, si bien es cierto que se ha hablado de un previo juicio valorativo y provisional por parte de la autoridad administrativa respecto de la conducta del individuo y su adecuación al tipo penal, no es menos cierto que dicho juicio no implica de ninguna manera una invasión de funciones propias del órgano jurisdiccional (pre-juzgar), sino que únicamente

con ello se logra una mejor visión y orientación del juzgador, obteniendo de esta forma la verdad real o histórica. Finalmente y para dar por concluido este capítulo, es indispensable manifestar que una vez ya comprobados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado se procederá a la consignación; mediante el ejercicio de la acción penal. Y que dicha consignación no requiere de formalidad especial alguna. Ni la Constitución, ni las Leyes Orgánicas correspondientes, ni los Códigos de Procedimientos Penales, señalan requisitos especiales, solemnidades o formas expresas a que deba sujetarse el Ministerio Público invariablemente y cuya inobservancia tuviera como resultado, por ejemplo la nulidad de la consignación.

CAPITULO III

EL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL

Y SU RELACION CON LA CONSIGNACION CON

DETENIDO

- III.1.- GARANTIA DE SEGURIDAD JURIDICA (ACTO DE MOLESTIA)**

- III.2.- GARANTIA DE SEGURIDAD JURIDICA (LIBERTAD)**

- III.3.- GARANTIA DE SEGURIDAD JURIDICA (ACTO DE MOLESTIA)**

- III.4 GARANTIA DE SEGURIDAD JURIDICA (FLAGRANCIA)**

CAPITULO III
EL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL
Y SU RELACION CON LA CONSIGNACION CON DETENIDO

Retomando un poco lo ya antes escrito, en relación a las diversas determinaciones que puede tomar la autoridad administrativa en la etapa de **Averiguación Previa** y concretamente al decidir sobre la suerte de una **relación jurídica procesal** mediante los elementos aportados por la investigación, **papel que desempeña el Ministerio Público** como representante de la Sociedad y como único titular del ejercicio de la acción penal, actividad de este órgano persecuidor de los delitos, que se encuentra fundamentalmente apoyado en los artículos 21 y 103 de la Constitución, trabajo que también encuentra una gran estrecha relación con el dispositivo 16 del mismo ordenamiento, en virtud de que se consagran diversas garantías de seguridad jurídica. Actualmente dicho artículo ha sido reformado y publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 3 de septiembre de 1993, con el objeto de que los Agentes del Ministerio Público Federal sigan ciertos criterios y lineamientos en lo concerniente de su actuación, tanto en los procedimientos de **Averiguación Previa** como en los procesos de que conozcan los órganos jurisdiccionales del fuero federal en materia penal, en los cuales intervenga.

De tal manera que en el artículo 16 constitucional ha quedado como a continuación se transcribe.

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

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

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

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

Sólo en casos urgentes cuando, se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

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

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

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose, al concluirla, una 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.

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

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente." 1

De lo anteriormente expuesto se analizará cada uno de los párrafos señalados, recalcando los puntos más importantes, como a continuación se establece:

1.- Diario oficial de la Federación p. 5

III.1.- GARANTIA DE SEGURIDAD JURIDICA (ACTO DE MOLESTIA)

El primer párrafo actual reproduce en forma inalterada la parte inicial del primer párrafo del texto antiguo, manteniéndose la garantía de que: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento".

El Ministerio Público Federal, consiguientemente, como autoridad encargada de la función persecutoria de los delitos, está obligado, en cualquier fase de la Averiguación Previa que instruya, a apoyar todos sus actos que puedan molestar a alguna persona, en razones suficientes para motivarlos y en la cita de preceptos legales que les presten el debido fundamento.

En materia penal la disposición a la que se hace mención, esta enfocada a combatir los actos en que pudieran incurrir las autoridades, como medidas coercitivas que puede tomar la misma, a la persona a la familia, en el domicilio, papeles o posesiones, en tal virtud se prevén las posibles detenciones efectuadas por la policía sin la respectiva orden de la autoridad judicial, cabe destacar que además de la persona misma del inculpado, la extensión de la parte del precepto Constitucional a estudio, se remonta a la

seguridad jurídica en el domicilio para el cateo del mismo sin orden judicial alguna.

Ahora bien, el precepto también menciona la palabra Molestia término utilizado para aquellos actos que conlleven algún tipo de "perturbación o afectación a cualquiera de los siguientes bienes jurídicos comprendidos dentro de la esfera subjetiva del gobernado: a su misma persona, a su familia, a su domicilio, a sus papeles o a sus posesiones".² Es evidente que el acto de molestia lo puede constituir perfectamente el acto mismo de privación Física personal de la libertad, acto ejecutado en todo caso por la autoridad administrativa para aquellos supuestos de aseguramiento del indiciado, acto de privación en sentido estricto, porque va en contra de una garantía de seguridad jurídica otorgada a los individuos, pero más que nada este supuesto se apeg a al Artículo 14 Constitucional, ya que éste se reduce prácticamente a actos privativos, es decir, el artículo 16 Constitucional en relación de alcance, es mayor pues acoge a todo individuo o ciudadano con los factores que lo garantizan por ello es que, el acto de molestia consagrado o a que se refiere el precepto 16 Constitucional, no contempla aquellos actos que afectan de manera exclusiva el ámbito administrativo, sin llegar al particular, no desvirtuando que también el acto de privación puede implicar una afectación a la personalidad jurídica.

² - Burgoa Ignacio - Las Garantías Individuales, 13a. edición, Editorial Porrúa. S A México 1980 p 603

El acto de molestia al que se hace mención, se condiciona a aquellos casos en que medie mandamiento escrito de la autoridad competente, el que debe estar debidamente fundado y suficientemente motivado, por cuanto hace a los medios legales de su proceder, el mandamiento escrito no significa más que la determinación de una autoridad plasmada en un documento; pues bien la parte del precepto constitucional, por igual no exige que dicha determinación emane de la autoridad indicada para realizar el acto concreto, ya sea ordenándola o ejecutándola, aquí se presenta la problemática para delimitar las facultades o atribuciones de aquellos funcionarios investidos con la capacidad de decidir y ordenar, así por ejemplo la autoridad administrativa, carece de facultad alguna para librar ordenes de aprehensión, salvo los casos mencionados en nuestra legislación y propiamente en el Código Procesal, para aquellos casos en que no haya en el lugar autoridad judicial que pudiera conocer el ilícito en cuestión, en virtud de que sus funciones están claramente expresadas en la codificación respectiva, y es la autoridad judicial, la que si se encuentra facultada para girar este tipo de ordenes; es evidente que detrás de la frase referida, se encuentra una garantía mas en beneficio del gobernado. como lo es la competencia, entendiéndolo por éste y desde el punto de vista constitucional, la que concierne al conjunto de facultades con que la propia Ley Suprema que enviste a determinado órgano del Estado, de tal suerte que si el acto de molestia emana de una autoridad que al dictarlo o ejecutarlo se exceda de la órbita integrada por tales facultades, viola la

expresada garantía, así como en el caso de que, sin estar habilitada constitucionalmente para ello, causa

una perturbación al gobernado en cualquiera de los bienes jurídicos señalados en dicho precepto 3

Por otra parte es indispensable destacar que la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en diversas ejecutorias, ha considerado violatorio de garantías, aquel acto realizado por la autoridad carente de fundamentación, de motivación o de ambas, pues resulta evidente que las autoridades deben expresar en sus resoluciones, las razones por las cuales se ha determinado llevar a cabo el acto de molestia así como el apoyo legal en que se basa la decisión al caso, en virtud de quede lo contrario se privaría al gobernado del bien jurídico protegido carente de motivación e infundadamente y consecuentemente, se violaría en su perjuicio la garantía consagrada en el precepto 16 de la Constitución General de la República.

A continuación señalaré un ejemplo de alguna de las ejecutorias que pueden tener aplicación a las circunstancias que se están analizando: "Las autoridades administrativas están obligadas conforme a los artículos 14 y 16 constitucionales, a fundar y motivar sus actos, citando las disposiciones legales aplicables al caso y las razones de aplicabilidad, a efecto de que los interesados puedan formular adecuadamente sus defensas,

pues no basta que citen alguna razón, máxime si esta es inexacta o inadecuada, y cuando no lo hacen así, infringen las garantías que otorgan dichos artículos”⁴

El artículo 16 de la Carta Magna, es terminante al exigir para la validez de todo acto autoritario de molestia, que el mismo esté fundado y motivado, debiendo entenderse por fundamentación, la cita del precepto que le sirva de apoyo y por motivación, la manifestación de los razonamientos que llevaron a las autoridades a la conclusión de que el acto concreto de que se trate encuadra en la hipótesis prevista en dicho precepto no basta, ni un motivo para que éste actúe, en consecuencia, sino que es indispensable que se le haga saber al afectado los fundamentos y motivos del procedimiento respectivo, ya que sólo así estará en aptitud de defenderse como estime pertinente. Por otra parte, la circunstancia de que el acto reclamado satisfaga las garantías del mandamiento escrito y de autoridad competente, no le libere del vicio de inconstitucionalidad, consistente en la ya apuntada falta de fundamentación, pues todas estas garantías son concurrentes y deben, por lo mismo ser respetadas por la autoridad, el mismo acto que de ella emane. El Artículo 16 Constitucional exige que todo acto de autoridad funde y motive la causa legal del procedimiento, para cumplir con este mandamiento, deben satisfacerse dos clases de requisitos, unos de forma y otros de fondo, el elemento formal quedo surtido cuando en el acuerdo, orden o resolución, se citan las disposiciones legales que se

⁴ - Informe Correspondiente al año de 1973, Segunda Sala p. 27

consideren aplicables al caso y se expresan los motivos que precedieron su emisión; como para integrar el segundo elemento es necesario que los motivos invocados sean reales y ciertos, que conforme a los preceptos invocados sean bastantes para provocar el acto de autoridad.

De acuerdo con el Artículo 16 Constitucional, todo acto de autoridad debe estar adecuado y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que, ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo que también debe señalarse con precisión las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, siendo necesario además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables.

III.2.- GARANTIA DE SEGURIDAD JURIDICA (LIBERTAD)

Ahora bien, el segundo parrafo del artículo 16 Constitucional que a la letra dice. "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".

Como se observa el precepto constitucional presenta las siguientes novedades importantes:

Mantiene la exigencia de que la orden de aprehensión sea dictada por la autoridad judicial y la de que exista previa denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, de lo anterior cabe hacer mención:

a) Que el delito de que se trate esté "sancionando cuando menos con pena privativa de libertad". Si bien esa exigencia es a primera vista para el Juez, quien habrá de dictar la orden de aprehensión, también se hace extensiva al Ministerio Público Federal, en su condición de solicitante. Este, por ende, en los casos de consignación sin detenido, se atenderá a los criterios hasta ahora aplicados para la solicitud de orden de aprehensión, la cual sólo se hará si el delito de que se trate tiene asignada pena de prisión.

