



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLÁN"



425
207

**"ACREDITACION DE LOS
ELEMENTOS DEL TIPO PARA
OBSEQUIAR UNA ORDEN DE
APREHENSION"**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JUAN ANTONIO VALERIANO OLIVEROS
ASESOR: PROFR. RAFAEL CHAINE LOPEZ



ACATLAN, EDO. DE MEXICO

1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**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 esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

425
207



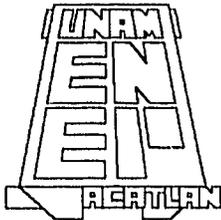
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLÁN"



**"ACREDITACION DE LOS
ELEMENTOS DEL TIPO PARA
OBSEQUIAR UNA ORDEN DE
APREHENSION"**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JUAN ANTONIO VALERIANO OLIVEROS
ASESOR: PROF. RAFAEL CHAINE LOPEZ



ACATLAN, EDO. DE MEXICO

1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Dedicatorias

Gracias a Dios, por haberme permitido vivir, por tener a los padres que me dió, por permitirme estudiar y culminar mi carrera profesional, gracias.

A la Universidad Nacional Autónoma de México que me permitió cursar en la Escuela Nacional de Estudios Profesionales "Acatlán" una carrera profesional que ha transformado mi vida y le ha dado cauce.

A mis padres Jose Valeriano Herrera y Antonia Oliveros Mancilla como muestra de eterno agradecimiento por haber nacido, por haber sido, por haber tenido, por haber triunfado y por haber fracasado, por su preocupación por mí, por sus sabios regaños y muchos consejos, por los grandes valores que sembraron en mí, gracias por haberme engendrado.

A mis hermanos Margarita, Susana, María Elena, José Luis, Rosa Lina y Enrique, así como a mis cuñados Rodolfo y Jesús Manuel por su apoyo brindado de manera incondicional y desinteresada, sin la cual no hubiera sido posible la culminación de mi carrera profesional, gracias.

A todos mis sobrinos

A Irma por su amor brindado inmerecidamente a mi persona, quien ha estado conmigo en las buenas y en las malas, este trabajo también es tuyo.

Al Sr. Magistrado Salvador Avalos Sadoval a quien en forma especial agradezco la oportunidad de conocerlo y de guiarme en el conocimiento del ámbito jurídico, contagiándome con su ejemplo como ciudadano y servidor público fiel al cumplimiento de las leyes, disciplinado, respetuoso e incansable trabajador, sin poder pasar por alto su incuestionable valor como hombre recto y cabal.

A la Licenciada Bibiana Velázquez Macías a quien en forma especial agradezco la oportunidad de permitirme conocer el camino del ámbito jurídico.

A mi asesor de tesis, Lic. Rafael Chaine López por sus comentarios y recomendaciones para superar las carencias de la presente tesis, gracias.

Al honorable sínodo por su dedicación, compromiso y tiempo dedicado al presente trabajo, gracias.

Al Profr. Miguel Angel Ibarra Hernández por haberme brindado la oportunidad de iniciarme en la vida docente.

A mis amigos de siempre Ezequiel Pacheco, José Luis Hernández, Mauro Morales, Eliud, Cecilia, Estela, Margarita, Oscar, Miguel, Ricardo, Rogelio, Jesús, Raymundo, Juan Bello, Maricruz, Omar, Roberto y muchos más, gracias por brindarme su amistad.

INDICE

INTRODUCCION	VI
CAPITULO PRIMERO	
ANTECEDENTES HISTORICOS LEGISLATIVOS	1
1.1- ORIGEN DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.....	1
1.2 EVOLUCION HISTORICA DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.....	10
1.3.- REFORMA DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL DE FECHA 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993.....	21
CAPITULO SEGUNDO	
PROCEDIMIENTO PARA OBSEQUIAR UNA ORDEN DE APREHENSION.....	28
2.1.- CONCEPTO DE HECHO	28
2.2 CONCEPTO DE DELITO.	31
2.3 CONCEPTO DE TIPO.....	36
2.4 CONCEPTO DE ORDEN DE APREHENSION.....	38
2.5 REQUISITOS CONSTITUCIONALES PARA DICTAR UNA ORDEN DE APREHENSION.	42

CAPITULO TERCERO	
ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y LA PROBABLE	
RESPONSABILIDAD.....	60
3.1 ELEMENTOS OBJETIVOS.....	61
3.2 ELEMENTOS SUBJETIVOS.....	67
3.3 ELEMENTOS NORMATIVOS.....	71
3.4 LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.....	75
CAPITULO CUARTO INSTITUCIONES AFINES QUE COARTAN Y LIMITAN LA	
LIBERTAD PERSONAL.....	84
4.1.- LA FLAGRANCIA.....	84
4.2 CASOS URGENTES.....	87
4.3 LA ORDEN DE COMPARECENCIA.....	98
4.4 LA ORDEN DE PRESENTACION.....	100
4.5 EL ARRESTO.....	101
4.6 EL ARRAIGO DOMICILIARIO.....	103
CONCLUSIONES.....	106
BIBLIOGRAFIA.....	112

INTRODUCCION

Con las reformas publicadas el 3 de Septiembre de 1993, en el Diario Oficial de la Federación, y en vigor al día siguiente donde se declaran reformados los artículos 16, 19, 20 y 119, así como la derogación de la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cobra relevancia para nuestro estudio el artículo primeramente mencionado al establecerse en su nuevo párrafo segundo los requisitos para librar una orden de aprehensión, considerando que la libertad personal es el bien más valioso después de la vida y el eje mismo sobre el cual gira la totalidad del drama penal, misma que se ve afectada por el obsequiamiento de una orden de captura, lo que sin duda se vuelve una necesidad analizar en forma detenida los requisitos para obsequiar una orden de aprehensión, observándose que se mantiene en el texto reformado la exigencia de que la orden de aprehensión sea dictada por la Autoridad Judicial como regla general para que un Gobernado pueda ser afectado en su libertad para los fines del proceso penal, y de que exista previa denuncia acusación o querrela, pero en seguida abandona la expresión "de que se trate de un hecho determinado que la Ley castigue con pena corporal", estableciéndose en su lugar "de un hecho determinado que la Ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existencia datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado". Cabe señalar que es al Ministerio Público a quién le corresponde verificar que se cumpla esta condición, al momento de ejercitar la acción penal y solicitar la orden de aprehensión y al juzgador al momento de resolver sobre dicha solicitud, por supuesto que el requisito de cuando menos con pena privativa, se satisface si la pena privativa de libertad no esta señalada como alternativa con otra que no afecte la libertad de la persona pues en caso contrario no puede haber lugar a prisión preventiva y lo que debe hacer el representante social es la solicitud de la correspondiente orden de comparecencia. Otra de las innovaciones es la expresión "que se acrediten los elementos del tipo penal" requisito que se encuentra acorde con el señalado por

más detallada en aquellos casos en que resultan innovaciones como sucede con las expresiones del párrafo segundo del artículo 16 Constitucional que a la letra dice "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 tercera parte, de la presente investigación se realiza un análisis de los elementos objetivos, subjetivos y normativos que integran el tipo penal, así como lo que debe entenderse por probable responsabilidad y los elementos y condiciones que se deben reunir para tener por acreditada la misma.

El cuarto capítulo se integra del estudio de las Instituciones afines a la orden de aprehensión que igualmente coartan y limitan la libertad personal y los cuales son la flagrancia, casos urgentes, orden de comparecencia, orden de presentación, el arresto y el arraigo domiciliario.

Por todas estas cuestiones resulta interesante el análisis de los requisitos Constitucionales para el dictado de una orden de aprehensión, pues constituye un avance en el ámbito de las garantías individuales, ya que serán los mismos requisitos que se toman en consideración para dictar un auto de formal prisión o dictar una sentencia condenatoria en su caso.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS LEGISLATIVOS

1.1- ORIGEN DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL

Debemos principiar por reconocer que la libertad es uno de los bienes de mayor Jerarquía oxiológica, sólo la vida lo supera y dado que en la legislación de nuestro país aunque se encuentra regulada la pena de muerte, la misma no se aplica, es por ello que podemos afirmar que la libertad es el bien más valioso y el eje sobre el cual gira la totalidad del drama penal. Ello explica que la garantía de libertad sea, entre todas las garantías, una de las que encuentra antecedentes más lejanos, en el derecho Romano, en el derecho Ingles y en el derecho Hispano.

Por otra parte, un Estado respetuoso de los derechos humanos debe proteger la libertad física de todos los individuos, y restringirla únicamente en los casos establecidos previa y limitativamente en la Ley, mediante las formalidades y requisitos que ella misma establece, en nuestra legislación Mexicana el artículo 16 Constitucional establece el principio por el cual sólo se puede privar de la libertad a un individuo en las limitadas hipótesis permitidas por dicho precepto Constitucional, siendo precisamente la orden de aprehensión una de las hipótesis permitidas para poder privar de la libertad a un individuo, en las condiciones y mediante los procedimientos previstos por la propia Ley.

Dicho lo anterior procederemos a realizar un breve análisis sobre los orígenes del artículo 16 Constitucional.

En los siglos XV y XVI, vieron agregarse al orbe cristiano Europeo el de las Indias. Los vínculos monárquicos se extendieron desde la Península a gran parte de Europa y luego a la América hispánica. "Apenas iniciada la conquista de México, hubieron de bosquejarse las

primeras instituciones de justicia española en nuestro país, debido a circunstancias especiales"¹

Desde la fundación del Ayuntamiento de la Veracruz hasta el establecimiento de la primera Audiencia, las instituciones municipales españolas fueron transportadas con todo su fondo legislativo, orgánico y administrativo.

"Mucho antes de que en España se dictara providencia alguna para la organización de las Ciudades fundadas por Cortés en la Nueva España, éste comenzó a legislar para satisfacer las necesidades que en ellas se iban presentando. Algunas de las disposiciones legislativas dictadas por don Hernando, fueron verdaderamente importantes y trascendentales. Ninguna quizá lo fue más que el establecimiento del sistema de encomiendas o repartimientos, que se puede decir imprimió su carácter a la sociedad colonial de nuestro país".²

Esta conquista Ibérica exigió, por razón natural, la superposición de un orden jurídico: el Español, especialmente la legislación castellana, sobre los nativos.

"Si pues, la convivencia de dos razas de antecedentes jurídicos enteramente diversos era condición primordial de la obra de España en sus nuevos dominios, nada más natural que, al encontrarse frente a frente los dos derechos, el choque produjera una deformación de uno y otro, y la Historia del Derecho entonces debe investigar cómo de esa defarmación, de su consiguiente anarquía, pudo llegarse a una solución tal como la que el estudio comparativo a que antes hemos aludido, pueda revelarnos",³

¹ Toro Alfonso, *Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, tomo I, pág. 60

² *Ibidem*. pág. 69.

³ Esquivel Obregón Toribio, *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, tomo II pág. 12.

1. Con frecuencia se alude en ese choque a la cultura de las tribus nahoas, probablemente porque las fuentes prehispánicas en ella se concentran. Y de entre los nahoas, se destaca la organización azteca.

Es, pues, conducente recabar somera información sobre las costumbres de aquel pueblo que se significó entre todos, por lo menos en su resistencia ante el conquistador. Si en él dominaba la teocracia, aun después de implantada una particular organización militar, forzosamente tendría que existir una limitación de fuerzas y un aparato institucional que responsabilizando al llamado monarca, le encomendaba múltiples deberes. "Al tiempo de su advenimiento al trono se hacía al rey un gran discurso acerca de sus deberes y debía jurar que cumpliría con las leyes, cultivaría el derecho y cuidaría la religión; eran celebrados grandes sacrificios y el mismo rey tenía que hacerse sangre en diversos lugares de su cuerpo".⁴

La supremacía del soberano llegó, con Moctezuma II, al exceso, provocando inquietud en su país y en sus subordinados. "Su turno y su reino habrían peligrado aún en el caso de que los conquistadores se hubieran detenido ante las constas de México".⁵

A pesar del poderío real, la vida institucional se mostró en la organización. El rey tenía consejeros en los grandes dignatarios y ministros de la guerra, de justicia, de cultos y de hacienda. En Texcoco, el consejo de Estado, presidido por el rey, funcionaba como Supremo Tribunal de apelación, lo que prueba la existencia de positivos derechos de instancia, sin llegar a la noción de los derechos naturales, pues.

"No había ninguna constitución que garantizara los derechos del pueblo, especialmente ninguna protección constitucional de los "macehualli", del tercer Estado; desde el punto de vista del derecho, la monarquía era absoluta, especialmente para el pueblo. Así llegó a

⁴ J. Kohler, *3 El Derecho de los Aztecas*, pág. 17.

⁵ *Ibidem*, pág. 18.

suceder que entraban en las Ciudades comisarios reales y forzaban a la gente pobre a emprender emigraciones colonizadoras"⁶

Pero si el dominio del príncipe llegó a los límites de la intangibilidad, aquellos deberes que reconocía al ser ungido, le llevaban a proclamar leyes para conservar la paz y la organización. A Nezahualcóyotl se le atribuyen ochenta leyes de las que se conservaron treinta y dos, que comenzando por sanciones penales, defendían, si no la libertad del hombre, si su independencia del semejante, como se mira en el Libro de Oro"⁷

Si la conquista no condujo a una combinación de órdenes jurídicos, ni siquiera a una mezcla legislativa, porque "El indio, por su parte, era factor principal en la destrucción o deformación de su derecho, aprovechando las ocasiones que las leyes importadas le proporcionaban de liberarse de sus antiguas fórmulas y convenciones, sin que se hubiera adaptado aún a las nuevas".⁸

Y el español, fascinado ante la fortuna al alcance de su mano y alejado de su Autoridad peninsular, deformó sus controles, frustrando los intentos legales de protección a los nativos, e impidió definitivamente la igualdad social a través de la estructuración de castas y jerarquías, lo que, sin embargo, no fue obstáculo al surgimiento de una organización en la que se aposentó el principio de municipalización, si bien disfrutado primaria y principalmente por el conquistador:

"De haber seguido Cortés en el mando de la colonia, el régimen municipal habría evolucionado en un Gobierno parlamentario. En las actas de cabildo de la Ciudad de México de 3 de junio de 1524, de 22 de febrero y 20 de julio de 1526, se ve que todas las villas de españoles

⁶ *Ibidem*, pág. 20.

⁷ *Cfr. apéndice a la obra de Hohler, donde aparecen las leyes de Nezahualcóyotl según los textos de Ixtlilxóchitl y de Veytia, a lado de la colección llamada el Libro de Oro.*

⁸ *Esquivel Obregón, ob. cit. tomo II, pág. 13.*

de Nueva España nombradas procuradores que las representaran en los casos de interés general".⁹

Es verdad que a la conquista siguió la colonización y el Estado Español soportó el esfuerzo velando porque la justicia fuera la base del nuevo régimen, al grado de imponer respeto a sus viejas normas.

"Pero la civilización traída de Europa no fue distribuida equitativamente, ni dejó de pensarse en los nativos como conquistados, merecedores de protección (confróntese Real Cédula de 4 de junio de 1687, mandando que "no se compela a los indios con pretexto de ser gañanes a servir involuntarios en las Haciendas".¹⁰

No es extraño que en tiempos cercanos a la Independencia y al constitucionalismo, y a escasos dos meses del decreto de 15 de octubre de 1810, declarando la igualdad de derechos entre los españoles europeos y ultramarinos, hidalgo expidiera el Bando aboliendo la esclavitud, considerándolo como el "remedio en lo más urgente por las declaraciones siguientes. Primera: Que todos los dueños de esclavos deberán darles la libertad dentro del término de diez días, so pena de muerte, que se les aplicará por transgresión de este artículo" (Dado en la Ciudad de Guadalajara á 6 de diciembre de 1810".¹¹

La existencia de una condición humana tan odiosa, en tiempos que proliferaban las declaraciones de derechos naturales, tenía que producir la emancipación que, sin embargo, no se mira todavía en la Constitución Política de la Monarquía Española, dada en Cádiz el 18 de marzo de 1812, puesto que sus principales normas sobre el particular se limitan a expresar:

Artículo 1º la Nación española en la reunión de todos los Españoles de ambos Hemisferios.

⁹ *Ibidem*, pag. 214 - 5.

¹⁰ *Dublán Manuel y Lozano José María Legislación Mexicana, tomo I, pág. 7.*

¹¹ *Ibidem* pág. 339 - 40.

Artículo 5º son Españoles.

Primero: Todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas, y los hijos de éstos.

Segundo: Los extranjeros que hayan obtenido de las Cortés carta de naturaleza.

Tercero: Los que sin ella lleven diez años de vecindad, ganada según la Ley en cualquier pueblo de la Monarquía.

Cuarto: Los libretos desde que adquieran la libertad en las Españas.

Artículo 18. Son Ciudadanos aquellos españoles que por ambas líneas traen su origen en los dominios españoles de ambos hemisferios, y están avecindados en cualquier pueblo de los mismos dominios.

Artículo 19. Es también Ciudadano el extranjero que gozando ya de los derechos de Español, obtuviere de las Cortés carta especial de Ciudadano.

En cambio, en el Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingan a 22 de octubre de 1814, con la intención de sustituir el despotismo de la monarquía Española por un sistema de administración que reintegrara "A la nación misma en el goce de sus augustos imprescriptibles derechos", instituye la soberanía, como la facultad de dictar leyes y establecer la forma de gobierno (Artículo 2º). originariamente en el pueblo " y su ejercicio en la representación nacional", (artículo 5º); declarando que el sufragio para la elección de diputados" pertenece, sin distinción de clases ni países, a todos los Ciudadanos en quienes concurren los requisitos que prevenga la Ley" (artículo 6º). "Artículo 7º la base de la representación nacional es la población compuesta de los naturales del país, y de los extranjeros

que se reputen por Ciudadanos". Por último, "Se reputan Ciudadanos de esta América todos los nacidos en ella (Artículo 13).

Consiguientemente, la declaración de derechos humanos viene incluida en el articulado, al expresarse: "artículo 21. la felicidad del pueblo y de cada uno de los Ciudadanos, consiste en el goce de la igualdad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas. "De donde se infiere el principio de la legalidad: "artículo 27. La seguridad de los Ciudadanos consiste en la garantía social: ésta no puede existir sin que fije la Ley los límites de los poderes y la responsabilidad de los funcionarios públicos. "Artículo 32. La casa de cualquier Ciudadano es un asilo inviolable, solo se podrá entrar en ella cuando un incendio, una inundación, ó la reclamación de la misma casa haga necesario este acto. Para los objetos de procedimientos criminal deberán preceder los requisitos prevenidos por la Ley". "Artículo 33. Las ejecuciones civiles y visitas domiciliarias solo deberán hacerse durante el día, y con respecto a la persona y objeto indicado en la acta que mande la visita y la ejecución".¹²

Se suele explicar que entre los antecedentes del artículo 16 Constitucional vigente, han de citarse los artículos 287, 292 y 306 de la Constitución de Cádiz; pero si ello es cierto no es completamente inobjetable, por que esos preceptos se referían, no al hombre como tal, sino a los Españoles. En cambio, cuando el artículo 166 de la Constitución de Apatzingan expresa: "No podrá el Supremo Gobierno: arrestar a ningún Ciudadano en ningún caso más de cuarenta y ocho horas, dentro de cuyo término deberá remitir al detenido al Tribunal competente con lo que hubiere actuando". Se deja supuesto que Ciudadano y natural del país que llene los requisitos legales, es sinónimo.¹³

¹² *Ibidem* pág. 433 a 435.

¹³ *Ibidem* pág. 445.

Posteriormente, en el "Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano", de 22 de febrero de 1822, sus artículos 10, 11, 72 y 73 se refieren a la inviolabilidad del domicilio en ciertas condiciones, a la prohibición de arrestos y prisiones fuera de los casos establecidos por la Ley o el reglamento mismo, a la querrela de parte por delito que mereciere pena corporal, y a la orden judicial de arresto por denuncia previa instrucción, así como a la aprehensión por delito in fraganti.

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada por el Congreso General Constituyente el 4 de octubre de 1824, prohíbe al Presidente privar a ninguno de su libertad ni imponerle pena, aunque le permite arrestarlo y ponerlo a disposición del Juez competente dentro de cuarenta y ocho horas (artículo 112, fracción II). En cuanto a los Tribunales, se les prohíbe ordenar detención alguna sin prueba semiplena o indicio de ser delincuente (artículo 150). Y, en general, se prohíbe a las Autoridades librar órdenes para el registro de casas, papeles y otros efectos, fuera de los casos expresamente dispuestos por Ley y en la forma que ésta determine (artículo 152).

Las Leyes Constitucionales de la República Mexicana, aprobadas en México el 29 de diciembre de 1836, ofrecen nuevamente disposiciones semejantes en los artículos "2º, fracciones I y II de la Primera, 18, fracción II de la Cuarta y 41, 42, 43, fracciones I y II y 44 de la Quinta; comenzando por establecer como derechos del mexicano el no poder ser apresado sino por mandamiento de Juez competente dado por escrito, ni aprehendido sino por las Autoridades a quienes corresponda por Ley; pero se exceptúa el caso del delito in fraganti. Se continúa prohibiendo la detención por más de tres días por las Autoridades políticas, sin ser entregado el sujeto a la Judicial, la que antes de diez días deberá proveer auto motivado de prisión.

En el Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, de 25 de agosto de 1842, el artículo 7º declara a todos los habitantes el goce perpetuo de los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad; no pudiendo ser aprehendidos,

detenidos ni presos sino previo mandato escrito de Juez competente. Las Autoridades podían mandar aprehender sospechosos y detenerlos por veinticuatro horas, al final de las cuales deberían ponerlos a disposición de su propio Juez. Y sólo en los casos literalmente prevenidos en las Leyes se podía catear la casa de un individuo por su propio Juez en persona; prohibición que incluía el registro de papeles en supuestos de delitos y con prueba semiplena.

El artículo 5º del Voto Particular de la Minoría de la Comisión Constituyente, de 26 de agosto de 1842, se otorgaban al hombre las garantías de seguridad contra aprehensiones, fuera del caso de delito in fraganti, y con la condición de ponerlo a disposición de la Autoridad Judicial; igualmente se prohibía el cateo sin orden de Juez competente y con información de prueba semiplena.

En el Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, de 2 de noviembre de 1842, se vuelven a considerar estas garantías en los artículos 13, fracciones XII y XIII, otro tanto acontece en el artículo 9 de las Bases Orgánicas de la República Mexicana, acordadas por la Honorable Junta Legislativa establecida conforme a los Decretos de 19 y 23 de diciembre de 1842, y sancionadas por el Supremo Gobierno Provisional el 12 de junio de 1843.

Los artículos 40, 41, 42 Y 43 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, de 15 de mayo de 1856, vuelven a reiterar las garantías contra aprehensiones, salvo delito in fraganti. Y en el Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, presentado al Congreso Constituyente el 16 de junio de 1856, el artículo 5º se refiere a la materia en extenso, incluyendo familias, domicilio, papeles y posesiones, exámenes o cateos, embargos o secuestros si no estaban prefijados por las Leyes y mandados por escrito, menos en caso de delito in fraganti. Por su parte, el artículo 16 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada el 5 de febrero de 1857, determinó:

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la Autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la Autoridad inmediata.

Aunque no forme parte de la tradición jurídica nacional, el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, dado en Chapultepec el 10 de abril de 1865, contiene provisiones sobre la materia en sus artículos 60, 61 y 63. Cabe hacer notar que entre las excepciones de estas garantías, se contenía la siguiente: "Pero si la aprehensión se hiciere por delitos contra el Estado, o que perturben el orden público, la Autoridad administrativa podrá prolongar la detención hasta dar cuenta al Comisario Imperial o al Ministro de Gobernación, para que determinen lo que convenga". (artículo 61, segundo párrafo).

Como unos de los últimos antecedentes del precepto vigente, se mencionan también los artículos 16 y 27 del mensaje y proyecto de la Constitución de Venustiano Carranza, fechados en Queretaro el 1º de diciembre de 1916. Sin embargo, en la sesión del 15 de Julio de 1856, al discutirse los proyectos de artículos 5 y 27 que correspondieron al 16, se consideraron los únicos argumentos de cierta trascendencia para la comprensión del precepto en ambas Constituciones.

1.2 EVOLUCION HISTORICA DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.

A través de la historia de nuestro país han habido cambios políticos, que desde luego han influido en el perfeccionamiento de las Leyes, tratando siempre de lograr mayor protección del gobernado por medio de las garantías individuales tanto de legalidad, de seguridad, de propiedad y de libertad.

La protección de libertad física consagrada en el artículo 16 de nuestra Carta Magna reconoce los siguientes antecedentes legislativos según lo señala el maestro Zamora Pierce:

"PRIMER ANTECEDENTE. Artículo 287 y 292 de la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz de 19 de marzo de 1812.

Artículo 287. Ningún Español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la Ley ser castigado con pena corporal, y así mismo un mandamiento del Juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión.

Artículo 292. En fraganti todo delincuente puede ser arrestado y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del Juez: presentado o puesto en custodia, se procederá en todo como se previene en los artículos precedentes.

SEGUNDO ANTECEDENTE. Artículo 28 y 166 del Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814:

Artículo 28: Son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un Ciudadano sin las formalidades de la Ley.

Artículo 166. No podrá el Supremo Gobierno: Arrestar a ningún Ciudadano en ningún caso más de cuarenta y ocho horas, dentro de cuyo término deberá remitir al detenido al Tribunal competente con lo que se hubiere actuado.

TERCER ANTECEDENTE. Artículo 11, 72 y 73 del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, suscrito en la Ciudad de México, el 18 de diciembre de 1822:

Artículo 11. La libertad personal es igualmente respetada. Nadie puede ser preso ni arrestado, sino conforme a lo establecido por la Ley anterior, o en los casos señalados en este reglamento.

Artículo 72. Ningún Mexicano podrá ser preso por queja de otro, sino cuando el delito merezca pena corporal y conste en el mismo acto, o el quejoso se obligue a probarlo dentro de seis días, y en defecto a satisfacer al arrestado los atrasos y perjuicios que se sigan de aquella providencia.

Artículo 73. En caso de denuncia, que el que la diere no se ofrezca a probar, el Juez pensando atentamente las circunstancias de aquél y del denunciado, la gravedad y trascendencia del delito, y el fundamento de la denuncia, formará proceso instructivo, si de éste resulta semiplena prueba o vehemente sospecha, procederá al arresto; así como si obrando de oficio teme fundadamente que se fugue el presente reo antes de averiguar el hecho. En fraganti todo delincuente debe ser preso y todos pueden arrestarle conduciéndole a la presencia del Juez.

CUARTO ANTECEDENTE. Artículos 112, fracción II y 150 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada por el congreso General Constituyente el 4 de octubre de 1824.

Artículo 112. Las restricciones de las facultades del Presidente (de la República), son las siguientes:

II.- No podrá el Presidente privar a ninguno de su libertad, ni imponerle pena alguna: pero cuando lo exija el bien y seguridad de la Federación podrá arrestar, debiendo poner las personas arrestadas, en el término de cuarenta y ocho horas, a disposición del Tribunal o Juez competente.

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

·QUINTO ANTECEDENTE. Artículo 2º, fracciones I y II, de la Primera; 18. fracción II de la Cuarta; 41, 42, 43, fracciones I y II, y 44 de la Quinta, de las Leyes Constitucionales de la República Mexicana, suscritas en la Ciudad de México el 29 de diciembre de 1836:

Artículo 2º son derecho del Mexicano:

I.- No podrá ser preso sino por mandamiento de Juez competente dado por escrito y firmado, ni aprehendido sino por disposición de las Autoridades a quienes corresponda según la Ley. Exceptúase el caso de delito infraganti, en el que cualquiera puede ser aprehendido, y cualquiera puede aprehenderlo, presentándole desde luego a su Juez o a otra Autoridad Pública.

II.- No poder ser detenido más de tres días por Autoridad ninguna política, sin ser entregado al fin de ellos, con los datos para su detención, a la Autoridad Judicial, ni por ésta de diez días sin proveer auto motivado de prisión. Ambas Autoridades serán responsables del abuso que hagan de los referidos términos.

Artículo 18. No puede el Presidente de la República:

II.- Privar a nadie de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna; pero, cuando lo exijan el bien o la seguridad pública, podrá arrestar a los que le fueren sospechosos, debiendo ponerlos a disposición del Tribunal o Juez competente a los tres días o más tardar.

Artículo 41. El mandamiento escrito y firmado del Juez, que debe preceder a la prisión, según el párrafo I, artículo 2º de la primera Ley Constitucional, se hará saber en el acto al interesado; éste y todos deberán obedecer, cumplir y auxiliar estos mandamientos, y cualquiera resistencia o arbitrio, para embarazarlos o eludirlos, son delitos graves, que deberán castigarse según las circunstancias.

·QUINTO ANTECEDENTE. Artículo 2º, fracciones I y II, de la Primera; 18, fracción II de la Cuarta; 41, 42, 43, fracciones I y II, y 44 de la Quinta, de las Leyes Constitucionales de la República Mexicana, suscritas en la Ciudad de México el 29 de diciembre de 1836:

Artículo 2º son derecho del Mexicano:

I.- No podrá ser preso sino por mandamiento de Juez competente dado por escrito y firmado, ni aprehendido sino por disposición de las Autoridades a quienes corresponda según la Ley. Exceptúase el caso de delito infraganti, en el que cualquiera puede ser aprehendido, y cualquiera puede aprehenderlo, presentándole desde luego a su Juez o a otra Autoridad Pública.

II.- No poder ser detenido más de tres días por Autoridad ninguna política, sin ser entregado al fin de ellos, con los datos para su detención, a la Autoridad Judicial, ni por ésta de diez días sin proveer auto motivado de prisión. Ambas Autoridades serán responsables del abuso que hagan de los referidos términos.

Artículo 18. No puede el Presidente de la República:

II.- Privar a nadie de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna; pero, cuando lo exijan el bien o la seguridad pública, podrá arrestar a los que le fueren sospechosos, debiendo ponerlos a disposición del Tribunal o Juez competente a los tres días o más tardar.

Artículo 41. El mandamiento escrito y firmado del Juez, que debe preceder a la prisión, según el párrafo I, artículo 2º de la primera Ley Constitucional, se hará saber en el acto al interesado; éste y todos deberán obedecer, cumplir y auxillar estos mandamientos, y cualquiera resistencia o arbitrio, para embarazarlos o eludirlos, son delitos graves, que deberán castigarse según las circunstancias.

Artículo 42. En caso de resistencia o de temor fundado de fuga podrá usarse de la fuerza.

Artículo 43. Para proceder a la prisión se requiere:

I.- Que proceda información sumaria de que resulte haber sucedido un hecho que merezca, según las Leyes, ser castigado con pena corporal.

II.- Que resulte también algún motivo o indicio suficiente para creer que tal persona ha cometido el hecho criminal.

Artículo 44. Para proceder a la simple detención basta alguna presunción legal o sospechosa fundada, que incline al Juez contra persona y por delito determinado. Una Ley fijará las penas necesarias para reprimir la arbitrariedad de los Jueces en materia.

SEXTO ANTECEDENTE. Artículo 9º, fracciones I, II, y III, del Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1836, fechado en la Ciudad de México el 30 de junio de 1840:

Son derechos del Mexicano:

II.- Que nadie lo pueda aprehender ni detenerlo sino por disposición de las Autoridades facultadas expresamente por la Ley, y en virtud de indicios a los menos, por los cuales se presume, que ha cometido, o intentaba cometer algún delito, sólo en el caso de que las circunstancias no den tiempo para ocurrir a las Autoridades, cualquier individuo podrá aprehender al delincuente, con tal que acto continuo lo presente a cualquiera de ellas, expresando los motivos, que lo hayan obligado al procedimiento.

II.- Que no pueda ser llevado a la cárcel o a otro lugar de prisión, ni mantenerse en ella fuera de los términos que se expresará adelante, sin que se expida al efecto mandamiento por escrito, firmado de la

Autoridad respectiva o se provea auto formal motivado y se dé copia de uno y otro tanto al interesado, como al alcalde o custodio de la prisión. Estos no recibirán en ella ningún reo sin ese requisito.

III.- Que no pueda ser detenido más de tres días por ninguna Autoridad Política, sin ser entregado al fin de ellos con los datos que hayan dado margen al procedimiento, a la Autoridad Judicial, ni por ésta más de ocho días, sin proveer auto motivado de prisión.

SEPTIMO ANTECEDENTE. Artículo 7º, fracciones VI, VII y IX del Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México el 25 de agosto de 1842.

VI.- Ninguno puede ser aprehendido, detenido ni preso, sino por previo mandato o acto escrito de Juez competente de su propio fuero; ni juzgada o sentenciado por otro; ni custodiado fuera de la residencia del que debe juzgarlo; ni preso en otro edificio que el que le señalare su Juez, conservándose en aquél a su absoluta disposición.

VII.- Ninguno será aprehendido, sino cuando contre él o bien indicios por los cuales se presume ser el reo de un delito que se ha cometido; no será detenido más de tres días, a menos que subsistan las presunciones que dieron causa a su detención; ni más de ocho, sin que se provea el auto motivado de su prisión.

IX.- Las Autoridades Políticas pueden mandar aprehender a los sospechosos y detenerlos por veinticuatro horas; más al fin de ellas deben ponerlos a disposición de su propio Juez con los datos para su detención. En cuanto a la imposición de las penas no pueden decretar otras que las pecuniarias o de reclusión, que en su caso establezca las Leyes.

OCTAVO ANTECEDENTE. Artículo 5º, fracciones VI y VII del voto Particular de la Minoría de la Comisión Constituyente de 1842, fechado en la Ciudad de México el 26 de agosto del mismo año:

La Constitución otorga a los derechos del hombre, las siguientes garantías:

Seguridad VI. Toda aprehensión debe verificarse por los funcionarios a quienes la Ley cometa esta facultad, en virtud de indicios de que se ha cometido determinado delito de que sea responsable el aprehendido, y previa orden escrita de la Autoridad Judicial de su propio fuero o de la Política respectiva. Exceptúase el caso de delito infraganti, en que cualquiera puede ser aprehendido y cualquiera aprehenderlo, presentándolo inmediatamente a su propio Juez o a otra Autoridad Pública.

VII.- El aprehendido no podrá ser detenido más de ocho días por la Autoridad Judicial sin proveer el auto de prisión, ni más de veinticuatro horas por la Política, la cual lo entregará al fin de ellas a su Juez con los datos que tuviere.

NOVENO ANTECEDENTE. Artículo 13, fracción XII del Segundo Proyecto de constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México el 2 de noviembre de 1842.

La Constitución reconoce en todos los hombre los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, otorgándoles en consecuencia, las siguientes garantías:

Seguridad. XII Ninguno será aprehendido, sino por los Agentes o personas que la Ley establezca y en virtud de orden escrita del Juez de su propio fuero, o de la Autoridad Política respectiva y cuando contra el obren indicios por los cuales se presuma ser reo de un determinado delito más de ocho días por la Autoridad Judicial, sin proveer el auto de prisión, ni más de veinticuatro horas por la política, la cual lo entregará dentro de ellas a su Juez con los datos que tuviere.

DECIMO ANTECEDENTE. Artículo 9º, fracciones VI y VII de las bases Orgánicas de la República Mexicana, acordadas por la Honorable junta

Legislativa establecida conforme a los Decretos de 19 y 23 de diciembre de 1842, sancionadas por el Supremo Gobierno Provisional con arreglo a los mismos decretos el día 12 de junio de 1843 y publicadas por Bando Nacional el día 14 del mismo:

Derechos de los habitantes de la República:

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

VII.- Ninguno será detenido más de tres días por la Autoridad Política sin ser entregado con los datos correspondientes al Juez de su fuero, ni éste lo tendrá en su poder más de cinco sin declararlo bien preso. Si el mismo Juez hubiere verificado la aprehensión o hubiere recibido al reo antes de cumplirse tres días de su detención, dentro de aquel término se dará el auto de bien preso, de modo que no resulte detenido más de ocho. El simple lapso de estos términos hace arbitraria la detención, y responsable a la Autoridad que la cometa, y a la superior que deje sin castigo el delito.

DECIMO PRIMERO ANTECEDENTE. Artículo 40 al 43 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, dado en el Palacio Nacional de México el 15 de mayo de 1856:

Artículo 40. Ninguno será aprehendido sino por los agentes que la Ley establezca, o por las personas comisionadas al efecto, y en virtud de orden escrita del Juez de su propio fuero o de la Autoridad Política respectiva, y cuando contra él obren indicios por los cuales se presuma ser reo de determinado delito que se haya cometido.

Artículo 41. El delincuente in fraganti, el reo que se fuga de la cárcel o del lugar en que ha cometido el delito, y el reo ausente que sea llamado por pregones públicos, pueden ser aprehendidos por cualquier particular, quien en el acto los presentará a la Autoridad Política.

Artículo 42. La Autoridad Judicial puede librar órdenes para la aprehensión de reos de otro fuero, siempre que aparezca como cómplices de algún delito de su conocimiento, poniendo al detenido, dentro de cuarenta y ocho horas, a disposición del Juez competente.

Artículo 43. La Autoridad Política deberá poner los detenidos a disposición del Juez de la causa dentro de sesenta horas. Pasadas éstas, el Juez podrá reclamar la entrega del detenido y de los datos que obren contra él, y si no los recibiere dentro de veinticuatro horas después de pedidos, dará la orden de la libertad de aquél; la cual será obedecida por el encargado de la custodia del supuesto reo, sin oponer pretexto alguno, a no ser que antes haya recibido orden de dejar al reo a disposición de algun Juez.

DECIMO SEGUNDO ANTECEDENTE. Artículo 5º y 27 del proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México el 16 de junio de 1856:

Artículo 5º. Todos los habitantes de la República, así en sus personas y familias, como en su domicilio, papeles y posesiones, están a cubierto de todo atropellamiento, examen o cateo, embargo o secuestro de cualquier persona o cosa, excepto en los casos preñados por las Leyes y con la indispensable condición de que se proceda racionalmente y de que la Autoridad competente exprese en su mandato escrito la causa probable del procedimiento, sostenida por la afirmación al menos de un testigo, señale y describa el lugar que debe ser registrado o la cosa o persona que debe ser secuestrada. En el caso de delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a

sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la Autoridad inmediata.