Por supuesto que el requisito de cuando menos con pena privativa de libertad, se satisface únicamente si la misma no está señalada como alternativa con otra que no afecte la libertad de la persona, pues de ser así, y de acuerdo con la parte inicial del párrafo primero del artículo 18 de la Constitución, no puede haber lugar a prisión preventiva. Por tanto al ocurrir esta situación solo procederá solicitar orden de comparecencia.

b) Que se acrediten los elementos que integran el tipo penal. Este es un requisito que precisa el párrafo segundo del Artículo 16 Constitucional de donde para la orden de aprehensión; requisito que esta acorde con el señalado por el Artículo 19 Constitucional para el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

Los "elementos que integran el tipo penal" son los contenidos en la descripción típica hecha en la ley; por tanto, dicha expresión debe ser entendida como equivalente a "cuerpo del delito", en términos del párrafo segundo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En efecto, el párrafo segundo del artículo 168 del Código Procesal Federal, a partir de la reforma de 1983, tiene ya establecido: "El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictuosos, según lo determina la ley penal". Con ello se estableció una estrecha correlación entre los conceptos de cuerpo del delito y tipo penal.

Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio Público Federal sólo hará la consignación y la solicitud de orden de aprehensión, si con los datos que ha arrojado la Averiguación se han acreditado los elementos del tipo penal del delito que se le atribuye al autor o participe, así como la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del párrafo primero del artículo

134 y párrafos segundo y tercero del artículo 168, ambos del Código Federal de Procedimientos Penales.

Por elementos del tipo penal se entenderán los que hasta ahora han dado contenido al cuerpo del delito, en términos del párrafo segundo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales. Por tanto en los artículos del mencionado Código Federal que hacen referencia al "cuerpo del delito", esta expresión será considerada equivalente a "elementos del tipo penal", pudiéndose citar después de esta última expresión, la de "cuerpo del delito".

III.3.- GARANTIA DE SEGURIDAD JURIDICA (ACTO DE MOLESTIA)

En el párrafo tercero del Artículo 16 Constitucional establece: "La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionado por la ley penal".

El Ministerio Público Federal debe tomar en cuenta lo anterior para poner al inculpado sin dilación a disposición del Juez que dictó la orden, atendiendo a que la frase adverbial ahora usada evita que la presentación del aprehendido ante su Juez se prolongue hasta por "veinticuatro horas" (como se establecía antes de la reforma), aunque no sea necesario que esto ocurra, y al mismo tiempo permite justificar un cierto tiempo para la entrega por motivo de distancia.

III.4.- GARANTIA DE SEGURIDAD JURIDICA (FLAGRANCIA)

El párrafo cuarto del Artículo 16 Constitucional se refiere al delito flagrante, como uno de los casos de excepción en que puede procederse a la detención de una persona sin necesidad de orden de aprehensión de autoridad judicial, estableciéndose para ese caso la obligación de poner al detenido "sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público".

Con lo anterior es una situación ya prevista, el Ministerio Público Federal estará a lo dispuesto por los artículos 123 párrafo tercero, 135 párrafo primero y 194 del Código Federal de Procedimientos Penales; teniendo presente que la detención del indiciado para efectos investigatorios no podrá

exceder de cuarenta y ocho horas, como lo prevee el párrafo séptimo del propio Artículo 16 Constitucional.

III.5.- GARANTIA DE SEGURIDAD JURIDICA (CASOS URGENTES)

El párrafo quinto del mencionado Artículo 16 se ocupa de los casos urgentes, que con los de delito flagrante constituyen excepciones a la regla general de que nadie puede ser aprehendido sino por mandato de la autoridad judicial. Se trata también de una situación ya prevista por la Constitución y por el Código Federal de Procedimientos Penales, pero ahora con nuevos requisitos como son:

a) Que se trate de "delito grave" así calificado por la ley.

b) Que exista el "riesgo fundado" de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y

c) Siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial, por razón de la hora, lugar o circunstancia.

Ahora bien de lo anteriormente señalado cabe hacer mención que en cuanto a lo que hace al inciso "a" toda vez que la legislación penal (sustantiva

y procesal) vigente no precisa lo que debe entenderse por "delito grave", que es una nueva exigencia prevista en el párrafo quinto del Artículo 16 Constitucional, mientras la ley no lo prevea expresamente, no procederá la detención del indiciado por parte del Ministerio Público Federal, tratándose de caso urgente, en los términos del actual artículo 123 párrafo tercero, y 193, del Código Federal de Procedimientos Penales. Por tanto en estos casos el Ministerio Público Federal deberá solicitar al Juez la correspondiente orden de aprehensión, si se cumplen los requisitos establecidos en el párrafo segundo del mismo artículo 16 Constitucional, de conformidad con los artículos 134 párrafo primero y 195 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Inciso "b).- Una segunda condición para considerar que el caso es urgente, consiste en estar ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia.

Aunque esa condición cae en el terreno de la subjetividad, en cuanto que el riesgo fundado de que el sujeto se sustraiga a la acción de la justicia se determinará por la apreciación que el Ministerio Público o el Juez, en su caso, realicen de las circunstancias del caso concreto, no debe dejar de considerar que tal apreciación ha de partir de la objetividad de dicha circunstancia, pues de otro modo se caería en una estimación arbitraria opuesta a una recta interpretación doctrinal

Por lo anterior el Ministerio Público debe poner especial atención en que las circunstancias conducentes a establecer la urgencia, queden perfectamente plasmadas en la Averiguación Previa a través de las pruebas idóneas en el caso concreto, con el fin de que su mención y análisis sirvan para constatar los requisitos señalados.

Inciso "c).- La tercera condición establecida por el párrafo quinto del Artículo 16 Constitucional para considerar un caso como urgente, estriba en que no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, datos, éstos que al incorporarse a la norma sirven para constatar la imposibilidad efectiva de acudir ante la autoridad judicial, y así también será real la legalidad de la actuación del Ministerio Público al ordenar la detención del indiciado por motivo de urgencia.

Aquí debe aclararse: en esta reforma se habla de "hora, lugar o circunstancia", pero como la "hora o lugar", debe entenderse que se quiso decir " hora, lugar u otra circunstancia".

Para justificar tal orden, será necesario que en la Averiguación Previa respectiva el Ministerio Público precise en la forma clara y suficiente la hora, el lugar o cualquier otra circunstancia necesaria para justificar racionalmente la imposibilidad de acudir ante la autoridad judicial.

El Ministerio Público Federal debe prestar especial atención a lo dispuesto en el párrafo quinto del Artículo 16 Constitucional, que establece que en los casos urgentes podrá, bajo su responsabilidad, ordenar la detención del indiciado, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

Lo anterior significa que si ordena la detención sin fundarla y sin expresar los datos motivo de su proceder, o si la fundamentación o la expresión de tales datos no son razonablemente suficientes para originar la detención sin vulnerar los derechos humanos del sujeto detenido, podrá incurrir en responsabilidades administrativas o de otro orden, según las peculiaridades del caso.

Por ello el Ministerio Público debe poner especial cuidado en incluir en la Averiguación las constancias suficientes para apoyar la necesidad de la urgencia, al grado de informar de ellas al Director General de Averiguaciones Previas o al Delegado que deba conocer del asunto, en calidad de consulta para recibir instrucciones.

El nuevo párrafo sexto del artículo 16 Constitucional introduce una disposición novedosa, como complemento a lo previsto en el párrafo anterior, al prevenir: "En casos de urgencia o flagrancia, el Juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley".

Se trata de un control jurisdiccional de legalidad con relación a las detenciones, para efectos de determinar si la detención realmente fue hecha en flagrancia o concurriendo los requisitos de la urgencia. Dicha norma asigna a los jueces la importante responsabilidad de ratificar la detención, o liberar inmediately al detenido.

Como consecuencia de lo anterior, en el caso de que el Juez, ante quien se ha consignado un detenido en flagrancia o en caso urgente, decretará la "libertad con las reservas de ley", el Ministerio Público no impugnará la resolución liberatoria que dicho Juez llegue a dictar por estimar ilegal la detención del consignado por no haberse justificado la flagrancia o la urgencia; pero, con los mismos elementos que sirvieron para la consignación, el Ministerio Público solicitará desde luego la orden de aprehensión correspondiente, si procediere.

Finalmente, y a diferencia de la regulación anterior, el artículo 16 Constitucional establece ahora un plazo, dentro del cual el Ministerio Público puede retener a una persona que ha sido detenida en las hipótesis de flagrancia o urgencia, previendo el párrafo séptimo del nuevo texto: " Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos

casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal."

Al establecerse el plazo de retención hasta por cuarenta y ocho horas, la reforma constitucional se ha encaminado a dos fines de indiscutible relevancia:

Uno, en beneficio de los indiciados, al darles seguridad jurídica que hasta hoy no existía plasmada en la Constitución, de que el hecho de estar involucrados en una Averiguación Previa no habrá posibilidad de una detención indefinida en su duración, sino que, como regla general, esa detención no pueda exceder de cuarenta y ocho horas.

Otro elemento en beneficio de la sociedad, de las víctimas y otros ofendidos, al contar el Ministerio Público con un plazo razonable para integrar la averiguación previa correspondiente.

Conforme a lo anterior, ninguna persona podrá ser retenida para efectos de investigación por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el cual el Ministerio Público Federal ordenará la libertad del indiciado o su puesta a disposición de la autoridad judicial. El actual artículo 134 párrafo cuarto del Código Federal de Procedimientos Penales, prevee la consecuencia procesal

para el caso de que la detención exceda dicho término; por lo que estará a dicha previsión.

Se establece asimismo, la posibilidad de prolongar la detención duplicándose el plazo de cuarenta y ocho horas, en aquellos casos en que la ley prevea como "delincuencia organizada".

La duplicación del plazo de retención resulta explicable si se toma en cuenta el gran desarrollo alcanzado por ciertos tipos de delincuencia, con estructura organizada, disposición de amplísimos recursos financieros, uno de armas y de vehículos de toda especie, así como de ilimitados complementos logísticos, con lo cual esta en posibilidad de cometer delitos de tal magnitud que la integración de las averiguaciones referidas a ellos se hace mucho más compleja por la amplia capacidad que los delincuentes tienen para ocultar o eliminar huellas de sus comportamientos ilegales y de silenciar por diversos medios a testigos y a víctimas.

Mientras no se precise en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, o en alguna Ley penal especial, los casos que se han de considerar como "delincuencia organizada", no se podrá aplicar la disposición que autoriza la duplicación del término de retención de los indiciados por hechos considerados con ese carácter.

Consecuentemente, en tanto no se llegue a expedir la norma definida indispensable para complementar la disposición constitucional, en todos los casos en que con motivo de una Averiguación Previa el Ministerio Público Federal tenga a su disposición a un probable responsable, deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas, para no incurrir en responsabilidades.

En las prevenciones que el Artículo 16 Constitucional se refiere a las ordenes de cateo y en los párrafos subsiguientes no se hizo reforma alguna.