Artículo 27. A todo procedimiento del orden criminal debe preceder querrela o acusación de la parte ofendida, o instancia del Ministerio Público que sostenga los derechos de la sociedad.

DECIMO TERCER ANTECEDENTE. Artículo 16. De la Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857.

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandato escrito de la Autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito infraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la Autoridad inmediata.

DECIMO CUARTO ANTECEDENTE. Artículo 60 y 61 del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, dado en el Palacio de Chapultepec el 10 de abril de 1865;

Artículo 60. Ninguno será detenido sino por mandato de Autoridad competente, dado por escrito y firmado, y sólo cuando obren contra él indicios suficientes para presumirle autor de un delito. Se exceptúa el caso de delito in fraganti, en que cualquiera puede aprehender al reo para conducirlo a la presencia judicial o de la Autoridad competente.

Artículo 61. Si la Autoridad administrativa hiciese la aprehensión, deberá poner dentro del tercer día al presunto reo a disposición de la que deba juzgarle, acompañando los datos correspondientes; y si el Juez encontrare mérito para declararlo bien preso, lo hará a más tardar dentro de cinco días; siendo caso de responsabilidad, la detención que pase de estos términos.

Pero si la aprehensión se hiciera por delitos contra el Estado, o que perturben el orden público, la Autoridad administrativa podrá prolongar la detención hasta dar cuenta al Comisario Imperial o al Ministro de Gobernación, para que determine lo que convenga.

DECIMO QUINTO ANTECEDENTE. Mensaje y Proyecto de la Constitución de Venustiano Carranza, fechadas en la Ciudad de Querétaro el 1º de diciembre de 1916;

Artículo 16 del Proyecto. No podrán librarse órdenes de arresto contra una persona, sino por la Autoridad Judicial y siempre que se haya presentado acusación en su contra por un hecho determinado que la Ley castigue con pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal, y que esté, además, apoyada por declaración bajo protesta de persona digna de fe, o por otros datos que hagan probable su responsabilidad, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la Autoridad inmediata.

Solamente en casos urgentes podrá la Autoridad administrativa decretar, bajo su más estrecha responsabilidad, la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la Autoridad Judicial.

DECIMO SEXTO ANTECEDENTE. Texto original del artículo 16 de la Constitución de 1917:

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 ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la Autoridad Judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la Ley castigue con pena corporal y sin que estén apoyadas aquellas por

declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos flagrante delito en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a la disposición de la Autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna Autoridad Judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la Autoridad Administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la Autoridad Judicial".¹⁴

1.3.- REFORMA DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL DE FECHA 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993.

La Reforma Constitucional, sustitutiva y adjetiva penal es sin duda un notable esfuerzo para el fortalecimiento de las garantías individuales de Libertad, legalidad y seguridad jurídica para los Gobernados, tratándose de una contribución esencial que dota a las Autoridades de herramientas para el desempeño de sus funciones, sin menoscabo de los derechos fundamentales tutelados por el Estado Mexicano.

En la Reforma publicada el 3 de Septiembre de 1993 en el Diario Oficial de la Federación en la que se declaran reformados los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se dejó entrever el deseo del Legislador del fortalecimiento de las garantías individuales de libertad, legalidad y seguridad jurídica para todos los individuos que habitan el territorio nacional; mejorar la técnica legislativa, otorgar mayor claridad en sus textos en materia penal; lograr una mayor agilidad en los procedimientos; respetar los derechos humanos de aquellas personas sujetas a procedimiento y en síntesis, no conculcar la defensa de la vida, de la libertad y del patrimonio, que son los más elevados valores que se deben salvaguardar.

¹⁴ Zamora Pierce Jesús, *Garantías y proceso penal*, pag. 5-12

Así, en el artículo 16 Constitucional reformado se establece en su párrafo primero "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".

En el párrafo segundo se indica:

"No podrá librarse orden de aprehensión sino por la Autoridad Judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la Ley señale como delicto, 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".

Con base a esta reforma creemos conveniente exponer los siguientes argumentos:

a).- Resulta relevante la supresión de la palabra "DETENCION" y ello obedece a que se reserva la orden de aprehensión como facultad exclusiva de la Autoridad Judicial, en tanto que la "DETENCION" corresponde al Ministerio Público, previa satisfacción de los requisitos que la propia Ley le señale.

b).- Es acertada la sustitución del término pena corporal, por el de "cuando menos pena privativa de libertad", porque con ello se evita la confusión respecto de las penas señaladas en el artículo 22 Constitucional.

c).- Se establece como requisito para el dictado de la orden de aprehensión la existencia de datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del Indiciado. Tales requisitos consisten en acreditar mediante la existencia de datos (éstos como sinónimo de prueba), los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, en el entendido que para cumplirse con

lo que establece la primera parte del artículo 16 Constitucional, se requiere de la motivación necesaria, la cual se satisface mediante la precisión de las circunstancias del lugar, tiempo ejecución del hecho delictuoso, para garantizar la defensa del indiciado, requisito necesario que debe contener todo acto de molestia de Autoridad.

De lo anterior se desprende como garantía para el Gobernado, que la orden de aprehensión debe satisfacer los mismos requisitos que exige el auto de formal prisión, conforme al actual artículo 19 de la Constitución Federal, lo cual constituye una seguridad Jurídica, puesto que desde el momento en que se ordena la privación de su libertad por mandamiento de captura, ya existe una clasificación del delito que se le atribuye, con la cual el indiciado está en aptitud de defenderse adecuadamente, esto es sin perjuicio de que el momento de que se resuelva su situación jurídica se precise en definitiva el delito por el cual se seguirá el proceso.

Continuando con la reforma del artículo 16 Constitucional en sus párrafos tercero, cuarto y quinto, quedaron de la siguiente manera:

"La Autoridad que ejecuta una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionado por la Ley Penal".

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

"Sólo en casos urgentes cuando se trate de delito grave así calificado por la Ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la Justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la Autoridad Judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad,

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

Con base a lo anterior se impone realizar las siguientes consideraciones:

1.- Se adiciona al artículo 16 Constitucional lo previsto antes de la Reforma en el tercero y cuanto párrafos de la fracción XVIII del artículo 107 Constitucional que se derogan, y se sustituye el término de veinticuatro horas por la expresión "sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad".

2.- Respecto de la privación de la libertad de una persona, se prevén tres hipótesis:

a).- El cumplimiento de una orden Judicial de aprehensión, en cuyo caso se deberá poner al inculpado a disposición del Juez sin dilación alguna. La contravención a dicha obligación se sanciona por la Ley Penal.

b).- La detención en casos de delito cuya comisión sea flagrante, en las que cualquier persona puede detener al indiciado, pero que deberá ponerlo sin demora a disposición de la Autoridad Inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público, quien no podrá retener al indiciado por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la Autoridad Judicial; con la posibilidad de duplicar dicho término en aquellos casos que la Ley prevé como delincuencia organizada.

c).- La detención que podrá ordenar el Ministerio Público, bajo su responsabilidad, en la que deberá fundar y expresar los indicios que motiven su proceder, la cual sólo podrá librarse en casos urgentes cuando se trate de "delito grave" así calificado por la Ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda ocurrir ante la Autoridad Judicial por razón de la hora lugar o circunstancia.

3.- En cuanto al requisito consistente en que no se pueda ocurrir ante la Autoridad Judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, en lo tocante a los Tribunales Federales, esta hipótesis difícilmente se actualizaría, pues siempre se encuentra un juzgado de Distrito en turno.

El párrafo sexto del artículo 16 Constitucional reformado quedo de la siguiente forma:

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

De lo anterior obtenemos:

a).- Se concluye que para poder ratificar la detención de un indiciado, cuando se consigna la averiguación con detenido, el Juez debe analizar si efectivamente éste fue privado de su libertad en flagrante delito, al efecto, deberá examinar las constancias de autos para determinar la legalidad de la privación de la libertad, como un medio de control de legalidad, para que la violación, en caso de existir, no quede consumada irreparablemente, lo mismo acontece respecto de la detención ordenada por el Ministerio Público en caso de urgencia, en cuya hipótesis, para ratificarse la detención del indiciado, se debe analizar si se cumplieran con los requisitos que establece el quinto párrafo del artículo 16 Constitucional, ósea si se justificó que se está en presencia de la hipótesis de delito grave así definido por la Ley y ante el riesgo fundado de que indiciado se pudiera sustraer de la acción de la justicia, también se deberá examinar cuál fue la causa por lo que el Ministerio Público no pudo ocurrir ante la Autoridad Judicial o pedirle su intervención para el libramiento de una orden de aprehensión, además como todo mandamiento de Autoridad se examinará si se fundaron y motivaron las causas que generaron el proceder del órgano de investigación. Así las cosas, al ratificarse la detención, con anterioridad a la Reforma Constitucional, el Juez verificaba que no hubiera operado la prescripción de la acción

persecutoria o que el delito no estuviera sancionado con pena alternativa, actualmente además se debe cerciorar y examinar si se justifica la privación de la libertad del indiciado por orden del Ministerio Público o si fue sorprendido en flagrancia en el delito. La calificación de la detención, que habrá de hacerse al momento de la radicación de la causa, no incluye consideraciones relativas a la comprobación de los elementos del tipo penal ni a la probable responsabilidad.

Finalmente el párrafo septimo del artículo 16 reformado de nuestro Código Político dice:

"Ningún indiciado podrá ser retenido por Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que 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 la anteriormente dispuesta será sancionada por la Ley Penal".

Ahora bien, de lo antes transcrito observamos:

Se deja establecido que en el reformado artículo 16 Constitucional, permanece en esencia, la disposición ya consignada desde el constituyente de 1917 de que por regla general la Autoridad Judicial es la única facultada para ordenar la aprehensión de una persona y por excepción el Ministerio Público podrá disponer de la detención. Con anterioridad solamente en caso urgente, cuando no hubiere en el lugar Autoridad Judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, la Autoridad administrativa bajo su más estricta responsabilidad podía ordenar la detención de un acusado, en cambio ahora sólo el Ministerio Público podrá ordenarla, pero no en cualquier caso, sino cuando sea vigente y no por los delitos que se persiguen de oficio, sino por ilícitos graves así calificados por la Ley., otro requisito es que haya riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la Justicia, además que exista imposibilidad para que el Ministerio Público pueda ocurrir ante la Autoridad Judicial por razón de

la hora, lugar o circunstancia, la cual implica, en primer término, que no halla en el sitio donde se requiera el Juez que pueda emitir un mandato de captura., en segundo lugar que por razón de la hora no se pueda localizar y finalmente cuando la Reforma Constitucional se refiere o circunstancia debe interpretarse como la imposibilidad de consignar la averiguación al Juez por causa de fuerza mayor, pues en realidad lo que se pretende con la Reforma es proteger debidamente los derechos del Gobernado y evitar detenciones arbitrarias y prolongadas con fines meramente investigatorios, estableciéndose en forma clara el plazo que dispone el Ministerio Público para retener a un indiciado en caso de privación de su libertad por flagrancia o urgencia.

Finalmente por lo que hace a los párrafos octavo al décimo primero del artículo 16 Constitucional, nos abstenemos de realizar alguna consideración en virtud de que los mismos no sufrieron modificación alguna por motivo de la reforma a dicho precepto Constitucional en fecha 3 de Septiembre de 1993 permaneciendo intocados.

CAPITULO SEGUNDO

PROCEDIMIENTO PARA OBSEQUIAR UNA ORDEN DE APREHENSION.

2.1.- CONCEPTO DE HECHO

La norma Jurídico penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta humana que pretende regular. Para ello tiene que partir de la conducta humana tal como aparece en la realidad. De toda la gama de comportamientos humanos que se dan en la realidad, la norma seleccionada una parte que valora negativamente y conmina con una pena. Es pues la conducta humana el punto de partida de toda reacción jurídico-penal y el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), que convierte esa conducta humana en delito.

Frecuentemente suelen emplearse las palabras "acto", "hecho", "acción", o "actividad", para hacer referencia a la conducta como primer elemento del delito; así el artículo 7o. del Código de Penal emplea la palabra "acto" u " omisión", en la fracción I y VII del artículo 15 del mismo Código Punitivo usa la expresión "hecho"; por su parte el párrafo segundo del artículo 16 Constitucional hace referencia a "hecho". Resultando evidente que para la Ley no existe diferencia alguna entre las palabras "acto", "acción" y "hecho" y se emplean dichas palabras indistintamente.

Por su parte el autor Hans Welzel prefiere la expresión "acción", al señalar "toda la vida comunitaria del hombre se estructura, para bien o para mal, sobre la actividad final del hombre. Esto presupone que los miembros de la sociedad pueden actuar conscientes del fin, es decir proponerse fines, elegir los medios requeridos para su obtención y ponerlos en movimiento con consciencia del fin. Esta actividad final se llama "acción". Se diferencia del simple suceso de la naturaleza en

cuanto éste no es dirigido conscientemente desde el fin a alcanzar, sino que transcurre ya sea causalmente ciego o bien -como sucede considerablemente en la naturaleza orgánica, en especial en el mundo animal- adecuado ciertamente al fin, pero sin consciencia del fin "instintivamente". Precisamente la capacidad de la voluntad humana de proponerse cualquier fin y, sobre la base de su saber causal, poder realizar estos fines de acuerdo a un plan, posibilitan al hombre la peculiaridad específica, la plenitud y la vastedad de su existencia histórica, de su cultura y su civilización".¹

Se llama "acción", afirma Francisco Muñoz Conde, "todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final una acción dirigida a la consecución de un fin".²

Para el maestro Celestino Porte Petit prefiere el vocablo "conducta o hecho humano" al indicar " que no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho, elementos material del delito, según la descripción del tipo, dando lugar este punto de vista a la clasificación de los delitos de mera conducta y de resultado material. Nadie puede negar que al delito lo integran una conducta o un hecho humanos. Y dentro de la prelación lógica, ocupan el primer lugar, lo que les da una relevancia especial dentro de la teoría del mismo"³

Para el jurista Francisco Pavón Vasconcelos al referirse al primer elemento del delito estima más adecuado usar el vocablo "hecho" al manifestar "nosotros plenamente convencidos de la intranscendencia

¹ Welzel Hans, *Derecho Penal Alemán*, pág. 50, 51

² Muñoz Conde Francisco, *Derecho Penal Parte General*, pág. 201

³ Porte Petit Candauap Celestino, *Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal*, pág. 229

de las objeciones formuladas al término hecho, preferimos esta denominación genérica, admitiendo que en ocasiones, debe hablarse de conducta, con referencia a aquellos delitos en los cuales no existe, con concreción al tipo, la producción de un resultado de carácter material. Por esta razón estimamos acertada la opinión de Porte Pelit cuando pretende que los términos adecuados son conducta o hecho según la hipótesis que se presente; se hablará de conducta o hecho según la hipótesis que se presente y se hablará de conducta cuando el tipo no requiera sino una mera actividad del sujeto y de hecho cuando el propio tipo exija no sólo una conducta sino además un resultado de carácter material que sea consecuencia de aquella".⁴

Jimenez de Asúa prefiere la expresión "acto", "considerando conveniente no hablar de hecho en virtud de resultar éste demasiado genérico ya que , como Binding señaló; con esta palabra se designa todo acontecimiento, nazca de la mano o de la mente del hombre o acaesca por caso fortuito, mientras que por "acción" se entiende voluntades jurídicamente significativos".⁵

De nuestra parte preferimos la expresión "conducta" por ser un término más adecuado para recoger en su contenido conceptual las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior, es decir, las formas en que el hombre manifiesta externamente su voluntad, esto es, tanto las formas positivas que exigen actividad muscular, como aquellas otras que implican inactividad, inercia o inacción; así también por reflejar mejor el sentido finalista que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre para poder llegar a afirmar que integran un comportamiento humano.

Un comportamiento humano es trascendente para el derecho penal en cuanto se plasma en una conducta que deja una producción

⁴ Pavón Vasconcelos Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, pág. 178.

⁵ Citado por Pavón Vasconcelos Francisco, *ob. cit.* pág. 177.

en el mundo exterior. Por lo tanto no son conductas relevantes para el derecho penal los actos que se desenvuelven en el ámbito de la conciencia, sean pensamientos, deseos o los propósitos más delesnables. El delito es siempre un acontecimiento que se realiza en el mundo exterior; el acto psíquico que no se traduce en un comportamiento externo no es jamás punible. El derecho penal se ocupa solamente de las manifestaciones de la voluntad criminal; no de la voluntad delictiva en cuanto tal. Conducta penalística no es, por tanto cualquier comportamiento humano, sino sólo aquel que se manifiesta exteriormente.

La conducta humana asume dos diversas formas, puede consistir en un hacer y en un no hacer. En el primero de los casos se tiene la acción positiva o acción en sentido estricto, en el segundo la acción negativa o inactividad. Las formas positivas y negativas de manifestar la conducta integran su contenido conceptual de modo diverso, unas veces con una simple actividad o inactividad, otras en cambio, requieren, además de una actividad o inactividad, un resultado externo. Pero cualquiera que fuere su forma de manifestación o integración, es siempre la conducta una manifestación de la voluntad dirigida a un fin.

Por lo tanto tres elementos son esenciales para su existencia: uno interno - voluntad -, otro externo - manifestación, y otro finalístico - meta que guía a la voluntad; estos tres elementos forman un todo conceptual: la conducta.

2.2 CONCEPTO DE DELITO.

Conforme a lo que hoy plantea la dogmática, el delito es una conducta típica (acción u omisión), antijurídica y culpable. Sus elementos son entonces la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Se trata de una definición tripartita del delito: la tipicidad, adecuación de una conducta con la descripción que de ella hace un tipo legal; la antijuricidad, la contravención de esa conducta típica con todo el

ordenamiento jurídico y, la culpabilidad, el reproche porque el sujeto pudo actuar de otro modo, es decir, conforme al orden jurídico. Este modelo ha sido fruto de una larga discusión doctrinal, en la cual ha sufrido múltiples variaciones y diferentes readecuaciones.

"El concepto clásico del delito, que dominó en Alemania desde fines del pasado siglo, se caracterizó por una estructura sencilla, clara y, también, didácticamente ventajosa. La base de este sistema fue el concepto de acción, concebido todavía por Belig y V. Liszt en términos totalmente naturalísticos, como movimiento corporal (acción - en sentido estricto) y modificación del mundo exterior (resultado), unidos ambos extremos por el vínculo de la causalidad. Las insuficiencias de esta perspectiva anclada en lo externo se manifestaron en la omisión, que en el derecho penal debe incluirse en el concepto de acción junto al hacer positivo, pero que, evidentemente, no constituye movimiento corporal alguno, sino todo lo contrario. V. Liszt fue el primero en descubrir que la esencia de la omisión no reside en una forma de comportamiento corporal, sino en el terreno del espíritu, en el sentido social del suceder y, en concreto, en el hecho de que el ordenamiento jurídico espera una determinada acción. Pero con ello se habían abandonado ya las bases del concepto naturalístico de acción".⁶

Afirmada la presencia, de una acción, debía comprobarse a continuación si concurrían también los predicados de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Se distinguió entonces de forma tajante entre componentes objetivos y subjetivos. La parte objetiva del hecho debía reflejarse en los elementos de tipicidad y antijuricidad, en tanto que la parte subjetiva correspondía al elemento de culpabilidad. El tipo se entendió como descripción puramente externa de la acción, desprovisto de todo predicado de valor.