Por lo que en esos casos el Ministerio Público Federal seguira aplicando los criterios y lineamientos hasta ahora vigentes en la legislación, motivo por el cual y en relación a dichos párrafos únicamente cabe analizar lo conducente a la orden de cateo; en virtud de que los 3 últimos párrafos se encuentran fuera del marco de estudio de esta tesis.

Ahora bien, por lo que respecta a la orden de cateo el artículo 16 constitucional señala...

"En toda orden de cateo que solo 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 concluirse una 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".

El cateo finalmente, tiene por objeto aprehender una persona mediante orden dada por autoridad competente; o lleva como finalidad la búsqueda de determinados objetos que se suponga se encuentran en el lugar que deba ser cateado. El propósito social que lo avala, es preservar el buen orden y la seguridad del estado; motivo por el cual se le encuentra regulado tanto en el Código de Procedimientos Penales, como en el Federal de Procedimientos Civiles.

La distinción entre las disposiciones de uno y otro ordenamiento se encuentra en los indicios necesarios para su ejercicio; en un caso cuando existan datos que hagan presumir fundamentalmente la posibilidad de que el inculpado a quien se trate de aprehender, se encuentre en el lugar donde deba llevarse a cabo la diligencia de cateo; en el otro, cuando los objetos materia de dicho cateo sirvan para determinar una responsabilidad, cualquier registro deberá limitarse al hecho que lo motive sin averiguar delitos o faltas en general que pudieran concurrir solo si se trate de flagrante delito puede efectuarse el cateo sin demora y a fin de evitar que resulte difícil o ilusoria una Averiguación. Podrán recogerse los objetos cuando resulte necesario su retención,

levantándose acta en la cual se anoten todos los datos para posterior identificación y devolución a quien legalmente proceda, de los objetos retenidos.

Finalmente de lo anteriormente analizado y para ser preciso cabe señalar que la relación existente entre el Artículo 16 Constitucional y la consignación con detenido, es básicamente: "El caso de flagrante delito", cuando solo en esta situación el Ministerio Público Federal puede formular su determinación con detenido, si bien es cierto que el texto constitucional autoriza a cualquier persona a realizar la detención, en el momento en el que sea sorprendido en ejecución del mismo o hasta inclusive cuando sea materialmente perseguido, también lo es que el indiciado debe ser oído en su defensa y no concretarse la autoridad administrativa a realizar sus diligencias buscando que necesariamente le sea instruido un proceso y declare en su contra por medios coactivos de intimidación actividad que desvirtúa la naturaleza de buena fe de la Institución y de representación de los intereses de la sociedad, sino inclusive debe brindarse al imputado la opción de defenderse buscando la verdad histórica o real de los hechos, evitando así las consignaciones innecesarias y detenciones injustas más, aún, cuando se trate de delitos no infraganti, en que la autoridad administrativa detiene sin orden judicial, sin caer en el supuesto de "casos urgentes".

Así en este supuesto, el Artículo 14 Constitucional, puede tener franca operatividad jurídica, ya que el acto de detención implica necesariamente un acto privativo y no de molestia, pues solo con el impedimento de ejercer un derecho como lo es el de la libertad personal contemplado en el mismo precepto 14 Constitucional.

CAPITULO IV

EL DELITO FLAGRANTE

- IV.1 CLASES DE FLAGRANCIA**
- IV.2 LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA Y EL DELITO FLAGRANTE**
- IV.3 SUBJETIVISMO DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA Y EL TERMINO SIN DEMORA**

CAPITULO IV

EL DELITO FLAGRANTE

Como ha quedado escrito en el capítulo anterior, la regla general establecido por el Artículo 16 de la Constitución, con forme a la cual solo puede privarse de su libertad a una persona por orden de la autoridad Judicial, encuentra el propio Artículo dos excepciones: la primera de ellas en los caso de flagrante delito y la segunda la urgencia.

La Flagrancia y la urgencia son excepciones al principio consistente en que "No podrá librarse orden de Aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela", porque atendiendo a lo establecido por la Constitución, la privación de la libertad sólo es permisible que la decrete la autoridad judicial, quien deberá fundarla en los requisitos señalados por la ley.

"La Flagrancia.- Tradicionalmente se ha estimado que existe flagrancia, cuando la persona es sorprendida en el momento de estar cometiendo el delito; sin embargo debido a la evolución natural que ha sufrido el derecho penal, el legislador establece que no solamente debe entenderse

por flagrancia el detener al delincuente en el momento mismo de estar cometiendo el delito, sino también cuando después de ejecutado el acto delictuoso, el delincuente es materialmente perseguido de acuerdo a lo establecido en el Artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Existiendo flagrancia, la detención puede ser realizada por cualquier persona, sea particular o agente de la autoridad, pero con la obligación de poner sin demora tanto al delincuente como a sus cómplices a disposición de la autoridad inmediata y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Los casos urgentes.- Comprende cuando se trate de delito grave así calificado por la Ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado puede sustraerse a la acción de la justicia siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

A lo mencionado conviene agregar que, tanto la Constitución General de la República (Art. 16) como los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el Federal (Art. 266 Fracc. II y 193 Fracc. I), autorizan a cualquier

persona, al Ministerio Público y a la Policía Judicial, en casos de notoria urgencia, o delito flagrante. cuando no haya en el lugar autoridad judicial, a proceder a la detención de los responsables de un delito.

"Debe entenderse que no hay autoridad judicial en el lugar y existe notoria urgencia para la aprehensión del delincuente: cuando por la hora o por la distancia del lugar en que se practica la detención, no hay ninguna autoridad judicial que pueda expedir la orden correspondiente y existan serios temores de que el responsable se sustraiga de la acción de la justicia (Art. 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal)" ;

De lo anteriormente expuesto en muchas ocasiones la autoridad administrativa, influenciada por la gravedad que presenta el caso, detiene por delitos no flagrantes, si bien lo es que, existe la sospecha lógica de que el comisor del mismo evada la acción de la justicia, también es sostenible que en la actualidad ese tipo de decisiones tomadas por la autoridad administrativa constituye una violación al Art. 16 Constitucional.

Es factible sostener que para calificar la flagrancia de un delito, es necesario partir de la conducta observada por el sujeto, que detiene, delito cometido en su presencia, no importando en el caso de que intente sustraerse a la acción de la justicia el tiempo que lleve su persecución siempre y cuando ésta se continúe, en la legislación existen otras circunstancias equiparables al delito flagrante, las que algunos autores mencionan como: cuasiflagrancia y presunción de flagrancia que se analizará con mayor amplitud a continuación.

IV.1 CLASES DE FLAGRANCIA

Para una mejor comprensión jurídica es necesario establecer que flagrante significa: " Del delito que se comete ante testigo... En el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya tenido tiempo u ocasión de huir" ²

Existen dos supuestos en los que se puede observar y calificar la comisión del delito como flagrante; el primero cuando el delito se está cometiendo (flagrancia) y, el segundo en el momento que sigue a la ejecución de éste cuasiflagrancia.

2.- Pelomar de Miguel Juan Diccionario Para Juristas, Ediciones Mayo, S.R.L., 1a. edición México 1981 P. 602

Así por ejemplo el " Maestro Sergio García Ramírez, en atención a los artículos 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 193 del Código Procesal Federal, dice que, la flagrancia es cuando el sujeto es detenido en el momento mismo de cometer el delito.

La cuasiflagrancia, cuando la detención se produce tras de haber perseguido materialmente al responsable sin perderle de vista una vez cometido el delito, y la presunción de flagrancia, para el caso de que una vez cometido el delito alguna persona señale a otra como responsable de un delito, y se encuentre en poder del señalado el objeto del mismo delito, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir su culpabilidad"³

De aquí como se observa la flagrancia desde el punto de vista de la codificación actual y de su ámbito territorial de aplicación; el Artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece:

I.- FLAGRANCIA.- Detención del sujeto en el momento mismo de estar cometiendo el delito y,

II.- CUASIFLAGRANCIA .- Es la detención, cuando después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculpaado es perseguido materialmente y;

³ - García Ramírez Sego - Derecho Procesal Penal 1a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1974 P. 344

III.- PRESUNCION DE FLAGRANCIA.- Cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito y se encuentra en su poder el objeto del mismo el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad.

Para delitos del orden Federal, el Artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales establece:

a) **FLAGRANCIA.-** Detención del indiciado en el momento mismo de estar cometiendo el delito.

b) **CUASIFLAGANCIA.-** Detención del indiciado cuando inmediatamente despues de ejecutado el hecho delictuoso a quel es perseguido materialmente y;

c) **PRESUNCION DE FLAGRANCIA.-** Detención realizada cuando alguien lo señala como responsable y se encuentra en su poder el objeto del delito, el instrumento con el que aparezca cometido, o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en la comisión del delito.

Esta última muy discutible, ya que si bien sea afirmado que la flagrancia se determina por el acto de detención, el que debe de ejecutarse en el momento de estarse perpetrando el delito o inclusive cuando es materialmente perseguido el comisor del mismo, la llamada presunción de Flagrancia podría llegar a considerarse inconstitucional, pues si bien es cierto que los artículos preveen estos supuestos, tales como el Art. 267 del Código de Procedimientos para el Distrito Federal, el Art. 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, lo hacen a manera de interpretación del mandato Constitucional respectivo, es evidente que el mencionado numeral 193 de aplicación Federal es contradictorio de la norma fundamental, ya que lejos de esclarecer el contenido del dispositivo 16 lo distorsiona, distinguiendo sus objetivos totalmente en contra del principio de legalidad y equidad por las siguientes razones:

En primer término el calificativo de flagrante no se determina por el acto de una relación continúa de ejecución y persecución, es decir, aunque la persona que haga el señalamiento hubiese presenciado la comisión del delito, si ésta no impide la fuga del comisor en el momento de estarse cometiendo el mismo o en el siguiente después de perseguirlo, es obvio que no estamos en presencia de flagrancia, requisito fundamental para que tenga tal carácter. Claramente señalado por nuestra Carta Magna.

En segundo término el hecho de dejar en manos de cualquier persona, tal señalamiento, es una norma de carácter general e impersonal, pues su ejecución se prestaría a algún tipo de venganza privada, aunque si bien es cierto que la Ley exige, que para la detención del sujeto, tenga en su poder el objeto del ilícito (cosa robada, arma, etc.) o será suficiente con algunas huellas o indicios que hagan presumible su participación en virtud de que en la práctica, se ejecuta primeramente la detención para posteriormente averiguar si existen huellas o indicios y no así la averiguación para resolver la detención, la que desde su comienzo implica una privación de la libertad personal, aunque sea momentánea, aberración jurídica aplicada a la vida común; se detiene para averiguación o se averigua para detener, de aquí regresando a la circunstancia ya planteada, como la que el particular esta facultado por la ley para realizar una detención, se justifica hasta cierto grado, pero la reglamentación en turno al señalamiento se va a los extremos, pues se podría detener por delitos no estrictamente flagrantes sino por simple presunción, planteamiento contradictorio a lo establecido por nuestra Constitución y carente de lógica jurídica.

IV.2. LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA Y EL DELITO FLAGRANTE.

La función de la autoridad administrativa frente al delito flagrante, se limita tanto Constitucionalmente, como desde el punto de vista de la reglamentación secundaria, de tal suerte que partirá del Art. 21 Constitucional

en el que se divide el trabajo de perseguir los delitos e investigar los hechos relativos al mismo, al Ministerio Público y el de juzgar al órgano jurisdiccional, órgano investigador que en el proceso juega el papel de acusador como institución libre dependiente del Poder Ejecutivo, pues éste acusa en nombre de la nación labor persecutoria consagrada como tal en nuestro Máximo Ordenamiento, el que puede ser traducido por interpretación a realizar investigaciones de los hechos, aunque en sentido riguroso perseguir e investigar no tengan el mismo significado, pues perseguir de acuerdo con el pensamiento del Constituyente, se reduce sólo a busca información y datos sobre los delitos para probar la existencia de éstos ante el órgano jurisdiccional, e investigación, palabra no incluida en el texto constitucional, no se concreta o debe concretarse al sólo hecho de búsqueda sino que por más amplio debe buscar también una labor hecha por el propio sujeto investigador de procesamiento y valoración, investigación científica perfectamente aplicable a la persecución de los delitos, función otorgada al Ministerio Público, para acabar con el deficiente sistema procesal existente en ese tiempo, basado en un régimen inquisitivo en donde el juez con igualdad de facultades decidía o inclusive se allanaba a la obtención de pruebas por medio de atropellos y abusos, actividad revolucionaria tomada por el Constituyente no por el simple hecho de quitar al juzgador la función persecutoria, y encajarla al Ministerio Público, sino dicha medida contenía un alcance de suma trascendencia en virtud del espíritu innovador que en ese momento surgía, por consiguiente la persecución del delito por parte de la autoridad administrativa se resume en:

- I.- Recibir la denuncia, acusación, o querrela**
- II.- Buscar las pruebas que acrediten los elementos del tipo penal y hacer probable la responsabilidad tendiente a buscar la verdad histórica.**
- III.- Ejercitar la acción penal (consignación).**
- IV.- Solicitar al juez, en su caso las ordenes de aprehensión, cateo o comparecencia (exceptuando los delitos flagrantes o casos urgentes).**
- V.- Cumplimentar dichas ordenes y poner a los detenidos dentro de las 24 horas siguientes a disposición del Juez que lo reclama.**
- VI.- Interponer recursos y desistir de ellos cuando proceda.**
- VII.- Pedir al juzgador la aplicación de las penas o medidas de seguridad**
- VIII.- Intervenir en todos los actos del procedimiento siempre en interés de la sociedad.**

Ahora bien, la noticia del delito encuentra su fundamento en el Art. 262 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, previendo el proceder oficioso por parte de la Policía Judicial para que esta se aboque a la investigación de los hechos en turno, a la sola noticia del delito siempre y cuando éste sea perseguido de oficio, es por eso que es factible pensar que para este tipo de delitos el parte de policía puede producir efectos jurídicos iguales que los de la propia denuncia, acusación o querrela, como requisitos de procedibilidad exigido por la ley.

Con fundamento en el Art. 274 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que establece " cuando la Policía Judicial tenga conocimiento de la comisión de un delito que se persiga de oficio, sólo cuando por las circunstancias del caso, la denuncia no puede ser formulada directamente ante el Ministerio Público, levantará un acta, de la cual informará inmediatamente el Ministerio Público en la que consignará:

I.- El parte de la policía, o, en su caso, la denuncia que ante ella se haga asentando minuciosamente los datos proporcionados por uno u otra;

II.- Las pruebas que suministren las personas que rindan el parte o hagan la denuncia, así como las que se recogan en el lugar de los hechos, ya sea que se refieran a la existencia de los elementos del tipo penal o a la probable responsabilidad de sus actores cómplices o encubridores; y

III.- Las medidas que dictaren para completar la investigación.

La autoridad administrativa con la facultad que tiene en la investigación de los delitos iniciará el procedimiento respectivo tendiente al esclarecimiento de los hechos el que puede arrojar la probable comisión de un delito, iniciación de un procedimiento con el levantamiento de un acta de Policía que se hace un más necesaria cuando exista detenido en virtud de un delito flagrante, pauta que nos da con mayor claridad el Código Federal de Procedimientos Penales en su Dispositivo 123 que sostiene:

" Inmediatamente que el Ministerio Público Federal o los funcionarios encargados de practicaren su auxilio diligencias de Averiguación Previa, tengan conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, dictaran todas las medidas y providencias necesarias para: proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas; impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso, los instrumentos o cosas objeto o efectos del mismo; saber que personas fueron testigos; evitar que el delito se siga cometiendo, y, en general impedir que se dificulte la averiguación, procediendo a la detención de los que intervinieron en su comisión en los casos de flagrante delito.

Lo mismo se hará tratándose de delitos que solamente puedan perseguirse por querrela, si ésta ha sido formulada...", pues éste en forma más objetiva determina los lineamientos a seguir para el caso de delitos flagrantes, todo apoyado por la sola noticia del hecho punible y con el espíritu conservador, por lo que hace a la presumible destrucción o pérdida de los elementos existentes en ese momento, derivados de la comisión del hecho ilícito, hasta el momento se ha observado la flagrancia del delito y la autoridad administrativa, pero se ha pasado por alto mencionar aquel tipo de delitos que sólo por la anuencia de la persona idónea, pueden perseguirse, es decir aquellos delitos perseguibles por querrela y al respecto es importante anotar cuando resulte evidente que, también se puede en cualquier momento estar en presencia de un delito flagrante que requiera querrela para su persecución, circunstancia que indudablemente seguirá el mismo camino, que el ilícito perseguible de oficio, por ejemplo aquel padre que encuentra a su hija menor de 18 años, casta y honesta en el acto carnal y detiene al comisor del delito, poniéndolo sin demora a disposición del Ministerio Público, resulta lógico pensar que en este caso se dan todos los rasgos de la flagrancia en la actividad del sujeto activo, ilícito que se ejecutó en presencia de un testigo, en este caso, el padre, el que tiene toda la facultad para llenar el requisito esencial necesario para la persecución del delito, claro está que para este tipo de delitos no cualquier persona podrá detener al individuo, pues es requisito fundamental el consentimiento para perseguirlo y que dicho consentimiento provenga de la persona autorizada por la Ley para hacerlo.

IV.3 SUBJETIVISMO DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA Y EL TERMINO SIN DEMORA

Al hacer referencia al subjetivismo que puede predominar en las funciones de la autoridad administrativa, concretamente al Ministerio Público, como órgano investigador de los delitos, lo haré precisamente, por lo que hace a los casos de flagrante delito, señalado a manera de excepción en la Constitución General de la República, dicho subjetivismo es factible percibirlo análogamente a la facultad discrecional de la propia autoridad, sin confundir que el mencionado subjetivismo en el actuar, en los casos de flagrante delito, predomina como ya se ha mencionado, en la apreciación de los hechos, de tal suerte que los mismos reúnan todas las características de un hecho delictivo, el decidir si el supuesto abstracto encaja en el previsto normativo, facultad discrecional que ejercita el Ministerio Público en forma cotidiana lógicamente, pero muy exclusivamente atendiendo más que nada al Derecho Penal vigente, en otras palabras, el modo de apreciación de la conducta para adecuarla al tipo, pues bien, esta actividad frente al término, sin demora, una vez que se ha detenido al sujeto activo al momento de la ejecución del ilícito o como producto de la persecución, se hace latente. Es importante recalcar para el mayor entendimiento de lo tratado, que primeramente toda actividad humana desarrollada no en forma mecánica sino de acuerdo al punto de vista del ser humano, debe estar empapada del elemento subjetividad, necesario en la

interacción humana, la actividad de apreciación indiscutiblemente se caracteriza por esa subjetividad, de tal manera que para el tratamiento e interpretación de las leyes hay que tomar en consideración el punto de vista o criterio de cada uno, con la salvedad de no llegar a los extremos, sistema observado en nuestro régimen de derecho pues se marcan los límites a seguir cuidando el principio de legalidad, tal es el caso del término, sin demora, mismo que debe ser observado de acuerdo con el artículo 16 Constitucional del que se desprende que " en los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y esta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público", ante la existencia de dicho supuesto, la autoridad administrativa debe interpretar aunque de manera subjetiva el espíritu del legislador en forma más que nada positiva y no con el espíritu inquisitivo del que se ha caracterizado hasta la fecha, esto es, el mandato Constitucional exige la intervención de la autoridad administrativa no sólo para las detenciones emanadas de la flagrancia en el delito, sino que debe cuidar del principio de legalidad y observancia del mismo no dejando, que el término sin demora, se traduzca en detenciones exageradas e injustas, ya también ha quedado mencionado, que el término sin demora, incluido por el legislador en el texto Constitucional no es otra cosa más que vigilar la inmediatez, una vez que se ha ejecutado la detención y cualquier tardanza observada por el particular que detiene, faltando al término sin demora, debe ser castigable y no consentido, subjetivismo que en este caso

una vez más se contraponen a la seguridad jurídica de las personas quedando impunes, la privación de la libertad en forma exagerada.

Continuando con el aspecto subjetivo, como elemento sustancial que embarga las actividades del Ministerio Público, desde otro punto de vista se hace palpable su existencia en aquellos casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder, como lo determina el mandato 16 Constitucional en su parte conducente, que faculta a la autoridad administrativa a decretar la detención de un acusado, atribución que no solo se limita a aspectos flagrantes del ilícito, sino que va más allá invadiendo funciones propias del órgano jurisdiccional, es menester subrayar que dicho ordenamiento contempla de manera inexorable la comisión de delitos cuando hayan elementos suficientes que hagan suponer que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia, subjetivismo comprendido dentro de la propia atribución que se exterioriza con la mera determinación tomada por el Ministerio Público para privar de la libertad a una persona, que ha cometido un delito puede conculcar la seguridad jurídica de los individuos, pues es bien sabido que tal determinación forma parte de las atribuciones del juzgador como órgano al que se somete una relación Jurídico procesal de derecho penal,

actuando dentro del margen que establece la ley con toda imparcialidad, es factible suponer desde dos diferentes puntos de vista, como lo son el de legalidad y el de experiencia, que si bien la Representación Social puede tener el conocimiento necesario para dictar con todas las diligencias arrojadas en la averiguación previa, una decisión de esta naturaleza, tal actividad puede rebasar el marco jurídico establecido, o que si bien dicha facultad puede estar permitida por la legislación, también puede el funcionario encargado de la averiguación, carecer del conocimiento suficiente para tomar este tipo de decisiones, dejando en sus manos inexpertos, uno de los valores primordiales de la sociedad como lo constituye, la libertad personal, no con ello quiero afirmar que el Agente del Ministerio Público que conozca y tome dicha determinación sea un inepto, sino que sólo pueda carecer de la experiencia necesaria por no ser esa atribución de las que le corresponda tomar, subjetivismo una vez más captado en el trabajo desempeñado por el órgano investigador de los delitos, el que puede llevar en la última de sus consecuencia la realización de actos arbitrarios violatorios de las garantías individuales.