"El concepto de culpabilidad de la estructura clásica del delito reunía frente a esto, la totalidad de procesos espirituales y síquicos que

⁶ Jescheck Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal Parte General Volumen Primero* pág.274.

en el hecho se desarrollaban en el interior del autor".⁷ A partir de ahí, la imputabilidad se concibió como presupuesto de la culpabilidad, el dolo y la culpa se entendieron como formas o especies de la culpabilidad.

"En la teoría neoclásica del delito, la ciencia Alemana del Derecho Penal alcanzó un punto álgido de su capacidad de rendimiento y vigencia internacional.

La nueva dogmática sometió uno tras otro a un proceso de transformación todos los elementos del concepto clásico de delito".⁸

Empezó por reformar el concepto de acción, que entendido naturalísticamente, era el que en menor medida se pone de acuerdo con un sistema del Derecho Penal referido a valores. El concepto social de acción supone el paso a un momento de evolución posterior, la acción se concibió como fenómeno social en su sentido de actuación en la realidad social.

En el ámbito de la tipicidad tuvieron lugar cambios importantes, la concepción puramente descriptiva y libre de valor del tipo resultó hondamente afectada por el descubrimiento de los elementos normativos, que requieren la atribución de un contenido de valor para alcanza un sentido susceptible de aplicación. El descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo hizo insostenible la concepción del tipo puramente objetiva y únicamente determinada por factores pertenecientes al mundo exterior.

Junto al cambio del concepto del tipo también tuvo lugar una profunda revisión de la teoría de la antijuricidad, que hasta entonces se había contemplado como oposición formal a una norma jurídica, deduciéndose ahora de la finalidad de los preceptos penales que era preciso concebir el injusto de forma material, como dañosidad social. Resultando importante además el giro que sufrió la relación de tipicidad

⁷ *Ibidem.* pág. 275

⁸ *Idem.*

y antijuricidad a raíz del reconocimiento de los elementos normativos del tipo de la concepción material del injusto. El tipo dejó de aparecer como descripción no valorativa de un proceso externo y pasó a ser un instrumento pleno de sentido en manos del legislador que reúne los elementos del injusto característicos del tipo del delito. Como consecuencia de su nuevo cometido, de tipificación del injusto merecedor de la pena, el tipo no se encuentra ya situado al mismo nivel de la antijuricidad, como en el sistema clásico, sino que se limita a su tarea formal de fijación de los elementos de la antijuricidad en la Ley Penal, substituyendo como únicos elementos materiales del delito la antijuricidad y la culpabilidad.

"También la teoría de la culpabilidad sufrió modificaciones en la concepción teleológica del delito. En este aspecto, a Frank se debe el descubrimiento decisivo. Vio la culpabilidad en aquella formación de la voluntad contraria al deber que puede reprocharse al autor: "Un comportamiento puede imputarse a alguien como culpable cuando puede reprocharse haberlo efectuado, (concepto normativo de culpabilidad)".⁹ El dolo y la culpa se conciben como formas de culpabilidad, sin embargo la concepción de dolo como forma de culpabilidad se hizo insostenible tras el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto y el triunfo del concepto normativo de culpabilidad; por su parte la culpa entendida también como forma de culpabilidad, debía determinarse también con independencia su específico contenido de injusto.

El concepto de delito del finalismo elaborado principalmente por Welzel se esforzó por elaborar las estructuras lógico - objetivos previas a toda regulación jurídica y en edificar el derecho sobre la base de la naturaleza de los casos, la estructura de la teoría final de la acción humana se apoya de forma inmediata en observaciones de la moderna psicología sobre el comportamiento de los actos psíquicos.

⁹ *Ibidem* pág.280.

y antijuricidad a raíz del reconocimiento de los elementos normativos del tipo de la concepción material del injusto. El tipo dejó de aparecer como descripción no valorativa de un proceso externo y pasó a ser un instrumento pleno de sentido en manos del legislador que reúne los elementos del injusto característicos del tipo del delito. Como consecuencia de su nuevo cometido, de tipificación del injusto merecedor de la pena, el tipo no se encuentra ya situado al mismo nivel de la antijuricidad, como en el sistema clásico, sino que se limita a su tarea formal de fijación de los elementos de la antijuricidad en la Ley Penal, subsistiendo como únicos elementos materiales del delito la antijuricidad y la culpabilidad.

"También la teoría de la culpabilidad sufrió modificaciones en la concepción teleológica del delito. En este aspecto, a Frank se debe el descubrimiento decisivo. Vio la culpabilidad en aquella formación de la voluntad contraria al deber que puede reprocharse al autor: "Un comportamiento puede imputarse a alguien como culpable cuando puede reprocharse haberlo efectuado, (concepto normativo de culpabilidad)".⁹El dolo y la culpa se conciben como formas de culpabilidad, sin embargo la concepción de dolo como forma de culpabilidad se hizo insostenible tras el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto y el triunfo del concepto normativo de culpabilidad; por su parte la culpa entendida también como forma de culpabilidad, debía determinarse también con independencia su específico contenido de injusto.

El concepto de delito del finalismo elaborado principalmente por Welzel se esforzó por elaborar las estructuras lógico - objetivos previas a toda regulación jurídica y en edificar el derecho sobre la base de la naturaleza de los casos, la estructura de la teoría final de la acción humana se apoya de forma inmediata en observaciones de la moderna psicología sobre el comportamiento de los actos psíquicos.

⁹ *Ibidem* pág.280.

"Desde un principio la nueva doctrina colocó el concepto final de acción en base de la estructura del delito. El actuar humano pertenece, según ello, a una categoría del ser por completo distinta a cualquier otro proceso causal. Es "ejercicio de actividad final". Con ayuda de su conocimiento causal, el hombre es capaz de dominar dentro de ciertos límites el suceder y de conducir su actuar a la consecución de una meta con arreglo a un plan. La conducción final de la acción tiene lugar a través de la anticipación mental de la meta, la elección de los medios necesarios de la acción y la realización de la acción en el mundo real".¹⁰

La finalidad de la acción típica se equipará al dolo en el nuevo sistema del delito, por lo que el dolo pertenece al tipo de la misma forma que los demás elementos subjetivos del injusto.

La subjetización de la antijuricidad que resultó del cambio de situación del dolo, condujo además a la modificación del concepto material de injusto. La doble consideración de la antijuricidad bajo los dos aspectos de voluntad de la acción antijurídica y de lesión del objeto, puso de manifiesto que el injusto no se agota en la dañosidad social del hecho, sino que constituye una ejecución defectuosa socialmente relevante del hombre, un concepto en el que se mezcla la voluntad criminal de la acción y el resultado del hecho.

El concepto de culpabilidad de la estructura de la teoría de la acción final tiene los siguientes requisitos: a).- imputabilidad, que consiste en que el sujeto debe ser mayor de 18 años de edad y no padecer perturbaciones psíquicas, ya que sólo en estas condiciones se considera que tiene la madurez para comprender lo injusto del hecho y de conducirse de acuerdo a ese entendimiento; b).- Conocimiento de la antijuricidad del hecho, con la simple existencia de las normas penales es suficiente para motivar a los Ciudadanos y que conozcan el contenido de los hechos prohibidos con la finalidad de que no infringan esas normas; y c).- La exigibilidad de una conducta diversa, cuando un

¹⁰ *Ibidem* pág. 283 - 284.

sujeto reúne la capacidad de culpabilidad y tuvo la posibilidad de conocer la antijuricidad del hecho se le exige y se espera de él que su comportamiento la realice conforme a derecho ya que los mandamientos normativos es un deber que se debe exigir a todos los Ciudadanos.

De las teorías antes anotadas claramente podemos observar que nuestra legislación penal recoge los postulados de la teoría de la acción final, por lo que nos da una definición tripartita del delito, es decir, lo considera como una conducta típica, antijurídica y culpable, teniendo presente esta guía podemos definir al delito como: "Una conducta positiva o negativa (acción u omisión) del hombre que reproduce la hipótesis abstracta delineada en la Ley Penal (tipicidad), contrario a una norma porque se presenta como una lesión o peligro de lesión, sin causa justa, de un interés jurídicamente tutelado (antijuricidad) y porque ha sido realizado por su autor teniendo la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, conociendo la antijuricidad de su conducta, y exigiéndole una conducta diversa a la realizada (culpabilidad).

2.3 CONCEPTO DE TIPO.

El primer paso para desentrañar lo que debe entenderse por elementos del tipo, consiste en conocer el concepto de tipo penal. El Derecho Penal como conjunto de normas jurídicas penales tiene como fuente única y exclusivamente a la Ley, es decir, al proceso legislativo, lo anterior conforme al artículo 14 Constitucional párrafo tercero que a la letra dice: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito de que se trata"; por su parte el artículo 7o. del Código Penal señala "delito es el acto u omisión que sancionan las Leyes Penales". Ahora bien en toda norma penal vamos a encontrar dos partes, una en la que se describe y prohíbe una conducta y sus circunstancias, cierta clase de eventos antisociales, y por otra donde se conmina o amenaza a quien realiza lo

descrito o prohibido, a la primera se le ha denominado tipo penal, y a la segunda punibilidad.

Así por ejemplo el maestro Castellanos Tena, señala que: "El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales"¹¹

En el mismo sentido el auto López Betancourt refiere: "Que el tipo penal es la descripción hecha por el legislador de una conducta antijurídica, plasmada en una Ley. Se ha considerado al tipo penal como un instrumento legal necesario y de naturaleza descriptiva".¹²

Por su parte el maestro Jimenez de Asúa señala que: "El tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la Ley como delito. Pues hay auténticos tipos de mera descripción objetiva, otros más detallados en el que se dan modalidades de la acción referente al sujeto activo, al pasivo, al objeto y numerosos más en que aparecen elementos normativos y subjetivos de lo injusto".¹³

En este sentido el Magistrado Salvador Avalos Sandoval indica: "Se acepta que la función del tipo de injusto reside en sintetizar las características que fundamentan el contenido típico de una conducta prohibida, ya que de esta manera se determina la materia de prohibición de una conducta en especial, y desde otro punto de vista se confiere la forma y figura de una acción prohibida.

La materia de prohibición se describe exhaustivamente en el tipo, el legislador ha de expresar la totalidad de los elementos que integren el

¹¹ Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho Penal, Parte General* pág. 167.

¹² López Betancourt Eduardo, *Teoría del Delito*, pág. 107.

¹³ Jimenez de Asúa Luis, *Principios de Derecho Penal (La Ley y el delito)*, pág. 235.

contenido del injusto típico de la correspondiente clase de delito, se insiste sólo lo típico, no alcanzando a las causas de justificación".¹⁴

En consecuencia resulta claro que el tipo penal es la descripción legal que de una conducta prohibida hace el legislador y su función consiste en sintetizar las características que fundamentan el contenido típico de una conducta prohibida, ya que de esta manera determina la materia de prohibición de una conducta en especial, pues la materia de prohibición se describe exhaustivamente en el tipo, ya que el legislador debe expresar la totalidad de los elementos que integran el contenido del injusto típico de la correspondiente clase de delito, para mayor seguridad jurídica de los gobernados.

2.4 CONCEPTO DE ORDEN DE APREHENSION.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en sus artículos 14 y 16 las hipótesis en que una persona pueda ser privada de su libertad, señalándose expresamente en el párrafo segundo del artículo 14 Constitucional, que: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho"; por su parte el artículo 16 Constitucional en su párrafo segundo dice: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la Autoridad Judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la Ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado"; en el párrafo cuarto del mencionado artículo 16 Constitucional se señala: " En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniendolo sin demora a disposición de la

¹⁴ Avalos Sandoval Salvador, *Anales de Jurisprudencia Tomo 223 año 6 tercera Epoca*, pág. 195.

Autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público"; finalmente el párrafo quinto del artículo 16 dice: "Sólo en cosas urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la Ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la Justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la Autoridad Judicial que 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". Resulta evidente que la orden de aprehensión es una de las hipótesis en que una persona pueda ser privada de su libertad previa satisfacción de determinados requisitos que señala la Ley, y para mayor seguridad de un gobernado a habido una reforma sustancial al artículo 16 Constitucional de tal manera que actualmente para obsequiar una orden de aprehensión se exigen mayores requisitos, a los que anteriormente señalaba dicho precepto, pues deben acreditarse los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado, lo que de alguna manera exige mayor certeza respecto al hecho por el cual se priva de la libertad a una persona, superandose la ambigüedad del texto anterior que no señalaba con claridad la obligación de probar el hecho penalmente relevante, pues la mención de pruebas se refería sólo al aspecto de la presunta responsabilidad, de lo anterior se desprende como garantía para el gobernado que la orden de aprehensión, debe satisfacer los mismos requisitos que exige el auto de formal prisión conforme al actual artículo 19 de la Constitución Federal, lo que constituye una seguridad jurídica para los gobernados, puesto que desde el momento que se ordena la privación de su libertad por mandamiento de captura ya existe una clasificación del delito que se le atribuye, con lo cual el inculpado está en aptitud de defenderse adecuadamente; pues es evidente que los elementos del tipo penal a los que se refiere la constitución en su artículo 16 párrafo segundo han de ser tanto objetivos, como subjetivos incluyendo los normativos, cuando el tipo penal así lo requiera, y no se pueda por consecuencia girar orden de aprehensión sólo por un hecho determinado que la Ley castigue con pena corporal como anteriormente lo establecía el artículo 16 Constitucional, existiendo ahora también el requisito de que

ese hecho que la Ley señala como delito sea sancionado cuando menos con pena privativa de libertad, siendo acertada la sustitución del término "pena corporal", porque con ello se evita la confusión que existía respecto de las penas previstas por el artículo 22 Constitucional; en consecuencia el Ministerio Público, no deberá solicitar la orden de aprehensión cuando no se encuentren satisfechos los requisitos que la Ley establece para que proceda, y en caso de hacerlo la Autoridad Judicial no está obligada a acordar favorablemente su petición, pues el titular del Órgano Jurisdiccional, debe examinar previamente si las pruebas que arrojó la averiguación previa satisfacen los requisitos del artículo 16 Constitucional y 132 del Código Procesal Penal, en caso contrario deberá negar la orden de captura, mismo estudio que deberá hacer dentro de los cinco días contados a partir de la fecha de la radicación; tratándose de delito grave o delincuencia organizada inmediatamente debe radicarse y dentro de las veinticuatro horas siguientes resolver sobre el pedimento; si de las diligencias practicadas se advierte que se cumple con los requisitos, el auto en que se ordena la aprehensión debe ser entregada al Ministerio Público adscrito al Juzgado que emita la orden de captura para que a su vez lo transmita a la Dirección de Aprehensiones, y por último ser entregada a los Agentes de la Policía Judicial encargada de su cumplimiento mediante la captura del indiciado; en virtud de esa orden se va a privar de su libertad a la persona contra quien se gire, pero será una prisión provisional que puede suspenderse en virtud de la libertad caucional, cuando esta proceda conforme a la Ley y cumpliendo con los requisitos que ella misma establece. Si la privación de la libertad perdura por no alcanzar su libertad provisional, y porque existen elementos suficientes para procesar, el acto de Autoridad que le da origen ya no será la orden de aprehensión, pues la prisión preventiva proviene del auto de formal prisión.

Ahora bien, existen diversas opiniones por los doctrinarios sobre lo que debe entenderse por orden de aprensión, así por ejemplo el maestro Colín Sánchez, refiere que: "Desde el punto de vista procesal es una resolución judicial, en la que con base en el pedimento del

Ministerio Público y satisfechos los requisitos del artículo 16 Constitucional, se ordena la captura de un sujeto determinado para que sea puesto de inmediato a disposición de la Autoridad que lo reclama o requiere, con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye".¹⁵

Por su parte el autor Silva Silva, señala que orden de aprehensión: "Es la providencia cautelar, dispuesta por el Tribunal para que por conducto de un ejecutor sea presentada físicamente una persona, con el fin de lograr los aseguramientos propios, que las medidas privativas de libertad implican (asegurar eventualmente condena, presencia al proceso, impedir destruya pruebas, etc.), en el caso del procesado penal, consiste en hacer a una persona aun contra su voluntad y llevarla ante el Tribunal que lo reclama".¹⁶

Así también en el mismo sentido el maestro García Ramírez, manifiesta que: "La orden de aprehensión es un mandamiento Judicial por medio del cual se dispone la privación de la libertad de una persona, con el propósito de que ésta quede sujeta cautelarmente a un proceso determinado como presunta responsable de la comisión de un delito".¹⁷

De igual forma el jurista Burgoa Orihuela, refiere que la orden de aprehensión: "Tiene como efecto directo la privación de la libertad de un sujeto no derivada de una sentencia judicial, o sea la privación libertaria como un derecho preventivo".¹⁸

Por nuestra parte consideramos que la orden de aprehensión, es un mandamiento judicial por medio del cual se dispone la privación de la libertad de una persona, con base en la solicitud del Ministerio

¹⁵ Colín Sánchez Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, pág. 286.

¹⁶ Silva Silva Jorge Alberto, *ob. cit.* pág. 498.

¹⁷ García Ramírez Sergio, *Curso de Derecho Procesal Penal*, pág. 366.

¹⁸ Burgoa Orihuela Ignacio, *Las Garantías Individuales*, pág. 604.

Público consignador al ejercitar la acción penal, previa satisfacción de los requisitos del artículo 16 Constitucional, con el propósito de que éste quede a disposición en el centro de reclusión (Reclusorios Preventivos) de la Autoridad que obsequio dicha orden como probable responsable de la comisión de un delito, este acto material de captura lo ejecuta la Policía Judicial.

Asimismo es de señalarse que cuando se haya ordenado la captura de una persona que se encuentra fuera de la jurisdicción de la Autoridad que la dicta, no es necesario girar exhorto a los Jueces penales de las entidades Federativas, pues conforme al artículo 119 Constitucional reformado la misma puede realizarse mediante los convenios de colaboración entre las Procuradurías, de esta manera se establece que cada Estado y el Distrito Federal están obligadas sin demora a entregar a los indiciados, procesados o sentenciados así como a practicar el aseguramiento y entrega de objetos, instrumentos o productos del delito.

2.5 REQUISITOS CONSTITUCIONALES PARA DICTAR UNA ORDEN DE APREHENSION.

El acto de la Autoridad Judicial Penal en el que se ordene la aprehensión de un Gobernado para ser válida y produzca efectos jurídicos de acuerdo al artículo 16 de nuestra Constitución Política debe reunir la formalidad de ser por escrito; por consiguiente todo mandamiento u orden que se realice en forma verbal mediante el cual se pretenda privar de su libertad a una persona resulta violatoria de la garantía de seguridad a que hace alusión el artículo antes mencionado.