CAPITULO V

VIOLACIONES A LA CONSTITUCION COMETIDAS EN EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL CON DETENIDO POR AUSENCIA DE FLAGRANCIA O CASOS URGENTES DURANTE LA FASE DE LA AVERIGUACION PREVIA

- V.1 CONCEPTO DE VIOLACION CONSTITUCIONAL**
- V.2 CONSIGNACION CON DETENIDO VIOLACION**
- V.3 CONSIGNACION SIN DETENIDO**
- V.4 REQUISITOS PARA LA ORDEN DE APREHENSION**
- V.5 EL PLAZO PARA CONSIGNAR**
- V.6 VIOLACIONES COMETIDAS POR EL MINISTERIO PUBLICO COMO ORGANO ORDENADOR**
- V.7 VIOLACION COMETIDAS AL EJECUTAR LA ORDEN DE APREHENSION**
- V.8 INCOMUNICACION**
- V.9 VIOLACION ANTICONSTITUCIONAL QUE PRIVA A LOS INDICIADOS DE NOMBRAR DEFENSOR DE LA ETAPA DE LA DE LA AVERIGUACION PREVIA**

CAPITULO V

VIOLACIONES A LA CONSTITUCION COMETIDAS EN EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL CON DETENIDO POR AUSENCIA DE FLAGRANCIA O CASOS URGENTES DURANTE LA FASE DE LA AVERIGUACION PREVIA

V.1.- CONCEPTO DE VIOLACION CONSTITUCIONAL

En sentido genérico la violación implica una lesión dirigida a una norma, en este caso externa, de observancia obligatoria e impersonal.

Si bien es cierto la violación se puede percibir en algunos otros campos que no fuere precisamente el Derecho, también lo es que se debe abordar el término desde el punto de vista del interés en el aspecto jurídico, circunstancia ésta que se hace necesaria en el campo profesional de nuestra Carrera. pues bien se ha dicho, que para tener algún tipo de violación se debe precisar la norma jurídica esencialmente en su sentido más amplio por cuanto hace a su aplicabilidad, acordes a regular la conducta social de los individuos y en su sentido más concreto, a determinar la actividad externa de cada uno de nosotros, norma producto de la exteriorización concreta del derecho, de acuerdo y por ende al

espíritu de justicia, fin último del orden jurídico que impone deberes o confiere derechos, en síntesis, regula el comportamiento de los individuos.

La violación constitucional tomando como premisa lo escrito anteriormente, conlleva una acción externa que lesiona en una relación causa-efecto, la norma fundamental en la que descansa el régimen político establecido, en una palabra la violación es traducida en la transgresión o infracción de UNA norma constitucional que en el presente caso se ve conculcada. 1

No se debe confundir aun cuando se peque de extremista a subestimar el hechos de que al referirse por violación constitucional, que dicha transgresión sea permitida por la ley, y menos aún que sea constitucional, sino que se debe enfocar el efecto producido por tal, en detrimento de la norma fundamental.

Con la frase " Violación Constitucional", se entiende consecuentemente a la acción de quebrantar algún precepto contenido en la Constitución, ahora bien se ha manifestado de que exclusivamente el concepto "Violación" se reduce a la acción de transgredir una norma jurídica y que dicha norma jurídica lo puede ser la propia Constitución en todos y

1 - Palomar de Miguel Juan. Diccionario para Juristas. Ediciones Mayo S R L. 1ra edic. Méx. 1981 p. 1-407

cada uno de sus preceptos, pero hablando más concretamente y por lo que se refiere a las garantías de seguridad jurídica que otorga al gobernado, existen violaciones que pueden ir en detrimento de la propia persona, violación que no sólo se puede considerar de negativa, ya que no solo se encamina a quebrantar la propia Constitución, sino que lesiona las garantías primordiales concedidas al particular, consecuentemente se convierte en la ofensa a los derechos constitucionales de los individuos ² y a su vez en el quebrantamiento de la norma fundamental. (Violación Constitucional).

V.2.- CONSIGNACION CON DETENIDO.- VIOLACION

La consignación como determinación procedimental tomada por el Ministerio Público en la Averiguación Previa y que afecta de manera íntima la libertad física de los individuos, encuentra su base primordial en nuestra Constitución en virtud de que como lo es bien sabido, uno de los derechos esenciales del hombre en nuestra legislación, lo es la libertad, relación de derecho penal procesal entre el Estado y el Probable responsable de un delito.

²- Palomar de Miguel Juan. Op. Ct. p. 1407

En el presente inciso me concretare a observar desde otro punto de vista diverso al expuesto con anterioridad la acción penal ejercitada por la autoridad administrativa como fuerza generadora a la aplicación del Derecho penal.

Pues bien se ha manifestado de que la Violación Constitucional, es el quebrantamiento de la norma fundamental y que la consignación con detenido puede reducirse a la aplicación debida de la ley cuando por estricto apego a la Constitución, se detiene a un individuo que se presume haber cometido algún ilícito penal, claro está que con estricto apego a la Constitución, quiero decir con todos y cada uno de los elementos plasmados en nuestra Carta Magna que se hacen consistir en los también mencionados con anterioridad, como el de la flagrancia, cuasiflagrancia y flagrancia de la prueba.

Ahora bien, partiendo del supuesto caso en que para la debida integración de la Averiguación Previa, fase preparatoria de la acción penal, se ordena la detención de alguna persona y ante tal detención existan los elementos de procedibilidad, dicha detención así como la determinación de consignación, caerán casi siempre y así me atrevo a decirlo en la Violación Constitucional, pues tal como lo menciona la propia norma fundamental, la detención debe darse en el acto seguido a la comisión de algún delito, y si se ordena la detención por la autoridad

administrativa, resulta lógico pensar que la relación no guarda continuidad alguna, ya que sería en todo caso para ordenar dicha detención premisa indispensable, la noticia del delito y que dicho delito sea perseguible de oficio.

Este ejemplo menos grave que el de detener para investigar situación en la que se ve más agudizada la Violación Constitucional, ya que ante tal detención no existe elemento alguno que justifique la privación de la libertad por parte de la autoridad administrativa y más aún, si se toma en consideración que el Ministerio Público forma parte de la relación procesal como órgano acusador, claro es que la integrar la Averiguación Previa funciona más que nada como autoridad, ello no lo faculta para efectuar determinaciones sin elementos de convicción siempre apegados a la Ley para ordenar la mencionada detención, aun cuando exista el temor de que el probable responsable se sustraiga a la acción de la justicia.

Desde el punto de vista de la violación que puede constituir la detención de una persona dentro de la fase de Averiguación Previa, es que dicho acto lesiona inicialmente el derecho que tiene el particular mismo que se encuentra tutelado por la norma fundamental, es decir, el acto lesivo emana de la determinación tomada por la autoridad administrativa y que dicha determinación constituye el quebrantamiento

del precepto Constitucional, lo que se puede considerar en segundo término es el aspecto humano, ya que primero va a lesionar el derecho del propio individuo, el que pueda atentar incluso en contra de la integridad física, ya que en virtud de la detención es innegable que pueda darse el elemento coacción. Por otra parte se puede colocar el acto lesionador, si se observa desde el punto de vista jurídico, ya que toda vez que se resume en el quebrantamiento de nuestro máximo ordenamiento, el que es de observancia general, norma que busca el equilibrio social, ordenamiento que se ve agredido con el acto generado por la propia autoridad, equilibrio que a su vez se traduce en inestabilidad e injusticia, circunstancia esta que puede incluso llegar a ser sometida a un Juez Penal, pero que no deja de constituir una violación, ya que en el peor de los casos cuando definitivamente existen elementos suficientes que hacen probable la responsabilidad del inculpado así como los elementos del tipo penal, con ello quiero decir que no deja de ser una Violación Constitucional la detención de un individuo aún cuando existan los elementos necesarios para su consignación, ante los tribunales sin la existencia de la flagrancia, vicio que puede llegar hasta el órgano jurisdiccional alejándonos con ello del estricto apego a la ley.

V. 3.- CONSIGNACIÓN SIN DETENIDO.

A diferencia de la consignación con detenido, es bien sabido que existe otra determinación tomada por la autoridad administrativa, una vez reunidos los suficientes elementos exigidos por la ley para tal, dicha determinación, es por la que ejercita acción penal en contra del probable responsable comisor de algún ilícito penal, claro está que dicha consignación ha de realizarse sin poner a disposición del órgano jurisdiccional al presunto responsable por ausencia de éste, ya sea por haberse sustraído a la acción de la justicia, ya sea por la sola resolución del titular de la agencia del Ministerio Público que la ejercita por considerar que existan los suficientes elementos para ello, elementos que obviamente han sido arrojados por la averiguación previamente efectuada.

La palabra consignar proviene " del latín consignare; de cum, con y signare, señalar en materia penal, poner a disposición del juez " 3. De la definición anterior se desprende por consiguiente que la consignación ante

el juez por parte del Ministerio Público y en ausencia de la persona presuntamente responsable ha de realizarse únicamente de todas aquellas pruebas reunidas por el órgano investigador en virtud de la cuales solicita el libramiento de la orden de aprehensión respectiva. En nuestro régimen de derecho lo anterior encuentra su principal fundamento en el texto constitucional, concretamente en lo dispuesto por el Artículo 21, ya que encomienda la persecución de los delitos al Ministerio Público y a la Policía Judicial la que estará bajo el mando de aquel.

Pues bien es importante subrayar que a contrario sensu a diferencia de la consignación con detenido que exige como requisito fundamental de su operatividad el elemento flagrancia la consignación sin detenido ha de obtenerse no siempre, pero si en la mayoría de las veces de la no flagrancia en la que una vez reunidos los llamados requisitos de procedibilidad y ya cuando el órgano jurisdiccional tenga en su poder las actuaciones del Ministerio Público, dictará un auto radicando el asunto que se ventila y resolverá sobre su competencia, para el caso de que con la autoridad administrativa no hubiese aportado las pruebas necesarias; las ofrecerá fijándose las fechas en el acto del ejercicio de la acción penal, para el desahogo de éstas, hecho lo cual, con pedimento de la autoridad administrativa solicitando del Juez orden de aprehensión respectiva, para el caso de la sanción correspondiente al ilícito que se imputa al probable responsable sea privativa de la libertad, o de

comparecencia cuando el ilícito se sanciona con pena alternativa o con otra diversa, la orden de aprehensión librada por el Juez al que haya sido consignada la averiguación, deberá estar en forma de mandamiento escrito fundada y debidamente motivada y con expresión de los indicios que motiven la necesidad de la detención del indiciado. Es decir, se requiere el pleno cumplimiento de los supuestos del párrafo primero del artículo 16 Constitucional, por otro lado se ordena a la policía judicial y solo a ésta, la realización de la captura del sujeto activo disponiendo asimismo su internación al establecimiento preventivo en el que deberá quedar hasta en tanto se resuelva su situación jurídica, Policía Judicial que deberá en todo caso y efectuada que sea la detención del indiciado, notificar a la autoridad ordenadora de tal, la cumplimentación de la misma.

Ahora bien, es importante recalcar que la orden de aprehensión en forma de mandamiento escrito, deberá contener el nombre o apodo de la persona que ha de aprehenderse, su media filiación como complemento; el domicilio de este si consta en el expediente, con fundamento mencionar expresamente el delito que se imputa, el que deberá adecuarse al hecho ilícito (motivación), finalmente el nombre y firma del Juez que la ordena, la fecha y lugar de su expedición.

Obviamente y previa al ineamento de esta orden, el Juez estudiará y valorará las pruebas aportadas por la autoridad administrativa, hecho lo cual, resolverá si libra o no la misma.

De ahí que la función de la Policía Judicial es de gran importancia en la persecución de los delitos, pues se le encomienda la investigación de los hechos que dieron lugar al ilícito punible.

V.4.- REQUISITOS PARA LA ORDEN DE APREHENSION

Uno de los actos que más trascendencia tiene como ya lo he señalado anteriormente, es el relativo a la orden de aprehensión, en atención a que con ella se afecta el derecho fundamental de la libertad personal. A esa trascendencia, se debe que tanto en la Constitución, como en el Código de Procedimientos Penales, se precisen los requisitos indispensables que las autoridades judiciales deben considerar para que puedan conceder una orden de aprehensión, sin incurrir en responsabilidades, siendo esos requisitos en lo esencial:

a) Que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, y sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad

b) Que existen los elementos del tipo penal y la probables responsabilidad del indiciado.

c) Que el Ministerio Público la solicite

d) Que conste en mandamiento escrito

e) Que la Dicte una autoridad competente, Juez

Resulta importante destacar que la Constitución determina que:

Fuera de los casos de Flagrante delito, en el que cualquier persona está facultada para llevar a cabo la detención del indiciado con la obligación de ponerlo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público, únicamente la autoridad judicial esta facultada para decretarla; y solamente en casos urgentes cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial

por razón de la hora lugar o circunstancia, el Ministerio público podrá bajo su responsabilidad, ordenar su detención fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

Esa excepción se justifica, si se considera que con ella se trata de evitar que los delitos queden impunes, como sucedería de no concederse, ya que la falta de autoridad Judicial que pudiera ordenar oportunamente ésta en los casos señalados permitiría a los responsables eludir con facilidad la acción de la justicia; en la inteligencia de que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, también determina que se entiende que no hay autoridad judicial y existe notoria urgencia para la aprehensión del delincuente, cuando por la hora o por la distancia del lugar en que se práctica la detención, no hay ninguna autoridad judicial que pueda expedir la orden correspondiente y existen serios temores de que el responsable se sustraiga a la acción de la Justicia.

V.5.- EL PLAZO PARA CONSIGNAR

"La averiguación previa se puede definir como la fase del procedimiento penal o etapa procedimental, durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencia necesarias para comprobar

en su caso los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal" 4. Etapa que abarca según se desprenda del artículo 16 Constitucional de la noticia misma del delito que puede darse bajo la forma de denuncia, acusación o querrela, o simplemente con el conocimiento de este hecho por parte de la policía hasta que toma conocimiento el Juzgador, precisamente al pronunciar su auto de radicación resolución con la cual se abre el proceso penal correspondiente, es bien sabido que en este período la autoridad administrativa se encarga de efectuar todas aquellas diligencias tendientes a reunir los elementos necesarios para ejercitar la acción penal con o sin detenido, pero ¿que hay sobre el término que tiene dicha autoridad para efectuar esta función?

Nuestra Constitución actualmente señala que para la integración de la Averiguación Previa con detenido, el Ministerio Público tiene un plazo de 48 horas para su integración y en su caso la consignación de acuerdo a lo señalado por el artículo 16 Constitucional, 268 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

4 - Osorio y Nieto César A. La Averiguación Previa. 1ra. edic. Edit. Porrúa S.A. Méx. 1981 p.15

"Artículo 268 bis CPPDF. En los casos de delitos flagrantes y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial..."

"Artículo 194 bis CFPP. En los caso de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial..."

Este término de las 48 horas deben correr a partir del momento en que el indiciado es puesto a disposición del Ministerio Público, existiendo una excepción, en cuyo caso el plazo para la integración de la Averiguación Previa con detenido podrá duplicarse hasta 96 horas,

Solo cuando se trate de DELINCUENCIA ORGANIZADA; entendiéndose a esta cuando tres o más personas se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos algunos de los delitos siguientes tales como: terrorismo, sabotaje, piratería evasión de presos, ataques a las vías de comunicación, uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, algunas variables de delitos contra la salud,

violación, asalto en carreteras o en caminos, homicidios, robo calificado y extorsión así como algunos de los establecidos en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, Ley General de Población y Código Fiscal.

Bajo tales supuestos no se vale la detención (entendiendo como ésta a la realizada por orden directa del Ministerio Público) de gobernados que hayan participado en hechos delictivos no violentos o en asociaciones de escaso grado de desarrollo que no afecten los bienes fundamentales de la colectividad, la salud y seguridad pública.

Más, sin embargo, cabe hacer mención que a pesar de lo anteriormente expuesto el Representante Social rebasa el límite constitucional de las 48 horas y en forma por demás evidente, para la elaboración de la Averiguación Previa, sin encontrarse dentro del supuesto en el que puede rebasarse este plazo.

Originando por consiguiente una detención prolongada y en general una coacción física y moral sobre el detenido, para lograr su confesión; y poder llevar a cabo su consignación.

V.6.- VIOLACIONES COMETIDAS POR EL MINISTERIO PUBLICO COMO ORGANO ORDENADOR.

Se ha manifestado que la violación es una contravención a alguna norma jurídica y que las violaciones siempre deden emanar de alguna autoridad (autoridad) con poder de decisión, ello atendiendo a que si la violación se enfoca a perjuicio de la colectividad, es decir, para aquellas violaciones cometidas en este caso por la autoridad administrativa dentro de su función investigadora; existen limitaciones aunque no categóricas, sino derivadas para labor efectuada por el Ministerio Público, como órgano ordenador frente a la libertad de los individuos, tales limitaciones encuentran su base fundamental, en la Constitución que nos rige, y concretamente en el artículo 16, ya que no puede librarse orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, una vez que se hayan reunidos los llamados requisitos de procedibilidad siempre y cuando el delito respectivo se sancione con pena privativa de la libertad, es evidente que resulta en este sentido la prohibición tajante, pues ya que siempre será una autoridad con carácter judicial la que ordena la detención o aprehensión de las personas, pero más adelante inserto en el propio numeral 16, se establecen las siguientes excepciones, como lo es el de los casos de delito flagrante y los casos urgentes . Esta segunda excepción. pudiera resultar clara hasta

cierto punto ya que es obvio que exista temor fundado del que el probable autor del ilícito penal evada la acción de la justicia, pero también resulta esta misma excepción discordante con la realidad actual, dados los avances realizados a la fecha, con ello quiero decir que cada día se cuenta con el establecimiento de más órganos jurisdiccionales, de tal suerte que dicha excepción es cada día más inoperante, sino es que totalmente fuera de uso; el Ministerio Público es un órgano que cuenta con poder de mando y decisión, esto es, reúne las características inherentes a lo que es una autoridad, lo anterior dentro de la fase de la averiguación previa, que es la que nos interesa, ya que es de sabida cuenta que ya ante el órgano jurisdiccional funciona como parte en la relación procesal-penal, dicha autoridad administrativa al estar dotada con facultades podrá ser ella y siempre ella la que dentro de la fase de la Averiguación Previa pudiese ordenar (bajo su más estrecha responsabilidad), la detención de una persona, ya que no podrá ser la autoridad judicial la que lo haga, si ni siquiera se hubiese ejercitado la acción penal en su contra, pero alejando al margen la excepción marcada en el precepto constitucional mencionado, así como el de la flagrancia en la comisión de los delitos, para observar aquellos casos en que sin existir flagrancia alguna y dentro de la jurisdicción de algún órgano judicial que pudiera resultar competente, el Ministerio público ordena la detención de algún indiciado que se presume cometió un delito, sin que puedan negarse tales sucesos en la vida común, pues si de derecho no existen o

no deben existir, en la realidad si tienen lugar, como por ejemplo es bien sabido que el Ministerio Público tiene bajo su mando inmediato a la Policía Judicial, la que empezará su labor al girarsele órdenes de presentación o investigación, misma que tendrá lugar ante la autoridad administrativa que la requirió, presentaciones que muchas veces culminan con la detención de las personas para su posterior consignación, violando claramente alguna de las garantías de seguridad jurídicas consagradas en los artículos 14 y 16 Constitucionales, invadiendo con ello funciones propias del órgano jurisdiccional por lo que igualmente encuentra contraposición con el artículo 21 del mismo Ordenamiento Supremo en el que delimitan las funciones de cada órgano, precepto que continúa diciendo más adelante: "Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por 36 horas, pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de 36 horas".

Es claro el espíritu del Legislador por lo que se refiere a la delimitación de funciones que competen al órgano jurisdiccional y a la autoridad administrativa, ya que se faculta a esta última a la imposición de multas o en su defecto a arrestos para infracciones a reglamentos gubernativos o de policía y solo para ellos, aún cuando resulta

contradictoria por parte del legislador el establecer un límite de 36 horas para el arresto y asimismo un término que en ningún caso podrá exceder de 36 horas.

Se ha tocado el punto de las detenciones cometidas en virtud de la orden de presentación girada a la policía judicial en auxilio del Ministerio Público, como órgano ordenador, pero es también latente que corran la misma suerte las personas que acuden a la práctica de diligencias ante la propia autoridad administrativa, en virtud de que, es bien sabido que el Ministerio Público para reunir los elementos y pruebas necesarias, se puede valer de medios como los de las citaciones para lograr las comparecencias de las personas, la que en muchas de las ocasiones culmina en su propia detención con carencia de flagrancia alguna y sin existir la circunstancia del temor de la sustracción de la acción de la justicia del indiciado..

Con el acto de autoridad en estos supuestos puede resultar atentatorio de las garantías de los individuos, podría caber como solución a tal, el juicio de amparo, en virtud de que se trata de actos emanados de un órgano con facultad de mando y decisión que puede considerarse como un acto reclamado negativo dentro de ese campo ya que consiste en omisiones o hechos negativos de las autoridades señalas como responsables, pero es evidente que ello no resulta una manera radical

directa y efectiva, para acabar con este tipo de arbitrariedades, sino que la posible solución es que si el mal viene desde su base es que cabe acatarse desde su origen y no esperar pacientemente que tenga lugar el acontecimiento lesionador, de ahí que únicamente es posible enfocar de manera muy subjetiva el aspecto violatorio en que puede incurrir la autoridad administrativa como órgano ordenador de sus propias determinaciones y no desde el punto de vista objetivo ya que si bien es cierto, existen plasmadas garantías de seguridad jurídica otorgadas a los gobernados en nuestro máximo ordenamiento, también lo es que, en el mismo se deja a rienda suelta la actividad del Ministerio Público en la fase de la Averiguación Previa.