El dictado de que el mandamiento de toda Autoridad debe ser por escrito va dirigido a todos los órganos del Estado, pues es en el documento donde se expresa la voluntad de dicho órgano, y la orden de aprehensión como todo acto de molestia en la persona debe reunir este requisito Constitucional; pues ello además permitirá saber si el

mandato procede de Autoridad Judicial penal competente, es decir si es su atribución de ese órgano del Estado o la misma constituye un exceso de poder; y si éste se encuentra fundado, es decir si se señala en el mandato escrito la denominación correcta de la Ley y el artículo que lo faculta para dictar la orden de aprehensión; y si este se encuentra motivado es decir que se señalan en acto de Autoridad que pruebas y razonamientos llevan a la convicción del juzgador por tener por acreditados los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad de dicho inculpado, lo anterior la permitirá a los Gobernados probar la existencia del acto a través del documento que lo contiene y el contenido del mismo, para conocer sus alcances es decir los derechos y obligaciones que se derivan de la aplicación de ese mandato sin que se pueda variar su contenido, permitiendo la posibilidad de defensa al impugnarse a través de los medios legales que brinda la Ley, cumpliéndose con ello el principio de seguridad jurídica que nuestra Carta Magna brinda a los particulares.

Esta formalidad es lo que hace nacer a la vida jurídica el acto de la Autoridad pues si éste no obra por escrito se estará ante la presencia de una expectativa de derecho pero no ante un acto de Autoridad pues éste requiere que se materialice a través de un documento.

Además dicho documento debe ser firmado tanto por el titular del juzgado penal que es el Juez, como por el Secretario de Acuerdos, quien da fe de lo actuado por el juzgador que lo dicta, lo anterior aunque no se establezca en el texto Constitucional, pues desde el punto de vista legal es la firma que le da la autenticidad al escrito y firmeza a la resolución; pues la forma en que el titular del órgano del Estado adquiere una relación directa entre lo expresado y la firma que lo calza, pues de ello se deriva responsabilidades del contenido y consecuencias de la emisión del mandamiento.

Al respecto el maestro Burgoa Orihuela, señala que: "Todo funcionario subalterno, o todo Agente de Autoridad debe siempre obrar en base a una orden escrita expedida por el superior jerárquico... Para

que se satisfaga la garantía formal del mandamiento escrito no basta que éste se emita para realizar algún acto de molestia en alguno de los bienes jurídicos que menciona el artículo 16 Constitucional, sino que es menester que el particular afectado se le comunique o se le dé a conocer. Esta comunicación o conocimiento pueden ser anteriores o simultáneos a la ejecución del acto de molestia, pues la exigencia de que éste conste en mandamiento escrito, sólo tiene como finalidad que el gobernado se entere de la fundamentación y motivación legal del hecho autoritario que lo afecte, así como de la Autoridad de quien provenga. Por otra parte, debe advertirse que el mandamiento escrito debe contener la firma auténtica del funcionario público que lo expida ya que no es sino el signo gráfico con el que, en general, se obligan las personas en todos los actos jurídicos en que se requiere la forma escrita".¹⁹

En el mismo sentido el autor Mancilla Ovando, refiere que: "El acto de Autoridad Constitucional produce efectos jurídicos cuando se establece por escrito. Es su calidad de mandamiento escrito lo que le permite nacer a la vida Jurídica. Si no se cumple este requisito, estaríamos en presencia de una expectativa de derecho, pero no de un acto de Autoridad. Su explicación la encontramos en que las facultades del poder público consagradas en Ley, son atribuciones abstractas, generales e impersonales, en tanto no se materialicen, y esto último sólo es posible cuando la Autoridad formula el acto por escrito para hacer o dejar de hacer lo que la Ley manda.

La garantía individual que se estudia, se complementa con la interpretación en el sentido que todo acto de Autoridad debe ser firmado por el titular del órgano que lo dicta; y la firma tendrá que ser auténtica".²⁰

¹⁹ *Ibidem*, pág. 601

²⁰ Mancilla Ovando, Jorge Alberto, *Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal*, pág. 56

En tal virtud toda orden de aprehensión deber ser obsequiada por escrito y firmada por el órgano del Estado que lo dicta expresandose en ella los motivos y fundamentos legales en que se apoya entregándose copia de dicha resolución al detenido para que pueda darse cuenta exacta de la acusación que existe en su contra y pueda preparar su defensa, esto último en la práctica no sucede a pesar de la importancia que reviste la privación de la libertad de una persona.

Se entiende luego entonces que, todo mandamiento escrito, debe contener la firma de la Autoridad competente, porque de no ser así, se tendrá por no aplicada la Ley al caso concreto y que sus términos no obligan a los particulares.

Resumiendo, el acto de Autoridad establecido por escrito, permite al gobernado probar su existencia; ello significa certeza jurídica, pues al través del documento podrá acreditar sus términos sin que puedan variar sus dictados, estando consciente de los alcances de derechos y obligaciones que se materializan al aplicar la Ley, lo que le brinda la oportunidad de defensa al través de los medios de impugnación previstos en Ley.

Dentro de los requisitos que debe regir todo acto de Autoridad que implique molestia a los gobernados en su derecho se encuentra el de la competencia. El autor De Pina Vara, define a la competencia como "La potestad de un órgano de jurisdicción para ejercerla en un caso concreto".²¹

En el mismo sentido el maestro Silva Silva refiere "que la competencia penal es el limite dentro del cual se puede ejercer la función jurisdiccional por parte de un órgano del Estado".²²

Entendiéndose por ésta como la facultad atribuida a un órgano de Autoridad para llevar a cabo determinadas funciones o para realizar

²¹ De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, pág. 164

²² Silva Silva, Jorge Alberto, *ob. cit.*, pág. 137

En tal virtud toda orden de aprehensión deber ser obsequiada por escrito y firmada por el órgano del Estado que lo dicta expresandose en ella los motivos y fundamentos legales en que se apoya entregándose copia de dicha resolución al detenido para que pueda darse cuenta exacta de la acusación que existe en su contra y pueda preparar su defensa, esto último en la práctica no sucede a pesar de la importancia que reviste la privación de la libertad de una persona.

Se entiende luego entonces que, todo mandamiento escrito, debe contener la firma de la Autoridad competente, porque de no ser así, se tendrá por no aplicada la Ley al caso concreto y que sus términos no obligan a los particulares.

Resumiendo, el acto de Autoridad establecido por escrito, permite al gobernado probar su existencia; ello significa certeza jurídica, pues al través del documento podrá acreditar sus términos sin que puedan variar sus dictados, estando consciente de los alcances de derechos y obligaciones que se materializan al aplicar la Ley, lo que le brinda la oportunidad de defensa al través de los medios de impugnación previstos en Ley.

Dentro de los requisitos que debe regir todo acto de Autoridad que implique molestia a los gobernados en su derecho se encuentra el de la competencia. El autor De Pina Vara, define a la competencia como "La potestad de un órgano de jurisdicción para ejercerla en un caso concreto".²¹

En el mismo sentido el maestro Silva Silva refiere "que la competencia penal es el limite dentro del cual se puede ejercer la función jurisdiccional por parte de un órgano del Estado".²²

Entendiéndose por ésta como la facultad atribuida a un órgano de Autoridad para llevar a cabo determinadas funciones o para realizar

²¹ De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, pág. 164

²² Silva Silva, Jorge Alberto, *ob. cit.*, pág. 137

determinados actos judiciales, pues al ser atribuidas a una Autoridad determinadas facultades, los actos que realice o ejecute, para que tengan validez y sean lícitos deberán tener su origen en la Ley. Siendo nuestro país tan extenso y los múltiples litigios que se ventilan no es posible que un solo juzgado resuelva dichas controversias haciéndose necesaria la división del trabajo, de esta manera algunos tribunales les toca conocer de la materia civil a otros de la materia penal, a unos de los delitos federales y a otros los locales, a unos les toca conocer en primera instancia y a otros en segunda instancia, por tanto el poder de jurisdicción de cada uno de estos órganos se encuentra limitado, por las reglas que lo regulan y de la esfera del juicio que conocen y ese límite es lo que constituye su competencia.

La competencia por regla general se establece por el lugar en que se comete el delito; según lo establece el artículo 446 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que al respecto asevera: "Es Juez competente para juzgar de los hechos delictuosos y para aplicar la sanción procedente: el del lugar donde se hubiere cometido el delito".

Existen diversos criterios para establecer en que casos puede actuar un órgano judicial penal, pero en términos generales los estudiosos coinciden en que en el Distrito Federal la competencia se determina: a).- Por razón de la pena, pues conforme al artículo 10 y 11 de nuestra legislación procesal penal, los juzgados de paz penal conocen de delitos con penas de leves o levisimas en tanto que los llamados de primera instancia son competentes para conocer de delitos más graves; b).- Por razón del territorio, pues como se señaló anteriormente es juez competente el del lugar en donde se hubiere cometido el delito, pues a cada órgano judicial penal se le asigna un espacio territorial sobre el cual ejerce poder; c).- Por razón del grado, son competentes las salas penales del Tribunal Superior del Distrito Federal, para conocer de los recursos de apelación y de denegada apelación dictadas por los jueces penales; d).- Por razón del fuero (local y federal), serán competentes los juzgados penales federales para

conocer de aquellos asuntos en que no actúa la federación como sujeto pasivo y sean competentes los jueces de las entidades federativas tal como lo establece el artículo 41 de la Ley orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Por su parte el jurista Franco Sodi, señala que "La competencia se determina por razón de la materia, del lugar y de la persona. En consecuencia, para saber si un juez debe conocer de un proceso determinado, habrá que ver: 1º.- Si es competente para conocer del delito que motiva el proceso; 2º.- Si, en seguida, también es competente por razón del lugar donde dicho delito se ejecutó, y 3º.- Por último, si siendo competente por tales razones, lo es también en consideración de la persona a quien se imputa".²³

Lo anterior aplicado a las ordenes de aprehensión nos lleva a colegir que sólo pueden dictar ordenes de aprehensión los jueces competentes para ello, es decir los jueces penales, por tanto las ordenes de aprehensión dictadas por jueces civiles, familiares o del arrendamiento, son ilegales pues todos ellos son incompetentes por materia; asimismo las ordenes de aprehensión dictadas por un juez, aunque éste sea de la materia penal pero incompetente por razón del territorio o de fuero (federal o local), resultan igualmente inconstitucionales.

Al respecto el maestro González Bustamante, señala que: "el mandamiento de detención por ser un acto esencialmente jurisdiccional sólo puede emanar de la Autoridad Judicial expresamente facultada por la Ley y que además disfrute de jurisdicción y de competencia".²⁴

²³ Citado por García Ramírez, Sergio y Adato De Ibarra, Victoria; *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, pág. 58

²⁴ González Bustamante, Juan, *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, pág. 112.

Es un acto jurisdiccional que procede cuando el delito imputado merece ser sancionado cuando menos con pena privativa de libertad.

Sin embargo nuestra legislación Procesal Penal para el Distrito Federal, establece en su artículo 449, que el juzgador practique las diligencias que no admiten demora y dicte el auto de formal prisión o el de libertad por falta de elementos para procesar, reservando la substanciación de la competencia para un momento posterior remitiendo de oficio las actuaciones a la Autoridad que juzgue competente, lo anterior si el gobernado se encuentra detenido, y si no es así, es decir que se encuentre en libertad, puede solicitar el amparo y este debe serle concedido en virtud de la incompetencia de la Autoridad que dicta la orden de aprehensión que se combata, lo cual resulta de dudosa legalidad pues no se le puede dar validez a un acto convalidando las actuaciones que tienen un origen inconstitucional por provenir de Autoridad incompetente.

El artículo 16 de nuestra Constitución señala que: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la Autoridad Judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela...", con ello se establece que los medios de procedibilidad para provocar la actividad del Ministerio Público en la investigación de los delitos y buscar el castigo de los delinquentes son la denuncia, acusación o querrela.

Por su parte el artículo 262 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece: "Los agentes del Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo a las ordenes que reciban de aquéllos, están obligados a proceder de oficio a la averiguación de los delitos del orden común de que tengan noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

I.- Cuando se trate de delitos en los que sólo se puede proceder por querrela necesaria, y si no se ha presentado ésta, y II.- Cuando la Ley exija un requisito previo, y éste no se ha llenado".

De acuerdo con el texto anterior la investigación que de los delitos realice el Ministerio Público en la preparación de la acción penal para solicitar la orden de aprehensión a la Autoridad Judicial, se condiciona a que previamente dicha Autoridad tenga noticia de que se ha cometido un hecho delictuoso, y esa noticia llegará a su conocimiento mediante una denuncia, acusación o querrela, y una vez recibida éstas la Autoridad oficiosamente procederá a investigar el delito sin esperar nuevas excitativas y sin que se satisfagan ningún otro requisito.

En el caso de la denuncia no interesa la anuencia o el permiso del ofendido para iniciar las investigaciones por parte del representante social, como sucede con la querrela.

Por su parte el jurista Zamora Pierce, señala que la denuncia es: "la noticia que da cualquier persona a la Autoridad competente, sobre determinado hecho, posiblemente constitutivo de un delito perseguible de oficio. Esa Noticia Criminis puede provenir tanto de la víctima del delito como de un tercero, de un particular o de un empleado o funcionario público, de un procesado, de un reo, de un nacional o de un extranjero, de un mayor o de un menor de edad, e incluso del propio autor del delito (autodenuncia)".²⁵

Asimismo el maestro García Ramírez apunta que "denuncia es la transmisión de un conocimiento sobre determinado hecho con apariencia delictuosa, que cualquier persona hace (o debe de hacer) a la Autoridad competente. Opera en el supuesto de delitos perseguibles de oficio".²⁶

Por tanto la denuncia puede presentarla cualquier persona independientemente de su edad, sexo, religión, nacionalidad o condición social e inclusive tratándose de personas morales tendrá el carácter de denunciante la persona que se presente ante el Ministerio

²⁵ Zamora-Pierce, Jesús, *Garantías y Proceso Penal* pág. 16

²⁶ García Ramírez, Sergio y Adato de Ibarra, Victoria; *ob. cit.*, pág. 23.

Público para hacer de su conocimiento la posible comisión de un delito independientemente de que la persona moral se le haya o no otorgado un poder para ello, pues la denuncia dada su naturaleza no admite apoderados, en virtud de tratarse de delitos que se persiguen de oficio esto es aquellos que afectan directamente a la sociedad y ésta, está interesada en que se investigue y se sancione, pues en este caso existe la acción pública que no exige denunciante exclusivo o querellante.

En el caso de la querrela al igual que la denuncia deben considerarse como requisitos de procedibilidad, toda vez que sin ella el Ministerio Público no puede ejercitar la acción penal, e inclusive creemos que no podría legalmente iniciar la investigación pues esta resultaría ociosa en caso de no presentarse la querrela; y la actividad del querellante se reduce a comparecer ante el Ministerio Público a narrar los hechos manifestando su deseo a que sea perseguido el delincuente y lo anterior no lo faculta para tener la calidad de parte en el proceso; por otra, en tal virtud no puede considerarse la misma como un elemento del delito o como condición objetiva de punibilidad, así como tampoco una acción privada, en virtud de que no se puede hacer depender de la voluntad de una persona la existencia o inexistencia de un delito, pues ello nos llevaría a concluir de que un hecho constituiría o no delito, según que hubiese o no querrela; asimismo tampoco puede considerarsele como condición de punibilidad, pues se llegaría a la conclusión de que un hecho por no ser punible no sería delito, además de que no quedaría al arbitrio del particular si se aplica o no la pena, pues esta es facultad exclusiva del órgano jurisdiccional, pues no debe confundirse la situación de que por el hecho de que dicho querellante pueda desistirse de la querrela formulada quede a su arbitrio la punibilidad del acto; por otra parte tampoco constituye una acción privada en virtud del monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Público conforme al artículo 21 Constitucional, además de que la formulación de la querrela no necesariamente determina que se ejercite la acción penal, pues esta debe ser consecuencia de la investigación que de los hechos querrelados realice el Ministerio Público.

Este requisito de procedibilidad se presenta en los delitos que se persiguen a instancia de parte interesada, en virtud de que se ha estimado de que entra en juego un interés particular de mayor intensidad que el daño sufrido por la sociedad, pues actuar oficiosamente en estos casos, con la publicidad se podría ocasionar mayores daños a los ofendidos que los que experimenta la sociedad con el mismo delito, y las inconveniencias que representa un proceso penal.

Al respecto el maestro Rivera Silva, señala: "nosotros siempre hemos creído que no deben existir delitos perseguibles por querrela necesaria debido a que el derecho penal tan sólo debe tomar en cuenta intereses sociales y no abrazar situaciones que importan intereses de carácter exclusivamente particular. Si el acto quebranta la armonía social debe perseguirse independientemente que lo quiera o no la parte ofendida, y si el acto por cualquier razón vulnera únicamente intereses particulares, este acto debe desaparecer del catálogo de los delitos, para irse a hospedar a otra rama del derecho".²⁷

Contrariamente a lo señalado por el maestro Rivera Silva, el catálogo de los delitos que son perseguibles a petición de parte (querrela) se amplía ya que se extiende a otros delitos que anteriormente no requerían este requisito de procedibilidad, como es el, caso de violación de correspondencia en el artículo 173; amenazas, artículo 282; atropellamiento, artículo 341; y los delitos señalados en el artículo 399-bis e inclusive se acepta que este tipo de delitos perseguibles previa querrela, el perdón se otorgue aún después de dictar sentencia condenatoria, que haya causado ejecutoria; en cuyo caso se hará la consiguiente manifestación en forma indubitable, ante la Autoridad ejecutora, así lo señala el artículo 93 del Código Penal.

El maestro Zamora-Pierce al definir la querrela señala que: "es la noticia que dan las personas limitativamente facultadas a la Autoridad

²⁷ Rivera Silva Jesús, *El Procedimiento Penal*, pág. 110.

competente, sobre determinado hecho posiblemente constitutivo de un delito perseguible a petición de parte, expresando su voluntad de que se persiga penalmente".²⁸

En el mismo sentido el autor Osorio y Nieto dice que por querrela se entiende: " la manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio para que se inicie e integra la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal".²⁹

Por su parte el maestro Arilla Bas, dice: que para que el Ministerio Público inicie la averiguación previa, auténtico período de preparación del ejercicio de la acción penal, es menester que se satisfagan los requisitos de procedibilidad a que hace referencia la norma constitucional, es decir, que medie denuncia, acusación o querrela, entendida éstas dos últimas de acuerdo con las opiniones más difundidas de la mayoría de los autores, como sinónimas".³⁰

La doctrina dominante considera a la acusación con la querrela como sinónimas, sin embargo es hacerse notar que existen opiniones en contrario entre las que se encuentran las del autor Osorio y Nieto, quien refiere que la acusación: "es la imputación directa que se hace a una persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguido de oficio o a petición de parte de la víctima u ofendido; en la acusación se realiza una imputación directa y categórica en contra de una persona determinada".³¹

Como puede observarse a diferencia de los delitos que se persiguen de oficio que pueden ser denunciados por cualquier persona tratándose de delitos que se persiguen a petición de parte, sólo pueden

²⁸ Zamora Pierce Jesús; *ob. cit.*, pág. 15

²⁹ Osorio y Nieto, Cesar Augusto, *La averiguación Previa*, pág. 22

³⁰ Arilla Bas, Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, pág. 56

³¹ Osorio y Nieto, Cesar Augusto, *ob. cit.* pág. 23

actuar determinadas personas que establece la Ley con la calidad de querellantes, estableciéndose como regla general que la querrela debe presentarla el ofendido por el delito o por su representante; así el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece que: "Cuando para la persecución de los delitos sea necesaria la querrela de parte ofendida, bastará que ésta, aunque sea menor de edad, manifiesta verbalmente su queja, para que se proceda en los términos de los artículos 275 y 276 de éste Código. Se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de la querrela necesaria, a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta imputada al indiciado, y tratándose de incapaces, a los ascendientes y a falta de éstos, a los hermanos o a los que representen a aquellos legalmente; cuando la víctima por cualquier motivo no se pueda expresar, el legitimado para presentar la querrela serán las personas previstas por el artículo 30-bis del Código Penal.