V.7.- VIOLACIONES COMETIDAS AL EJECUTAR LA ORDEN DE APREHENSION.

Es bien sabido que todas las ordenes de aprehensión deben emanar de la autoridad judicial con excepción de los casos urgentes, según mandato constitucional, el que también regula que la encargada de ejecutar las mismas será la policía judicial la que incurrirá en violaciones para el caso de que en el acto mismo de la ejecución se contraponga a lo establecido en la última parte del artículo 19 Constitucional, que dispone

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

Es innegable que la practica seguida por nuestra policia es claramente arbitraria, pues mediante el mandato judicial se vale para ejercer violencia innecesaria muchas veces en la persona del imputado.

Cabe hacer mención que en la mayoría de los casos al no presentar resistencia los sujetos que van hacer aprehendidos, la policia con lujo de violencia ejecuta estas, utilizando métodos hasta cierto punto inhumanos, procurando no dejar lesiones evidentes en la persona del detenido, además de la clásica extorsión de que son objeto.

Ahora bien, profundizando en el maltrato cometido al ejecutar la orden, se desprenden los siguientes cuestionamiento como el de saber ¿Cuando es posible probar su existencia? ¿Qué hay de los efectos y consecuencias, que pudieran acarrear este tipo de practicas totalmente contradictorias al mandato constitucional?.

Ante tales circunstancias se debe tener presente que es difícil tratar de probar la coacción física a que es sujeto el detenido, en virtud de que los esfuerzos encaminados para combatirlos se ven afectados por la negligencia de la propia autoridad para tomarlos en consideración.

Sin embargo es necesario señalar que resulta aun más difícil tratar de probar el daño moral ejercido por la policía.

Por otro lado, desde el punto de vista procedimental es factible, que al momento posterior de la ejecución de la aprehensión se origine otra violación en los derechos del individuo detenido, sino se pusiera al inculcado a disposición del juez que libro la orden, sin dilación alguna.

Finalmente hay que estar consientes, que la policía judicial una vez que se encuentra realizando alguna aprehensión, en un gran número de ocasiones no la cumplimenta, por que solicita o recibe indebidamente para si o para otro dinero o acepta una promesa para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones, incurriendo por tanto en el delito de cohecho al respecto el artículo 222 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, así lo establece.

V. 8.- INCOMUNICACION

"Es la acción y efecto de incomunicar o incomunicarse; aislamiento temporal de procesados o de testigos. Ahora bien, incomunicado se traduce como el participio pasivo de incomunicar, segundo que no tiene comunicación; se dice de los presos cuando no se les permite tratar con nadie de palabra ni por escrito" ⁵. La medida de incomunicación tomada por la autoridad administrativa en la persona del detenido se enfoca más que nada a dos fines que se pueden considerar positivo y negativo; el primero, se dirige para evitar a toda costa que al sujeto aprehendido se le asesore sobre lo que ha de decir al rendir su declaración evitando así, como esta medida el desvanecimiento de rastros e indicios que pudieran llevar al conocimiento de la verdad real o histórica de los hechos en virtud de ello también suponemos que resulte un tanto falsa dicha apreciación, toda vez que el sujeto incomunicado se ve constreñido a declarar inclusive en su contra falseando la verdad de los hechos, lo que se puede considerar como el aspecto negativo de la incomunicación, es decir, el sujeto al verse totalmente aislado embargado de la incertidumbre y del miedo se dé a la pretensión ejercida por el propio denunciante u ofendido del hecho que dio origen a ello, por otra parte, es innegable que el sujeto

⁵- Palomar de Miguel Juan. op. Cit. pp. 702 y 703

detenido tiene el derecho de la defensa, derecho que se encuentra previsto en la fracción IX del dispositivo 20 de la Constitución que establece: "Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor después de haber sido requerido para hacerlo el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiere" 6

Con tal disposición no es factible pensar que si el sujeto se encuentra incomunicado podrá ejercer ese derecho, por esto es que dicha medida resulta claramente injusta y alevosa por parte de la autoridad y lejos de llevar adelante el principio de legalidad para la apreciación de la verdad, se distorsiona la realidad de los hechos, circunstancia que se ve aún más agudizada para el caso de que esta incomunicación sea en un plazo excesivo.

Pudiera resultar que el Juicio de Amparo constituya un freno para el ejercicio de esta práctica, pero solamente aliviará en grado mínimo el desarrollo de tal medida, pues dentro de esta legislación y dentro de la

6.- Vid, C.P.E.U.M, Art. 20

práctica, una vez que se ha interpuesto demanda de las llamadas de incomunicado ante la autoridad respectiva (Juzgado de Distrito), ésta, ordenará a la otra poner a disposición del órgano respectivo al sujeto incomunicado dentro de las 24 horas siguientes en que se notifique a la autoridad responsable la interposición del amparo, previa ratificación de la demanda correspondiente por parte del indiciado, término que aun así es excesivo según mi particular punto de vista, ya que permite y autoriza que prosiga tal incomunicación por el término indicado para ello, por eso es que, para los abogados litigantes la interposición de demandas de amparo para incomunicados, no constituyen un medio eficaz para el cese del acto, sino que la incomunicación continuará, esta vez sólo con un plazo establecido; por lo que se piensa que el objetivo pretendido al combatir de esta forma la acción lesiva, se apega más que nada al pensamiento en el sentido de que la autoridad que tiene al detenido lo consigne a la mayor brevedad a la autoridad respectiva, claro esta que como consecuencia de esta consignación lógicamente tendrá lugar el término de la incomunicación, pero sólo en virtud de esta, de tal suerte que el Juicio de amparo no puede ser considerado como medida directa de combate para la práctica de referencia, sino como medio que va a desencadenar al cabo de un plazo determinado en la extinción de la incomunicación.

Actualmente la incomunicación debe considerarse como un medio intimidatorio fuera de época, pues dicha medida emana del sistema

inquisitivo, ya que es posible manifestar que una de las características del sistema mencionado es precisamente el aislamiento del individuo sujeto a un relación de derecho procedimental-penal, el avance de nuestra sociedad ha dejado cada día más los rasgos inquisitivos en nuestra régimen de Derecho para dar lugar a otro sistema denominado acusatorio en donde se observan cada vez más garantías otorgadas a los gobernados y en gran medida el respecto por parte de las autoridades a estas, de ahí que nuestro sistema en la actualidad se rigue por ambos, pero de manera inoperable se sabe que el uso de este tipo de medidas a de desaparecer con el paso del tiempo, como consecuencia de ese mismo desarrollo en el que la sociedad dada su dialéctica demanda mayor aplicación de justicia.

Dentro de nuestra legislación se toca el punto de incomunicación, primeramente en la fracción II del artículo 20 constitucional que a la letra dice: "No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante estos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio"; y en complemento de dicho dispositivo el numeral 289 del Código Procesal para el Distrito Federal establece "En ningún caso, y por ningún motivo, podrá la autoridad emplear la incomunicación, intimidación o tortura para lograr la

declaración del indiciado ó para otra finalidad". Por lo anteriormente expuesto es por lo que queda prohibido cualquier forma de incomunicación intimidación o tortura, Prohibición que alcanzan todos los servidores públicos, con funciones de autoridad en la tramitación de los procesos penales y que por virtud del penúltimo párrafo del artículo 20 Constitucional se extiende también los que la ejerzan en el trámite de las Averiguaciones Previas, como son los agentes del Ministerio Público de la Policía Judicial principal mente.

Consecuentemente se concluye que la incomunicación se encuentra tipificada en nuestra ley fundamental y en la legislación secundaria.

**V.9.- VIOLACIÓN ANTICONSTITUCIONAL QUE PRIVA A LOS
INDICADOS DE NOMBRAR DEFENSOR EN LA ETAPA
DE LA AVERIGUACION PREVIA.**

Partiendo nuevamente de la Fracción IX del Artículo 20 constitucional, en el que se consagra el derecho de defensa de los indiciados, que dice textualmente: " Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor,

después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y . . ." El derecho a la defensa traducida como garantía de audiencia, debe considerarse como uno de los derechos más importantes que deben ser observados en nuestra legislación para llegar a la culminación de la obtención de la aplicación real de justicia, en un régimen de derecho toda persona relacionada con un ilícito penal debe ser oída a efecto de que manifieste su parecer del hecho punible, circunstancia observada en este sentido por nuestro ordenamiento fundamental, pero ubicándose en primer término en la etapa procedimental donde cabe el nombramiento del defensor, pues bien, en vía de interpretación a la parte primera de la fracción mencionada, es factible subrayar que el mandamiento constitucional se enfoca a la garantía de audiencia antes mencionada, ejercicio que puede ser ejecutado por el indiciado o por diversas personas. En el aspecto procedimental y más concretamente en la etapa en la que ya se ha ejercitado acción penal y el detenido se encuentra a disposición de la autoridad judicial y este no quiere nombrar defensor, el precitado numeral, prevee que el juez le designará un defensor de oficio, lo anterior al momento de rendir su declaración preparatoria, esto es en virtud de la ignorancia que puede tener sobre el conocimiento de la ley el indiciado de que se trate, en seguida el mismo legislador no especifica claramente

desde que momento, por lo que cabe hacer la aclaración que el nombramiento referido ha de tener lugar en el momento procedimental posterior al libramiento de la orden de aprehensión correspondiente y ya ejercitada la acción penal por la autoridad administrativa, aspecto que en la vida común no siempre sucede así, sino hasta que el sujeto se encuentre ante la presencia del juez que nombrará al defensor respectivo

Ahora bien, si se toma en cuenta que el derecho a la defensa puede ser ejercido por el indiciado una vez que se ha ejercitado acción penal, y que este derecho es de primordial importancia para salvaguardar la real administración de justicia, es aún de mayor importancia tal vez, el nombramiento de defensor, en la fase de Averiguación Previa , concretamente cuando se detenga a una persona como consecuencia de la comisión de un delito flagrante o no flagrante, es decir, cuando exista detenido en el período indagatorio y ante la autoridad administrativa, pues lógicamente si el asunto respectivo tiene solución ante la misma se evitará con ello la consignación innecesaria del sujeto, además de que se observaría el respeto a una de las garantías consideradas trascendental en el proceso, como lo es el de ser oído.

Algunos tratadistas consideran la defensa como "Una institución judicial que comprende al imputado y al defensor, el primero

como elemento individual y el segundo social, los cuales en la defensa del derecho constituyen el instituto, ya que de uno presupone al otro y la unidad de función es una de sus características, aunque pueda cambiarse de defensor, esto es transitorio y no destruye la unidad de la defensa que es la esencia del instituto" 7. Por otro lado GUARNERI, establece que el concepto de defensa "es correlativo al de acusación y constituye, en la dialéctica procesal de los contrarios, el momento de la antítesis. Igual que la acusación, representa en el proceso penal una institución del estado, pues el legislador la considera indispensable para la consecuencia de la verdad"⁸.