Las querellas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por apoderado que tengan poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesaria acuerdo previo o ratificación del consejo de administración o de la asamblea de socios o accionistas ni poder especial para el caso concreto.

Para las querellas presentadas por las personas físicas, será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de rapto, estupro o adulterio en los que se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero de este artículo.

La querrela al igual que la denuncia consisten precisamente en la comunicación, en el aviso o en la noticia dada a la Autoridad investigadora misma que pueden ser formuladas verbalmente o por escrito, sobre un hecho determinado posiblemente constitutivo de delito, pero la primera de ellas se diferencia de la denuncia en la manifestación de la voluntad del ofendido que se persiga penalmente

al sujeto activo del delito; al comparecer tanto el denunciante como el querellante ante el representante social se le hará saber por éste la trascendencia jurídica del acto que realiza, sobre las penas en que incurrirán los que declaran falsamente ante las Autoridades y sobre las formalidades del procedimiento según se trata de delitos perseguibles de oficio o por querrela.

Los delitos perseguibles por querrela de acuerdo al Código Penal son: "a).- Las lesiones previstas en el artículo 289; b).- Daño en propiedad ajena y cuando se causen lesiones por culpa con motivo de tránsito de vehículo cualquiera que sea su naturaleza prevista en el artículo 62; c).- Peligro de contagio venéreo entre cónyuge o concubinario en el artículo 169-bis; d).- Violación de correspondencia, artículo 173; e).- Amenazas, artículo 282; f).- Abandono de cónyuge, artículo 337; g).- Injuria y difamación o calumnia, artículo 360; h).- Fraude, artículo 386; j).- Abuso de confianza, artículo 382; k).- Daño en propiedad ajena, artículo 397; l).- Robo de uso, artículo 380; m).- Despojo, artículo 395 en relación al 399-bis."

La querrela como acto voluntario puede presentarse si lo desea el querellante o en su caso abstenerse o bien revocar esa voluntad, para que investigue, se ejercite la acción penal y se procese al inculcado a través del perdón, este conforme al artículo 93 del Código Penal, extingue la acción penal cuando es otorgado por el ofendido o el legitimado para hacerlo, respecto de delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la acción penal o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia en segunda instancia, y una vez otorgado el perdón no podrá revocarse; agregando en su último párrafo que el perdón del ofendido y del legitimado para otorgarlo en delitos de los mencionados en los dos párrafos anteriores, también extingue la ejecución de la pena, siempre y cuando se otorguen forma indubitable ante la Autoridad ejecutoria; dicho perdón de revocación de la querrela no debe estar condicionada al cumplimiento de alguna obligación, dando

lugar con ello que no continúe la investigación o la terminación definitiva del proceso y aún de la ejecución de la sentencia.

En consecuencia el requisito de procedibilidad es el que viene a dar legalidad y validez a todo acto de Autoridad que afecte la esfera jurídica de quien a cometido un delito, por tanto si no existe la querella no se podrá privar de la libertad a una persona, en tal virtud la Autoridad Judicial al resolver sobre la solicitud de la orden de aprehensión si existe querella en los delitos que así lo exijan y si ésta fue presentada por parte legítima.

Dentro de los requisitos para obsequiar una orden de aprehensión se encontraba; que la denuncia, acusación o querella fueran sobre un hecho determinado que la Ley castigara con pena corporal. Con las reformas Constitucionales que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación con fecha 3 tres de septiembre de 1993, mil novecientos noventa y tres, el texto del artículo 16 de nuestra Carta Magna sobre este punto, surgió modificaciones para quedar como sigue: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que precede denuncia, acusación o querella de un hecho determinado que la Ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad...".

Resulta acertada la sustitución del término pena corporal por el de "cuando menos pena privativa de libertad", por que con ello se evita la confusión respecto de las penas señaladas en el artículo 22 de nuestra Constitución, pues el término pena corporal tiene la connotación de afectar la integridad física de una persona, en dicho numeral se establece: "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie..."; esta exigencia va dirigida al órgano jurisdiccional quien habrá de dictar la orden de aprehensión y en forma accesoria se hace extensiva al Ministerio Público, en su condición de solicitante.

Este requisito de cuando menos con pena privativa de libertad se satisface únicamente si la pena privativa de libertad no esta 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, pues al ocurrir esta situación sólo procederá a solicitar orden de comparecencia, por tanto la Autoridad Judicial penal no podrá ordenar que sea aprehendida una persona para efecto del proceso en los casos en que la Ley establezca como sanción del delito una pena de menor grado a la de la privación de la libertad deambulatoria, además de abarcar la hipótesis de pena de muerte.

Al establecer el texto constitucional que la denuncia, acusación o querrela, se refiera a un hecho determinado que la Ley señale como delito; se busca establecer el principio de responsabilidad por el hecho y no por el autor, garantizándose con ello que la Ley sólo sancione conductas humanas antisociales, más no meros aspectos de la personalidad del indiciado.

En tal virtud, solo por delito sancionado abstractamente en la Ley penal con pena privativa de libertad o con pena contra la vida (pena de muerte) tal como lo contempla la constitución en su artículo 22, o en el caso del fuero militar, habrá lugar al obsequiamiento de la correspondiente orden de aprehensión; pues esto dará lugar a la prisión preventiva y cuando no sea así, o esta sea alternativa, es decir prisión o multa, el probable sujeto activo del mismo debe forzosamente permanecer en libertad sin sufrir restricción de ninguna especie y la Autoridad Judicial penal estará impedida legalmente para expedir la orden de aprehensión.

Al respecto el maestro Zámora Pierce señala que: "No podrá librarse ninguna orden de aprehensión... (salvo por) un hecho determinado que la Ley castigue con pena corporal (léase pena de prisión); si el delito que se imputa no está sancionado con pena de prisión, el inculpado no puede ser sometido a prisión preventiva, ni

tampoco puede ser privado de su libertad mediante una orden de aprehensión, así como tampoco debe dictarse orden de aprehensión si el delito es sancionado con pena alternativa (prisión o multa), pues en esta hipótesis no tenemos la certeza de que en caso de ser declarado culpable, el inculcado será sancionado con pena de prisión y sólo podremos saberlo cuando se dicte la sentencia".³²

Como se observa, el segundo párrafo del artículo 16 Constitucional, texto reformado mantiene la exigencia de que "la orden de aprehensión sea dictada por la Autoridad Judicial... y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal...".

Que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal. Esta es una nueva expresión y un requisito que ahora se requiere para el obsequiamiento de una orden de aprehensión; requisito que está acorde con lo 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 el juzgador debe examinar, comparando, si esa descripción típica que se hace en la legislación, se adecúa a la conducta realizado por el inculcado; y esto se hará comprobando si se encuentran reunidos en su totalidad dichos elementos, pues de lo contrario si falta alguno no habrá tipicidad y en tal virtud la orden de aprehensión deberá negarse.

En consecuencia, el Ministerio Público sólo hará la consignación y la solicitud de orden de aprehensión, si con los datos que ha arrojado la averiguación previa se han acreditado los elementos del tipo penal del delito que se le atribuye al autor o partícipe, así como la probable responsabilidad del indiciado, tal como lo establece el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, lo cual coincide con el artículo .168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

³² Zamora Pierce Jesús; *ob. cit.*, p. 17

Asimismo el artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales señala: "Cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previos que en su caso exijan la Ley y que se han acreditado los elementos del tipo y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda".

Y en su párrafo quinto del mismo artículo se señala: "El Juez ordenará o negará la orden de aprehensión, reaprehensión o comparecencia solicitada por el Ministerio Público dentro de los cinco días contados a partir de la fecha en que se haya acordado la radicación".

En tal virtud se establece como requisitos para el dictado de la orden de aprehensión la existencia de datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado. Tales requisitos consisten en acreditar mediante la existencia de datos (éstos como sinónimos de prueba), los elementos del tipo penal en su descripción legal y la probable responsabilidad del indiciado, en el entendido que para cumplirse con lo que establece la primera parte del artículo 16 Constitucional, se requiere de la motivación necesaria y la fundamentación, la cual se satisface mediante la precisión de las circunstancias de lugar, tiempo y ejecución del hecho delictuoso, y las probanzas que lo acreditan así como los fundamentos legales que la contienen, para garantizar la defensa del indiciado, requisito necesario que debe contener todo acto de molestia de Autoridad. Con lo anterior se precisan los extremos de prueba que se tienen que acreditar, para motivar la afectación de la libertad de un gobernador con el fin de someterlo a la jurisdicción penal, al establecerse que deberán existir "datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado". Por tanto, de esta manera se quiere superar la ambigüedad del texto anterior que no señalaba con claridad la obligación de probar el hecho penalmente relevante (anteriormente denominado cuerpo del delito), ya que la mención de pruebas se refería sólo al aspecto de la

probable responsabilidad: dejando el requisito de acreditar el cuerpo del delito (ahora elementos del tipo) hasta el auto de plazo Constitucional al momento de resolver la situación jurídica del inculpado, conforme al artículo 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal el Ministerio Público y el Juez gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de prueba que estimen conducentes para acreditar los elementos del tipo y la probable responsabilidad.

De todo lo anterior desprende como garantía para el gobernado que la orden de aprehensión debe satisfacer los mismos requisitos que exige el auto de formal prisión, conforme al actual artículo 19 de la Constitución Federal lo cual constituye una garantía de seguridad jurídica puesto que desde el momento en que se ordena la privación de su libertad por mandamiento de captura, ya existe una clasificación del delito que se le atribuye, con lo cual el indiciado esta en aptitud de defenderse adecuadamente, manteniendo con ello un equilibrio entre las garantías del gobernado y el derecho del Estado a ordenar la privación de la libertad de una persona cuando se han reunido los requisitos del artículo 16 de nuestra Carta Magna, mediante el mandamiento de captura.

CAPITULO TERCERO

ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

Dentro del tipo penal hay que distinguir sus elementos Constitutivos, mismos que son a saber: objetivos, subjetivos, y normativos. La legislación procesal penal en su artículo 122 señala los elementos que deben contener los tipos penales y que las Autoridades deben acreditar, tanto el Ciudadano Agente del Ministerio Público durante la averiguación previa para el ejercicio de la acción penal, así como el Juzgador para obsequiar una orden de aprehensión, dictar un auto de formal prisión o un auto de sujeción a proceso, o dictar una sentencia condenatoria.

Por otra parte y dado que los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad son elementos torales para obsequiar una orden de aprehensión, de acuerdo a nuestra legislación, debiera incluirse en las resoluciones judiciales un apartado especial respecto de la antijuricidad, diferente de la tipicidad y de la culpabilidad, pues si se concibe al delito como una acción típica, antijurídica y culpable, la antijuricidad no debe introducirse en la tipicidad ni mucho menos en la culpabilidad por ser extraña a los mismos y para no romper con la estructura del delito, pues el propio artículo 122 del Código Procesal Penal del Distrito Federal en el penúltimo párrafo señala que para resolver sobre la probable responsabilidad del inculcado, 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, ello nos indica que debe ser un apartado especial donde se estudie la antijuricidad.

3.1 ELEMENTOS OBJETIVOS.

Por elementos objetivos del tipo, debe entenderse las circunstancias que determinen la manifestación externa de la conducta, al autor, integrando dicho elemento la descripción del sujeto, el objeto material del hecho, la ejecución del mismo, incluyendo a veces formas especiales de comisión y medios en otras modalidades del mismo hecho, en este elemento también se constata el resultado, la relación causal, es decir el nexo de causalidad..

Por su parte el autor López Betancourt, señala que: "al referirnos al elemento objetivo del tipo penal, estamos hablando de la descripción de la conducta antijurídica desde el punto de vista externo, se identifica con la manifestación de la voluntad en el mundo físico, requerida en el tipo penal. Es un lenguaje tomado del mundo cotidiano o de la terminología jurídica que describe objetos del mundo real; generalmente los tipos penales describen estados o procesos de naturaleza externa, determinables especial o temporalmente y perceptibles por los sentidos.

El elemento objetivo del tipo penal se compone de: a).- el presupuesto de la conducta o del hecho; b) el sujeto activo; c).- el sujeto pasivo; d).- el objeto jurídico; e).- el objeto material; f).- las modalidades de la conducta; 1).- referencia penal; 2).- referencias especiales; 3).- referencias a otro hecho punible; 4).- de referencia de otra índole; 5).- medios empleados; pues la Ley Penal no contiene exclusivamente descripciones con un resultado, hay tipos penales más concretos, en los que su contenido material no sólo consiste en la realización de una conducta o en la producción de un resultado, sino se tienen que dar en la forma, con los medios o con las modalidades de la misma Ley".¹

En el mismo sentido Ernest Beling, señala "los elementos objetivos del tipo son: "La manifestación de la voluntad o movimiento corporal, el

¹ López Betancourt Eduardo, *Teoría del delito*, pág. 118 y 119

resultado, nexo causal, medios específicos de realización, modalidades de modo, tiempo, y lugar de realización, objeto material, sobre quien recae la acción el bien jurídico y los sujetos. Si falta alguno de los elementos objetivos del tipo entonces consecuentemente no es posible que exista el tipo".²

El tratadista Eugenio Raúl Zaffaroni indica: "Hablamos de tipo objetivo no porque sean a él extraños todos los momentos subjetivos, sino porque constituye la objetivización de la manifestación de la voluntad, su exteriorización, la que conforma su aspecto central básico. El tipo objetivo es el núcleo real-objetivo de todo delito. No puede ser de otro modo, puesto que no haya conducta penalmente relevante como prohibida que no se exteriorice en el mundo físico, toda vez que la exteriorización es absolutamente necesaria para la imputación penal. No obstante, en modo alguno es suficiente, puesto que si privamos a esta exteriorización u objetivación de lo exteriorizado u objetivado a través de ella, no tendremos una manifestación objetiva de la voluntad, sino algo hueco e indefinible".³

Como es sabido el derecho penal no sanciona por si sola la voluntad o la intención de lo que el autor a querido, es decir, no se castiga el pensamiento, pues para ello es necesario que trascienda al exterior a través de una acción, esta forma de aparición externa del hecho, es la que describen los elementos del tipo objetivo y es donde se detalla con máxima objetividad la conducta típica que se realiza, ejemplo: privar de la vida a otro, cópula realizada con persona privada de la razón o de sentido, portar armas prohibidas. Constituyen el núcleo objetivo real de todo tipo, pero los elementos objetivos del tipo no sólo describen los objetos del mundo exterior sino todo aquello que se encuentra fuera de la esfera psíquica del autor, y a menudo se trata de conceptos más complicados cuyo significado no se obtiene o se

² Citado por Marquez Piñero Rafael, *el tipo penal, algunas consideraciones Jurídicas en torno al mismo*, pág.181

³ Zaffaroni Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal Parte General Volumen III*, pág. 265

obtiene sólo en parte, de la pura observación, sino que la determinan, o contribuyen a determinar procesos psíquicos o valoraciones jurídicas y sociales.

El concepto de lo "objetivo" en el tipo no puede, pues, incluirse sin más en el mundo de los fenómenos externos, sino que a menudo va unido a factores subjetivos y valoraciones normativas, por lo que resulta del todo imposible hacer una tajante división formal del tipo en parte objetiva y subjetiva, tampoco por otra parte es del todo correcta la equiparación del concepto de elementos objetivos del tipo, de la totalidad de las circunstancias situadas fuera del psiquismo del autor, pues en las palabras que expresan una actitud final entra también en juego la esfera psíquica del sujeto.

En el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal los elementos objetivos del tipo están señalados en su fracción I que se refiere a la acción o a la omisión, en todo caso cuando se analice si se afirman o no los elementos del tipo penal lo primero que hay que determinar es si existe o no una conducta (acción) humana, y enseguida, como en la propia fracción se establece, si de esa conducta humana se ha derivado la existencia de una lesión o de una puesta en peligro de un determinado bien jurídico. En este punto también se debe de analizar la existencia de la relación de causalidad, por ejemplo, en el homicidio, determinar cual fue la causa de la muerte, para vincular ese resultado con la actividad desplegada por un sujeto, puesto que puede suceder que se afirme la existencia de una actividad, por una parte, y la existencia de un resultado, por otra, y no se puede afirmar entre uno y otro el nexo de causalidad, entonces, si ese nexo no se afirma, no pueden acreditarse los elementos del tipo penal.

Otro elemento objetivo del tipo penal lo constituye la utilización de un determinado medio específico o una forma específica de realizarse la conducta que está descrita en la Ley, así por ejemplo en el delito de violación la Ley habla de la utilización de un medio específico,

de tal manera que habrá que afirmarse ese elemento objetivo del tipo para poder acreditar los elementos del tipo penal, es decir, se tendría que afirmar en este caso que se ha utilizado como medio, por ejemplo, la violencia física o la violencia moral y, además, que en virtud de la utilización de ese medio es que se ha realizado la cópula y producido como resultado la lesión del bien jurídico o la puesta en peligro de ese bien jurídico.

Luego viene como otro elemento objetivo analizar si el tipo exige o no alguna modalidad de lugar, de tiempo o de ocasión, ésto se plantea en algunos casos de manera específica, en la mayoría de los casos no se exige alguna calidad, por ejemplo, en el delito de homicidio y de lesiones simples, no se exige, lo que quiere decir que la muerte de una persona puede producirse en cualquier lugar, en cualquier momento; pero hay otros casos en donde se señala expresamente la concurrencia de esa modalidad, ya sea para darle una determinada relevancia a esa conducta, que puede ser mayor o menor, así, en los casos de Robo cuando se dice que el Robo debe ser cometido en un "lugar cerrado", en una "casa habitación", "dentro de un vehículo estacionado" "en estacionamiento público", Robo de expediente que se encuentra "en una oficina pública" etc., ahí se está haciendo expresamente referencia a una "modalidad de lugar", para que en el caso concreto tenga que analizarse y poder encuadrar la conducta en ese concreto tipo penal. En otros se habla de "tiempo", para efectos de poder encuadrar la conducta a un determinado tipo penal habría que ver si se da o no se da esa exigencia temporal que el tipo penal establece, así por ejemplo antes de la reforma se decía, que al que prive de la vida a un recién nacido dentro de las 72 horas de nacimiento cometía Infanticidio, entonces aquí hay una exigencia temporal, por lo que habrá que determinar si efectivamente la muerte acaeció dentro de esas 72 horas para poder hablar de Infanticidio, si fue posterior entonces ya no sería Infanticidio, este problema ahora ya no se plantearía. Otro ejemplo de exigencia temporal, que la muerte del producto de la concepción se realice en cualquier momento del embarazo, para que pueda hablarse de Aborto.