Para MANZINI, "El defensor es el que interviene en el proceso penal para desplegar en él una función de asistencia en favor de los derechos y demás intereses legítimos de un sujeto procesal en la aplicación de una finalidad de interés público no solamente para el patrocinio del interés particular"⁹.

En síntesis, se puede ubicar al órgano de defensa como el elemento que equilibra la relación procesal compuesto por el acusado y diverso sujeto (generalmente técnico en la materia auxiliar dentro del proceso), con el carácter de unidad y obligatoriedad.

7 - Graciano Silvestre. Citado por Colín Sánchez Guillermo Op. Ct. p. 179

8 - Citado por Colín Sánchez Guillermo Op. Ct. p. 179

9 - Citado por Colín Sánchez Guillermo Op. Ct. p. 180 y 181

Es de tomarse en cuenta que los actos del defensor no se reducen exclusivamente al asesoramiento del sujeto detenido, sino que los mismos repercuten en los órganos de acusación (Ministerio Público) y decisión (Juez), encaminados a la aplicación de la justicia como fin inmediato y de equilibrio social.

En resumen, la institución de la defensa, debe ser considerada tal y como el constituyente lo manifiesta en el precepto citado, es decir, con el carácter de obligatorio, pero dicha obligatoriedad no sólo debe observarse una vez que ha llegado el expediente a manos del juzgador, sino que debe también ser ejercido dicho derecho en la etapa de Averiguación Previa, como lo prevee dicho dispositivo.

En la legislación secundaria y concretamente en el artículo 294 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal se determina el momento procedimental de nombramiento de defensor al establecer que: "Terminada la declaración u obtenida la manifestación del indiciado de que no desea declarar, el juez nombrará al procesado un defensor de oficio, cuando proceda, de acuerdo con la fracción III, del artículo 269 que señala: Cuando el inculpado fuere detenido o se presente voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato en la siguiente forma : Será informado de los derechos que en

Averiguación Previa consigna en su favor la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dichos derechos son:

- a) No declarar si así lo desea;**
- b) Que debe tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;**
- c) Ser asistido por su defensor cuando declare**
- d) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación previa, y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera;**
- e) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación previa, para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el acta de averiguación previa..."**

Ahora bien, el Artículo 20 Constitucional, señala, algunas garantías o derechos con los que cuenta el inculpado entre los cuales están: el contar con una defensa adecuada, el de no declarar, el de recibirle los testigos y demás pruebas que ofrezca, el de facilitarle todos los datos que solicite para su defensa, adecuando a esto lo previsto por los artículos 127 Bis y 128 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Si el indiciado no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el Ministerio Público Federal, en la Averiguación Previa le designará un defensor de oficio.

En la práctica la observancia de ese derecho no es así, toda vez que son precisamente las autoridades (Ministerio Público en la Averiguación Previa; Juez en el Proceso), quienes lo impiden, escudándose en el artículo 294 del Código de Procedimientos Pénales para el Distrito Federal, ya que es lógico pensar que es el indiciado quien demanda asesoramiento legal, impedimento que tiene lugar con más agudeza ante los Agentes del Ministerio Público, quienes se fundamentan en el numeral del ordenamiento secundario aludido durante la integración de la Averiguación Previa correspondiente, dada la notoria violación a uno de los derechos fundamentales del individuo.

CONCLUSIONES

PRIMERO.- Para lograr una mejor convivencia social así como una mayor armonía entre gobernantes y gobernados no bastan las leyes y los derechos que están reconocen y conceden, si no que hace falta una autentica capacitación de las personas que tienen a su cargo la aplicación de la Ley (desde Agentes de la Policía Judicial, hasta Jueces y Magistrados).

SEGUNDO.- El Ministerio Público al concluir la Averiguación Previa, puede tomar las siguientes determinaciones: el ejercicio de la acción penal (consignación), el no ejercicio de la acción penal (archivo definitivo), la reserva (archivo provisional), El Ministerio Público deberá determinar la Averiguación tomando en cuenta la normatividad procedimental y en ningún caso debe permitírsele el uso de facultades discrecional.

TERCERO.- Únicamente se admiten como formas constitucionales de privación de la libertad la orden de aprehensión, dictadas por la autoridad judicial, la detención en caso de delito flagrante y los casos urgentes en este último caso solo tratándose de delitos calificados como graves, por lo que toda detención que se realice en supuestos diversos a la anteriores es inconstitucional.

CUARTO.- Toda actuación subsiguiente a una detención violatoria de garantías será inconstitucional, pues al estar viciado el origen todo lo que de él se desprenda lo estará también, y por lo tanto todo estará viciado de nulidad absoluta.

QUINTO.- Por delito flagrante se justifica la detención únicamente cuando se sorprenda a la persona al momento de cometer el delito o cuando es materialmente perseguido inmediatamente a la comisión del mismo. No se acepta desde mi punto de vista la presunción de flagrancia en virtud de que debido a sus interpretaciones se puede llegar a caer en la arbitrariedad "o la fabricación de flagrancia".

SEXTA.- Si la detención legalmente realizada excede los plazos establecidos en el Artículo 16 Constitucional, igualmente provocará la inconstitucionalidad del ejercicio de la acción penal y de todos los actos consecuentes en virtud de que se trataría de una detención de que por su duración se tumaría inconstitucional.

SEPTIMA.- Para que la persona determinada pueda combatir la detención inconstitucional, el defensor, ya sea particular o de oficio cobra vital importancia, ya que el inculpado por lo general es introducido a las celdas de la Agencia Investigadora, sin que se le tome en consideración, sino única y exclusivamente cuando rinde su declaración.

OCTAVA.- Es necesario que en toda detención el indiciado tenga defensor a un cuando se haya negado a nombrarlo, pues en este caso el Agente del Ministerio Público, deberá designar al oficio.

NOVENA.- El defensor debe estar presente siempre que el inculpaado, detenido rinda declaración, debiendo firmar al margen junto a su defensor, para que puede constancia de su presencia, pues la aceptación y protesta del cargo hecha con anterioridad a la declaración no implica que deba permanecer durante todo el termino que dure su atención.

DECIMA.- Prohibición estricta a toda incommunicación de conformidad con nuestra Carta Magna, con el establecimiento de fuertes sanciones para las autoridades que la ejerciten o la permitan.

DECIMO PRIMERA.- Tomar en consideración que la aparente sinonimia no existe entre el concepto de presunto y probable, ya que cuando se hable de presunto el Estado está juzgando con dolo y tajantemente afirmando algo como verdad; mientras que la probable es aquello sobre lo cual existen buenas razones para pensar que sucederá o se verificará pero sin afirmar.

BIBLIOGRAFIA

- | | |
|-------------------------|--|
| ACERO JULIO | <u>PROCEDIEMIENTO PENAL.</u>
4da. EDICION,
IMPRENTA FONT,
GUADALAJARA, JAL. 1956 |
| BURGOA IGNACIO | <u>EL JUICIO DE AMPARO</u>
27va. EDICION,
EDITORIAL PORRUA, S.A.
MEXICO 1990. |
| BURGOA IGNACIO | <u>DERECHO CONSTITUCIONAL</u>
MEXICANO
1ra. EDICION,
EDITORIAL PORRUA, S.A.
1ER. VOLUMEN 1973. |
| BURGOA IGNACIO | <u>LAS GARANTIAS INDIVIDUALES</u>
13 va. EDICION,
EDITORIAL PORRUA, S.A.
MEXICO, 1980. |
| COLIN SANCHEZ GUILLERMO | <u>DERECHO MEXICANO DE</u>
<u>PROCEDIEMIENTOS PENALES</u>
8o. EDICION,
EDITORIAL PORRUA, S.A.
1981. |
| COLIN SANCHEZ GUILLERMO | <u>DERECHO MEXICANO DE</u>
<u>PROCEDIEMIENTOS PENALES</u>
3ra. EDICION,
EDITORIAL PORRUA, S.A.
1974. |

FRANCO VILLA JOSE

EL MINISTERIO PUBLICO
FEDERAL
1ra. EDICION,
EDITORIAL PORRUA, S.A.
MEXICO 1985.

GARCIA RAMIREZ SERGIO

DERECHO PENAL
1ra. EDICION,
EDITORIAL PORRUA, S.A.
MEXICO, 1974.

LAZZARINI JOSE LUIS

EL JUICIO DE AMPARO
LA LEY, S.A. 1er. VOL.
EDITORIAL BUENOS AIRES
ARGENTINA 1967

MUÑOZ CONDE FRANCISCO

TEORIA GENERAL DEL DELITO
EDITORIAL TEMIS
BOGOTA COLOMBIA 1990.

NAVARRO SANCHEZ ENRIQUE

EL EJERCICIO DE LA ACCION
PENAL COMO PODER DEBER
DEL MINISTERIO PUBLICO.
EDITORIAL PORRUA, S.A.
MEXICO, 1968.

OSORIO Y NIETO CESAR A.

LA AVERIGUACION PREVIA
1ra. EDICION,
EDITORIAL PORRUA, S.A.
1978.

OSORIO Y NIETO CESAR A.

LA AVERIGUACION PREVIA
2 da. EDICION,
EDITORIAL PORRUA, S.A.
MEXICO, 1983

PADILLA JOSE R.

SINOPSIS DE AMPARO
1er. VOLUMEN, 2da. EDICION

EDITORIAL CARDENAS
MEXICO 1978.

RIVERA SILVA MANUEL

EL PROCEDIMIENTO PENAL
11a. EDICION,
EDITORIAL PORRUA, S.A.
1980.

SOTO GORDOA IGNACIO

SUSPENSION EN EL JUICIO DE
AMPARO
1er. VOLUMEN
EDITORIAL PORRUA, S.A.
1959.

VELA TREVIÑO SERGIO

ANTI JURIDICIDAD Y
JUSTIFICACION
EDITORIAL PORRUA, S.A.
1982.

DICCIONARIOS

ESCRICHE JOAQUIN

DICCIONARIO RAZONADO DE
LEGISLACION Y
JURISPRUDENCIA
NUEVA EDICION
LIBRERIA DE ROA Y BOUREL
1863.

PALOMAR DE MIGUEL JUAN

DICCIONARIO DE JURISTAS
1ra. EDICION,
EDITORIAL MAYO
1981.

PALLARES EDUARDO

DICCIONARIO TEORICO Y
PRACTICO DEL JUICIO DE
AMPARO
1er. VOLUMEN
EDITORIAL PORRUA, S.A.
1967.

LEGISLACION

CONSTITUCION POLITICA DE LO
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
ULTIMA EDICION,
EDITORIAL PORRUA, S.A.
1994.

CODIGO FEDERAL DE
PROCEDIMIENTOS PENALES
ULTIMA EDICION
EDITORIAL SISTA, S.A.
1994.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS
PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.
ULTIMA EDICION
EDITORIAL SISTA, S.A.
1994

CODIGO PENAL PARA EL D.F.
ULTIMA EDICION
EDITORIAL PORRUA, S.A.
1994.