El objeto material, también conocido con el nombre de objeto de la acción señalado en el segundo párrafo del artículo 122 del Código de Enjuiciamiento Criminal, constituye otro elemento objetivo del tipo, ya que habrá que identificar en el caso concreto cuál es el objeto sobre el que recae la conducta delictual, en muchos casos es fácilmente identificable ese objeto, por ejemplo en el homicidio, en las Lesiones, el Robo, etc., pues se sabe cual es el objeto sobre el que recae la conducta, pero hay delitos en que dicho objeto no resulta claramente perceptible. En varios delitos este objeto se identifica con el propio sujeto pasivo del delito, así por ejemplo el objeto de la acción en el delito de Homicidio lo es la persona física, a quien se priva de la vida, y esa misma viene a ser el sujeto pasivo, entonces, la exigencia típica puede estar vinculada con relación al objeto de la acción o con relación al sujeto pasivo. Lo anterior quiere decir que también se plantea la necesidad de analizar si el tipo penal exige alguna "calidad" o no el sujeto pasivo, como por ejemplo ser menor de 18 años, o bien ser ascendiente en el caso del Parricidio o del incesto, y en todos aquellos delitos en donde se exige una determinada calidad en los sujetos pasivos.

Después del objeto material habrá que analizarse los sujetos activos en el delito como otro elemento objetivo del tipo penal y que se prevee en la fracción II del artículo 122 del Código Adjetivo Penal. Todos los tipos penales que se encuentran en el Código Penal siempre hacen alusión al sujeto activo, al autor del hecho, en la mayoría de los casos la redacción empieza haciendo referencia al sujeto activo, cuando dice: "al que", se apodere de una cosa, "al que" por medio de la violencia, etcétera; de ahí se deriva como consecuencia que el sujeto activo es parte integrante del tipo penal. En efecto, no se puede hablar a secas de la existencia de una acción humana que no se vincule con el sujeto, con el autor de ella, el sujeto activo por eso, según el artículo 122, debe ser analizado con relación a los sujetos activos al "forma de intervención" que el sujeto tiene en la realización del hecho. Entonces, ahí se plantea la necesidad de constatar, por una parte, si ese sujeto tuvo intervención en la realización del hecho en concreto, y,

por otra, en qué medida intervino, por lo que ya desde este momento se plantea la necesidad de considerar dentro de los elementos del tipo penal el contenido del artículo 13 del Código Penal. Hay delitos que para la concretización de la acción se requiere de la concurrencia de un determinado número de sujetos de tal manera, si no se da ese número mínimo de sujetos de que habla la Ley, faltara un elemento del tipo y, consecuentemente, no se acreditaran los elementos del tipo penal. Por ejemplo, en el caso del delito de Asociación Delictuosa expresamente la Ley señala que deben haber por lo menos tres sujetos, por lo que, si en el caso concreto solamente se constata que intervinieron dos sujetos, no podrán acreditarse los elementos del tipo penal del delito de Asociación delictuosa. Pero en la mayoría de los casos la Ley no exige determinado número, lo que quiere decir que la acción puede ser realizada con la intervención de una sola persona, esto es, basta con que una sola intervenga para que se afirme la realización típica. Por supuesto, puede suceder que en casos en la realización de la acción intervengan dos o más personas y, entonces, igualmente estamos ante el problema del número de sujetos, que nos plantea la necesidad de considerar las diversas formas a que se refiere el artículo 13 del Código Penal, para determinar en calidad de qué intervino cada una de estas personas: que uno fue el autor, que otro el cómplice y el otro el instigador, o bien que alguno de los intervinientes simplemente fue utilizado como un instrumento de algún autor. Todo esto tiene desde este momento importancia, porque de aquí vamos a encontrar bases para el análisis posterior de su responsabilidad penal. Por lo tanto, a nivel de los elementos del tipo penal es donde se debe precisar la forma de intervención del sujeto activo en el delito, es decir, en calidad de qué se le atribuye su intervención en la realización de ese hecho en concreto.

En otros caso, el tipo penal establece que para ser autor de una conducta es necesario que concurren en el sujeto activo una determinada calidad, por ejemplo, todos los delitos propios de los servidores públicos, el delito de incesto o lo que ahora se llama "Homicidio en relación al parentesco o de la relación", en la que tiene

que haber esa relación de parentesco para que pueda afirmarse la realización de ese delito en particular.

Habría, pues, que analizar en el caso concreto cuál es el tipo que estamos tratando de acreditar y ver si se dan o no los elementos que se exigen.

3.2 ELEMENTOS SUBJETIVOS.

Como elementos subjetivos del tipo deben tenerse las circunstancias que corresponde al ámbito psíquico y al mundo de representación del sujeto activo; ello se puede constatar fácilmente en los tipos dolosos trascendentes, por ejemplo: la intención del apoderamiento de quien roba, la intención de enriquecimiento por parte del extorsionador; precisamente en este elemento subjetivo es donde puede encontrarse la referencia y la verificación de tipo fundamental o básico o un tipo especial en los delitos de robo previsto en los artículos 367 del Código Penal y 380 del mismo ordenamiento, dada que el aspecto objetivo de ellos nada nos dice, y es precisamente el aspecto subjetivo de dichos tipos al que haya que recurrir para averiguar la fase interna del autor o partícipe, donde se constata la circunstancia que servirá de base para su correcta calificación, si el apoderamiento se realiza con el fin de ingresar al patrimonio de quien lo ejecutó el objeto del cual se apoderó, estaremos ante la presencia del delito de robo, si por el contrario ese apoderamiento de la cosa se realizó con el objeto de servirse temporalmente del mismo, más no para ingresar a su patrimonio precisamente en base al elemento subjetivo nos encontramos bajo la existencia del robo de uso; tal como se advierte de lo expuesto no existe discrepancia conforme a la sistemática de las teorías causalistas y finalistas de la teoría del delito; el problema se presenta en la aceptación o rechazo del doio, como parte integrante de los elementos del tipo donde surge la polémica.

Por su parte la teoría de la acción final admite el hecho de que el dolo sea un elemento subjetivo del tipo, y niega esta circunstancia la llamada teoría causal de la acción ya que esta ubica el dolo como parte integrante de la culpabilidad, sin embargo, cabe señalar que conforme a las reformas sufridas en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal claramente se puede comprobar la postura de la Ley con los postulados de la teoría de la acción final, ya que se debe entender la finalidad del autor o cómplice para así poder en su caso imponerle la sanción que corresponda a su participación; sin embargo cabe precisar que si aún existen, partidarios, de la teoría causal de acción" no tienen más remedio que aceptar que el DOLO ES EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO, lo cual resulta aceptado, pues como distinguir el robo de uso de un robo genérico, pues entre los dos hay una relación de tipo fundamental o básico a especial privilegiado y aun más como distinguir un abuso sexual de una tentativa de violación, pues esos ánimos, propósitos a intenciones que concurren en la subjetividad del autor son los que distinguen un delito de otro, o en el caso de los delitos tentados de no ser así, no sabrían ante un suceso bajo que figura receptora del tipo en concreto se enjuiciaría tal acción, esto es, tendrían que afirmar una culpabilidad sin tipicidad, al no poder ubicar o constatar la conducta en un determinado presupuesto legal; pues ante un hecho cualquiera, pensamos en un disparo de arma de fuego, probado que fue dirigido hacia una persona, no podríamos afirmar si nos encontramos ante una tentativa de homicidio, lesiones dolosas consumadas, etcétera, y esta doble ubicación sistemáticamente del dolo, por parte de la teoría causalista, es una de las más agudas críticas a la misma al ubicar al dolo en diversos estratos de la teoría del delito, como elemento subjetivo del hecho y como especial forma de culpabilidad, es por ello que afirmamos que el dolo y la culpa son parte integrantes del elemento subjetivo del tipo, y en los delitos dolosos, además, si es necesario su constatación de intenciones diferentes del dolo.

Por su parte la autora Amuchategui Requena, señala que "lo subjetivo en los tipos penales, se refieren a la intención del sujeto activo

o al conocimiento de una circunstancia determinada, o algo de índole subjetiva o sea es un aspecto interno, por ejemplo: el homicidio en razón del parentesco, el elemento subjetivo consiste en que el delincuente conozca el parentesco que lo une con su víctima".⁴

Por su parte el maestro Jimenez Huerta, dice que: "los elementos subjetivos son aquellos en donde se requiere una especial referencia a una determinada finalidad, dirección o sentido que el autor ha de imprimir a su conducta, o a un específico estado psicológico de dicha conducta bien perfilado en sus caracteres, hasta integrar un estado de conciencia para de esta manera dejar inequívoca constancia de que la conducta está precisada por dicha finalidad o estado y evitar el equivoco que pudiera surgir de interpretar como típico cualquier acto externo".⁵

Como elementos subjetivos podemos citar los siguientes: No procure impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometer o se están cometiendo; al que por título oneroso enajene alguna cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella; la muerte dada a un ascendiente sabiendo el delincuente el parentesco; el que a sabiendas hiciere uso de moneda falsa; el que a sabiendas hiciere uso de documento falso.

La existencia de estos elementos típicos subjetivos responde a la complejidad que el propio acaecer de la vida ofrece, pues, como hemos visto, en algunos casos la propia realidad objetiva de determinadas conductas depende de la tendencia interna trascendente o del estado de conciencia del autor, y en otros, sólo a través de ellas la conducta antijurídica adquiere significación penal.

"La importancia de los elementos subjetivos es extraordinaria, pues aparte de condicionar la posible aplicación de la figura típica, sirven

⁴ Amuchategui Requena, Irma Griselda, *Derecho Penal (cursos)*, U.N.A.M., pág. 62

⁵ Jimenez Huerta Mariano, *Derecho Penal Mexicano Tomo I* pág. 89

para excluir apriorísticamente las configuraciones basadas en los contornos y perfiles del actuar culposo. Sólo los tipos delictivos que no contengan expresas o implícitas referencias a estos subjetivos elementos, son susceptibles de entrar en juego imprudencialmente, esto es, "...incumpliendo (el agente) un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen", a que hace mención el párrafo segundo del artículo 9o. del Código Punitivo".⁶

En el mismo sentido el maestro López Betancourt, señala: "Los elementos subjetivos del tipo penal van a atender a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto activo o debe tener, en la realización de algún ilícito penal, es decir, atienden a circunstancias que se dan en el mundo interno, en la psique del autor".⁷

De lo anterior se desprende que cuando el legislador describe una conducta humana de trascendencia penal, no pasa por alto los elementos psíquicos, pues toda acción de la persona parte de determinados móviles, se encamina y se dirige a la consecución de ciertos fines, así por ejemplo en el caso de los tipos dolosos no solo implica que con la conducta causar un resultado sino que también requiere de la voluntad de causar ese resultado, y en ocasiones el legislador tipifica conductas que sólo son delictivas si se toma en cuenta la situación anímica del sujeto que actúa así por ejemplo en el caso de un uso de documento falso dicha conducta adquiere relevancia típica cuando el sujeto activo del delito hiciera uso "a sabiendas" de un documento falso, cobrando relevancia al incrustarse el elemento subjetivo diferente del dolo o de la culpa cuando el tipo penal de que se trate lo admita que debe contener todo delito.

Por tanto tal como lo señala Hans Welzel, en su llamada teoría de la acción final, "la voluntad se une en forma integral con la conducta humana; pues es la voluntad lo que caracteriza a la conducta humana, por tanto el dolo está en la conducta considerándolo como un dolo

⁶ *Ibidem*, pág. 88 - 89

⁷ López Betancourt Eduardo, *Ob cit.*, pág. 124

neuro libre de toda valoración, un dolo natural, por tanto si el tipo penal es descripción de conducta el dolo está en el tipo, por ello el legislador no debe falsear su objeto de regulación debe tomar a la acción como se da en la vida real, con su aspecto externo y con su aspecto interno que es la finalidad luego si el delito es una conducta humana delictuosa debe llenar ese modelo, el dolo debe ser la finalidad tipificada, pues los juzgadores en los Tribunales se enfrentan a acciones de la vida no a entelequias metafísicas".⁸

Por tanto siendo la conducta humana un proceso causal regido por la voluntad, debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad que rige la acción a nivel de tipicidad, aunque no se desconoce la dificultad par probarla pues la misma se puede deducir pero no observar.

3.3 ELEMENTOS NORMATIVOS.

Lo normativo hace referencia generalmente a lo antijurídico y va vinculado a la conducta y medios de ejecución y se reconoce por frases como "sin derecho", "indebidamente", "sin justificación", etcétera, implican lo contrario a derecho y en ocasiones son valoraciones de tipo jurídico como "la ajenidad de la cosa" en el robo, "de servidores Públicos" en el delito de abuso de autoridad "de documento" en el delito de falsificación de documentos públicos y privados; y en otras más de tipo cultural en el que se tiene que valorar con arreglo a determinadas normas y conceptos vigentes que no pertenecen a la esfera misma del derecho, como "el acto sexual" en el delito de abuso sexual; la "honestidad" exigida en la mujer en ciertas formas de delitos sexuales; siendo necesaria de inclusión en los tipos penales al describir las conductas que prohíben y que obligan al juzgador a efectuar una valoración de tipo cultural o jurídica o de la ilicitud tipificada de la conducta.

⁸ *Welsel Hans, la Teoría de la acción finalista, pág. 23 y 24*

Al respecto el maestro Castellanos Tena señala que: "cuando las frases usadas por el legislador tienen un significado tal que requieran ser valoradas cultural o jurídicamente constituyen elementos normativos" y en otra parte señala que algunos tipos captan especial antijuricidad al señalar en la descripción que el comportamiento se efectuó "sin motivo justificado" fuera de los casos en que la Ley lo permita" entonces el obrar justificadamente con la permisión legal, no se colma el tipo y las causas que en otros delitos serían, por su naturaleza, causas de justificación tornarse atipicidades en estos casos (elementos normativos)".⁹

Lo anterior entraña valoraciones que tiene que realizar el juzgador discrecionalmente según los indicios existentes, la situación del hecho, y atendiendo a las normas generales de cultura y época en que viven los protagonistas.

Asimismo lo señala el autor López Betancourt: "En algunas ocasiones, para tipificar una conducta, es necesario insertar juicios normativos del hecho, poder efectuar una evaluación especial de la conducta plasmada en el tipo penal, pues existen conductas que normalmente son lícitas, pero excepcionalmente, cuando son realizadas injusta, indebida o ilícitamente, adquieren relevancia penal; es aquí en donde el legislador se ve precisado a satisfacer los elementos normativos, y son una llamada de atención al juez en los que se le trata de advertir, debe confirmar la antijuricidad de la conducta, ya que con estos elementos, un hecho aparentemente lícito puede pasar a ser un hecho ilícito; asimismo puede ocurrir lo contrario, que un hecho aparentemente ilícito no lo sea. Es imposible prescindir de características normativas del tipo, que son a veces extraordinariamente indicadas para deslindar la conducta punible. Pero si emplean características altamente normativas con excesiva

⁹ Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho Penal Parte General*, pág. 168 y 176

despreocupación se pondrá a cargo del juez la tarea - que incumbe al legislador de decir acerca de lo punible y su determinación exacta".¹⁰

En consecuencia por lo general se le da una categoría independiente al elemento normativo; al respecto el autor Muñoz Conde, señala: "Los elementos normativos del tipo parecen reconocidos de modo general en la teoría del delito por los autores latinoamericanos, ya que la mayoría se adscribe a una posición causalista valorativa, si bien en algunos no aparecen claramente delineadas las fronteras entre los elementos normativos y la antijuricidad" y en otra parte señala "que se debe ser parco en la utilización de elementos normativos (acreedor, insolvencia, ajenidad, etcétera), por el peligro que representan para la seguridad jurídica, en virtud de que implican siempre una valoración y por eso, un cierto grado de subjetivismo y emplear sobre todo elementos lingüísticos descriptivos que cualquiera puede apreciar o conocer en su significado sin mayor esfuerzo, matar, daños, lesiones, aunque realmente es imposible desterrar los elementos normativos e incluso los puramente descriptivos como el de morada en el allanamiento de morada, están necesitados de valoración para ser aplicados en la práctica".¹¹

Siempre que el tipo contenga una especial alusión a la antijuricidad de la conducta que describe, encierre una especificada referencia al mundo normativo en el que la antijuricidad halla su fundamento estaremos frente a los elementos normativos. Ejemplo: indebidamente, sin causa legítima, sin motivo justificado, sin causa justificada, sin causa justa, acto arbitrario, vejación injusta, sin derecho, ilícitamente y sin permiso de la Autoridad competente y fuera de los casos en que la Ley lo permite.

El autor Jiménez Huerta, refiere que: "frente a los elementos normativos el juez debe desenvolver, además de una actividad cognocitiva (comprobación), una actividad valorativa, la cual empero,

¹⁰ López Betancourt Eduardo, *Ob. Cit.*, pág. 124

¹¹ Muñoz Conde Francisco, *Teoría General del delito*, pág. 45 y 51.

no debe ser realizada desde el punto de vista subjetivo del juzgador, sino con criterio objetivo, esto es, según la consciencia de la comunidad.

Los verdaderos elementos normativos que contienen los tipos penales, son aquellos que por estar cargados de desvalor jurídico, resalta específicamente la antijuricidad de la conducta. Siempre que el tipo contiene una especial alusión a la antijuricidad de la conducta que describe, encierra una específica referencia al mundo normativo en el que la antijuricidad halla su fundamento. Implican, por tanto, verdaderos elementos normativos los siguientes términos incrustados en los tipos que a continuación se mencionan: indebidamente (arts. 173, fracs. I y II; 215 fracs. II; 244, fracs. II, y 222, fracs. I); sin causa legítima (art. 215, frac. II); sin causa justificada (art. 212 frac. V); sin causa justa (art. 210); sin derecho (art. 267); ilícitamente (art. 386)".¹²

Sin embargo se advierte que las expresiones que se refieren a la ilicitud o antijuricidad como por ejemplo indebidamente, "sin derecho" en el delito de robo, en ocasiones resultan superfluas en virtud de que vienen a constituir una antijuricidad especial tipificada y misma que es establecida por impaciencia del legislador, lo anterior en virtud de que la antijuricidad es un elemento esencial de todo delito por lo que en consecuencia "apoderarse ilegítimamente" resulta un elemento normativo ocioso ya que todo delito para serlo precisa que se cometa en forma antijurídica, misma situación acontece con la expresión "sin causa justificada", pues las conductas realizadas en ejercicio de un derecho no pueden integrar el injusto penal; lo anterior nos coloca más que en una atipicidad en una causa de justificación, no siendo necesaria especificar la antijuricidad, ya que quien actúa legítimamente o jurídicamente no comete delito".

En el caso de la expresión "ausencia de consentimiento" tendrá que ser considerada como elemento del tipo en primer término y sólo en cuanto a que la antijuricidad es tipificada como parte integrante de

¹² Jimenez Huerta Mariano, *Ob. Cit.*, pág. 86

la conducta en el caso de que existía antes o concomitantemente, al apoderamiento en el robo originará una causa de atipicidad, pues como se dijo, anteriormente, en algunos casos estos elementos se justifican porque normalmente los tipos que lo contienen las conductas que describen son lícitas y sólo por excepción cuando son realizadas en estos supuestos adquiere relevancia penal, lo recomendable sería que se redujeran a lo estrictamente necesario a dichos elementos normativos en bien de la seguridad jurídica para no dar lugar a interpretaciones demasiado amplias, dando lugar con ello a tipos penales demasiado elásticos.

Por otra parte concluimos que los elementos del tipo penal; objetivos, subjetivos y normativos no quiere decir que se acrediten plenamente es decir que no haya forma de desvirtuarlos, lo cual no es coincidente con la realidad, pues en los Tribunales cada día se emiten resoluciones en que se dictan sentencias absolutorias por incomprobación de los elementos del tipo penal. Lo cual indica que no es contradictorio emitir una resolución en el sentido de señalar que se han acreditado los elementos del tipo penal en una orden de aprehensión y después afirmar que se han desvirtuado en el auto de plazo constitucional si se han aportado pruebas para ello, pues en caso de afirmar lo contrario no tendría más razón el proceso que acreditar plenamente la responsabilidad penal, lo cual en la especie no sucede.

3.4 LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

Antes de entrar al análisis de la responsabilidad penal de una persona, ya sea por efectos del ejercicio de la acción penal, o para efectos de obsequiar una orden de aprehensión o para dictar un auto de formal prisión, se deberá en primer lugar determinar una vez acreditados los elementos del tipo penal, si no opera en favor del sujeto activo en el delito una causa de justificación, para poder decir si la conducta realizada, que hasta ese momento es una conducta penalmente relevante, es decir, es una conducta típica, también puede ser calificada de antijurídica. La conducta típica sólo podrá ser

calificada de antijurídica, si se determina que en favor del sujeto activo no operó una causa de justificación, lo que plantea aplicar el contenido del artículo 15 del Código Penal; por lo que una vez analizado este aspecto y no existen datos suficientes que nos pueda llevar a la afirmación de la operancia de alguno de los excluyentes de la antijuricidad, se afirmará la antijuricidad de la conducta, para ahora si entrar al análisis, de lo que nos va a llevar a la afirmación de la responsabilidad penal de un sujeto, que es precisamente la culpabilidad. Los anteriores pasos se precisan en el artículo 122 del Código Adjetivo Penal.

Para poder afirmar la culpabilidad de una persona que ha realizado una conducta típica y antijurídica se deben reunir los siguientes requisitos:

a).- Imputabilidad.- Es la capacidad de culpabilidad, para que se tenga esta capacidad el sujeto debe ser mayor de 18 años de edad y no padecer perturbaciones psíquicas, ya que sólo en estas condiciones se considera que tiene la madurez para comprender lo injusto del hecho y de conducirse de acuerdo con ese entendimiento.

b).- Conocimiento de la antijuricidad del hecho realizado.- Con la simple existencia de las normas penales es suficiente para motivar a los ciudadanos y que conozcan el contenido de los hechos prohibidos con la finalidad de que no infrinjan esas normas y en último instancia si el sujeto no tiene conocimiento de que esa conducta esta prohibida no es suficiente para que se abstenga de su realización, salvo que incurra en un error de prohibición invencible el cual excluye la culpabilidad, y si es un error vencible atenúa su culpabilidad.

c).- La exigibilidad de una conducta diversa.- Cuando un sujeto reúne la capacidad de culpabilidad y tuvo la posibilidad de conocer la antijuricidad del hecho, se le exige y se espera de él que su comportamiento lo realice conforme a derecho ya que los mandamientos normativos es un deber que se debe exigir a todos los

ciudadanos, pero el derecho no puede exigir comportamientos heroicos o imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien realiza un hecho prohibido por la Ley Penal antes que sacrificar su vida o integridad física, sin embargo el hecho realizado por una persona en esas circunstancias no dejo de ser antijurídico yo que no es aprobado por el ordenamiento jurídico pero si se justifica su culpabilidad en virtud de que se presentan circunstancias motivales anormales que le impiden que ajuste su comportamiento a la norma, presentándose así la no exigibilidad de otra conducta, por lo tanto si una persona para salvar su vida tiene que privar de ese bien jurídico a otra el hecho no deja de ser antijurídico pero justifica su culpabilidad, presentandose la no exigibilidad de otra conducta en el estado de necesidad exculpante o disculpante, el miedo insuperable, la coacción, etcétera.

Afirmándose todos estos requisitos se afirman la existencia de la capacidad de culpabilidad del sujeto y, consecuentemente, la responsabilidad penal, como categoría procesal a que se refieren los artículos 16 y 19 de la Constitución.

La probable responsabilidad penal, es otro de los elementos torales que exige el artículo 16 Constitucional, para que la Autoridad Judicial pueda afectar la libertad personal de un gobernado con el fin de someterlo a la jurisdicción penal mediante el libramiento de una orden de aprehensión, al señalar: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la Autoridad Judicial... y existen datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".

Exigiendo de esta manera los mismos requisitos para una orden de captura, que para un auto de formal prisión.

Antes de entrar al análisis de lo que se debe entender por probable responsabilidad penal, primeramente estudiaremos la cuestión de la probabilidad y de la responsabilidad penal.

Por su parte Cuello Calón refiere que "la responsabilidad es el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad, del hecho imputado".¹³

Al respecto Arilla Bas señala que en términos generales, por responsabilidad debe entenderse "el deber jurídico del sujeto de soportar las consecuencias del delito".¹⁴

Por su parte el autor Enrique Bacigalupo refiere que la Responsabilidad, "son las condiciones bajo las cuales el autor del ilícito penal debe responder penalmente por el hecho cometido".¹⁵

Por nuestra parte creemos que por responsabilidad penal debe entenderse la obligación que tiene el individuo a quien se le imputa la comisión de un hecho típico y antijurídico de responder del juicio de reproche que le hace la sociedad a través de los órganos del Estado, por haber actuado sin una causa legal que justificara su proceder y haber actuado con capacidad de culpabilidad.

Por lo que hace a la "Probable", muchos autores hablan de "presunta", responsabilidad y otros de "posible", otros más aluden a la "sospecha", las leyes procesales utilizan las denominaciones de probable responsabilidad y la Constitución en los artículos 19 y 19 usan el término "probable".

El Código Penal antes de las reformas del 10 de enero de 1994 mil novecientos noventa y cuatro, si bien es cierto no definía lo que es la responsabilidad penal, también lo es que señalaba que personas son responsables de los delitos. Al establecer en el artículo 13 del Código Penal del Distrito Federal, que a la letra dice: "Son responsables del delito: I. Los que acuerden o preparen su realización; II. Los que realicen por sí; III. Los que lo realicen conjuntamente; IV. Los que lo lleven a cabo

¹³ Rivera Silva Manuel, *El procedimiento Penal* pág. 163 y 164

¹⁴ Arilla Bas Fernando, *El procedimiento Penal de México*, pág. 86

¹⁵ Bacigalupo Enrique, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, pág. 77, 89

serviéndose de otros; V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo; VI. Los que intencionalmente presenten o auxilien o otro para su comisión; VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; VIII. Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quien de ellos produjo el resultado".

La expresión de quienes eran los responsables del delito, trajo una serie de confusiones sobre lo que debía entenderse por probable responsabilidad.

Al respecto el autor Osorio y Nieto, señala: "Por presunta responsabilidad se entiende la probabilidad razonable de que una persona determinada halla cometido un delito y existirá cuando del cuadro procedimental se deriven elementos fundados por considerar que un individuo es probable sujeto activo de alguna forma de autorío. Se requiere para la existencia de la presunta responsabilidad, indicios de responsabilidad, no la prueba plena de ella, puesta certeza es materia de la sentencia".¹⁶

En el mismo sentido se encuentra lo señalado por el maestro Silva Silva, al referir que "la probable responsabilidad o existencia de indicios de criminalidad o culpabilidad es una de las notas que caracterizan al procedimiento, pues no sería ni lógico ordenar la detención de una persona de quien no se tiene ni siquiera sospecha.

Probable viene del latín "probabilis", significa dice Borja Soriano, "aquello de que hay buenas razones, aquello que es verosímil, lo que se funda en razón prudente, lo que es posible y merece ser más creído que la opinión contraria, para esta resolución es posible que pueda emitirse un juicio de probabilidad sobre la participación del imputado en el hecho, aquí ya no es preciso que ello conste indudablemente, es

¹⁶ Osorio y Nieto Cesar Augusto. *La averiguación Previa*, pág. 44.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

suficiente que las pruebas conduzcan razonablemente a esa conclusión, aunque no se logre arribar a la certeza sobre ese extremo".¹⁷

Pareciera a primera vista que el artículo 16 Constitucional, entiende por probable responsabilidad la intervención del sujeto en la realización de una conducta, principal o accesoria de adecuación típica; de igual forma, el autor Agustín Trinidad Pecero, refiere que "la probable responsabilidad debe acreditarse con elementos de prueba aptos y suficientes de los que se deriven que ese sujeto consignado intervino conforme a alguna de las ocho hipótesis del Código Penal para el Distrito Federal".¹⁸

En el mismo sentido le autora Minerva Cervantes de Castillejos, refiere: "que se emplea la denominación genérica de presunto responsable para referirnos a la persona respecto de la cual existen elementos probatorios para suponer fundadamente que participó en el delito en alguna de las formas prevista en el artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal, y así se excluye a la persona respecto de la cual se ha dictado sentencia condenatoria o absolutoria que haya causado ejecutoria".¹⁹

Sin embargo haciendo un análisis más detenido, y conforme a las reformas a las leyes sustantivas y adjetivas, y de acuerdo principalmente a las reformas de los artículos 13 y 15 del Código Penal nos lleva a la conclusión de que el sujeto activo será probable responsable por haber realizado la conducta típica antijurídica siendo imputable, teniendo la capacidad de comprender el carácter antijurídico del hecho y de conducirse de acuerdo a esa comprensión y por no haber actuado bajo un estado de error de prohibición, además por serle exigible una conducta diversa a la que realizó, por haber podido determinarse a actuar conforme a derecho. Por tanto la probable responsabilidad

¹⁷ Silva Silva Jorge Alberto, *Derecho Procesal Penal*, pág. 320

¹⁸ Trinidad Pecero Agustín, *Ob. Cit.*, pág. 311.

¹⁹ Cervantes de Castillejos, Minerva, *Anuario Jurídico, Unifamidad del Sistema Penal en México*, pág. 538.

viene siendo un juicio de atribución provisional que hace la autoridad judicial después de verificado el cumplimiento del tipo, y que no existen causa que justifique ese proceder, y las condiciones antes señaladas; y teniendo como presupuesto que además existen indicios de criminalidad contra determinada persona es decir de que existan indicios hasta este momento de que una persona ha violado una disposición legal, y de que esa conducta típica y antijurídica que tiene como presupuesto en forma probable le pueda ser reprochable por reunir las condiciones antes señaladas.

En consecuencia cuando se actúa amparado por una causa de justificación se debe negar la orden de aprehensión por que el inculpado se encuentra actuando conforme al derecho, pues en este caso el Estado permite que se actúe de esa manera y su conducta es lícita, en este supuesto no se debe de entrar ni siquiera al estudio de la probable responsabilidad; asimismo se debe negar la orden de aprehensión cuando el sujeto es inimputable, es decir que no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de conducirse de acuerdo a esa comprensión en virtud de minoría de edad, ó padecer trastorno mental y desarrollo intelectual retardado (aunque lo anterior pudiera ser materia de un juicio diverso, como en el caso de los menores, a través del consejo tutelar de menores) o actué bajo un error invencible, o se ejerció coacción en contra de su persona de tal manera que no se le pueda exigir una conducta diversa a la realizada por no haber podido actuar conforme a derecho, no se podrá acreditar la probable responsabilidad (causas de inculpabilidad).

Pues la forma de intervención de los sujetos activos se estudia entre los elementos del tipo, conforme a la fracción II del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales; pues como lo afirma el maestro García Ramírez, que "la probable responsabilidad suele asociarse a la hipótesis del artículo 13 del Código Penal esto es, a las formas de participación en el delito, no son sinónimas estrictamente, la responsabilidad que requiere el enjuiciamiento y la que postula el derecho penal sustantivo encierra mayores datos que aquella. La

viene siendo un juicio de atribución provisional que hace la autoridad judicial después de verificado el cumplimiento del tipo, y que no existen causa que justifique ese proceder, y las condiciones antes señaladas; y teniendo como presupuesto que además existen indicios de criminalidad contra determinada persona es decir de que existan indicios hasta este momento de que una persona ha violado una disposición legal, y de que esa conducta típica y antijurídica que tiene como presupuesto en forma probable le pueda ser reprochable por reunir las condiciones antes señaladas.

En consecuencia cuando se actúa amparado por una causa de justificación se debe negar la orden de aprehensión por que el inculpado se encuentra actuando conforme al derecho, pues en este caso el Estado permite que se actúe de esa manera y su conducta es lícita, en este supuesto no se debe de entrar ni siquiera al estudio de la probable responsabilidad; asimismo se debe negar la orden de aprehensión cuando el sujeto es inimputable, es decir que no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de conducirse de acuerdo a esa comprensión en virtud de minoría de edad, ó padecer trastorno mental y desarrollo intelectual retardado (aunque lo anterior pudiera ser materia de un juicio diverso, como en el caso de los menores, a través del consejo tutelar de menores) o actué bajo un error invencible, o se ejerció coacción en contra de su persona de tal manera que no se le pueda exigir una conducta diversa a la realizada por no haber podido actuar conforme a derecho, no se podrá acreditar la probable responsabilidad (causas de inculpabilidad).

Pues la forma de intervención de los sujetos activos se estudia entre los elementos del tipo, conforme a la fracción II del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales; pues como lo afirma el maestro García Ramírez, que "la probable responsabilidad suele asociarse a la hipótesis del artículo 13 del Código Penal esto es, a las formas de participación en el delito, no son sinónimas estrictamente, la responsabilidad que requiere el enjuiciamiento y la que postula el derecho penal sustantivo encierra mayores datos que aquella. La

existencia de ésta última quedará contemplada en la sentencia cuyo proposito es, declararla y establecer sus consecuencias".²⁰

En el mismo sentido el Maestro Enrique Bacigalupo pero referido a la responsabilidad penal señala que: "La realización de una acción típica y antijurídica no es suficiente para generar responsabilidad penal. Las condiciones bajo las cuales el autor de un ilícito penal debe responder por el hecho cometido tienen por lo tanto, que analizarse independientemente de las que determinan la existencia de lo ilícito; la teoría predominante trata de todos los elementos de la responsabilidad en una única categoría que se designa con la expresión de culpabilidad. Dentro de esta se distingue entre la capacidad de culpabilidad (designada tradicionalmente como imputabilidad), la cuestión de la consciencia de la tradicional trata aquí lo referente al dolo y a la culpa o negligencia y las circunstancias que excluyen la culpabilidad, bajo el título de exigibilidad; son elementos que condicionan la responsabilidad penal".²¹

Por tanto la probable responsabilidad a que alude el artículo 16 Constitucional no debe tomarse en su sentido gramatical (calidad de lo que puede ser probado) ni tampoco equipararlo a una probable autoría, puesto que la probable responsabilidad como se dijo anteriormente contiene más elementos que deben ser valorados.

Ahora bien, por otra parte pudiera suceder que el juez penal gire orden de aprehensión por considerar que de la averiguación previa se deducen los elementos suficientes para hacer probable la responsabilidad penal de una persona y no obstante al resolver la situación jurídica dentro del plazo constitucional de las 72 horas, resuelva que no está demostrada ésta, aparentemente resulta contradictorio toda vez que se exige los mismos requisitos para expedir una orden de aprehensión y para dictar un auto de formal prisión; sin

²⁰ *García Ramírez Sergio y Adato De Ibarra Victoria, Prontuario del Proceso Penal Mexicano* pág. 199.

²¹ *Bacigalupo Enrique, Ob. Cit.,* pág. 69

existencia de ésta última quedará contemplada en la sentencia cuyo proposito es, declararla y establecer sus consecuencias".²⁰

En el mismo sentido el Maestro Enrique Bacigalupo pero referido a la responsabilidad penal señala que: "La realización de una acción típica y antijurídica no es suficiente para generar responsabilidad penal. Las condiciones bajo las cuales el autor de un ilícito penal debe responder por el hecho cometido tienen por lo tanto, que analizarse independientemente de las que determinan la existencia de lo ilícito; la teoría predominante trata de todos los elementos de la responsabilidad en una única categoría que se designa con la expresión de culpabilidad. Dentro de esta se distingue entre la capacidad de culpabilidad (designada tradicionalmente como imputabilidad), la cuestión de la consciencia de la tradicional trata aquí lo referente al dolo y a la culpa o negligencia y las circunstancias que excluyen la culpabilidad, bajo el título de exigibilidad; son elementos que condicionan la responsabilidad penal".²¹

Por tanto la probable responsabilidad a que alude el artículo 16 Constitucional no debe tomarse en su sentido gramatical (calidad de lo que puede ser probado) ni tampoco equipararlo a una probable autoría, puesto que la probable responsabilidad como se dijo anteriormente contiene más elementos que deben ser valorados.

Ahora bien, por otra parte pudiera suceder que el juez penal gire orden de aprehensión por considerar que de la averiguación previa se deducen los elementos suficientes para hacer probable la responsabilidad penal de una persona y no obstante al resolver la situación jurídica dentro del plazo constitucional de las 72 horas, resuelva que no está demostrada ésta, aparentemente resulta contradictorio toda vez que se exige los mismos requisitos para expedir una orden de aprehensión y para dictar un auto de formal prisión; sin

²⁰ *García Ramírez Sergio y Adato De Ibarra Victoria, Prontuario del Proceso Penal Mexicano* pág. 199.

²¹ *Bacigalupo Enrique, Ob. Cit.,* pág. 69

embargo tal resolución resulta apegada a derecho, porque la probable responsabilidad puede destruirse, si dentro del plazo constitucional o su duplicidad, se practican diligencias para desvirtuar el material probatorio presentado por el mismo Ministerio Público.

Por lo tanto la Probable responsabilidad de un indiciado existirá cuando se presenten determinadas pruebas, por las cuales se puede suponer la responsabilidad de un sujeto; es decir que no sólo sea factible, sino que sea verosímil o que se pueda probar, y previo a lo anterior debe estudiar que no exista ninguna causa de justificación.

La probabilidad se asemeja a la duda, sin embargo esta no favorece al probable responsable, pues la probabilidad lejos de eliminar la duda la implica y por ende la orden de aprehensión se obsequia aunque exista duda sobre la responsabilidad.

Por otra parte la calidad de probable responsabilidad la tendrá el sujeto activo de la acción penal hasta que se dicte la sentencia definitiva, aunque conforme a las diversas etapas procedimentales reciba diversas denominaciones específicas, así por ejemplo será denominado indiciado o inculcado durante la averiguación previa, hasta el ejercicio de la acción penal, y una vez que ha sido radicado dicha averiguación ante el juzgado correspondiente, si es detenido será denominado consignado; de lo contrario se le seguirá nombrándole indiciado; a partir del auto de formal prisión se le nombra procesado; y durante las conclusiones del Ministerio Público será acusado hasta la sentencia, y es ahí precisamente que deja de ser probable responsable para definir su plena responsabilidad penal o su inocencia en el ilícito que se le imputa.

CAPITULO CUARTO

INSTITUCIONES AFINES QUE COARTAN Y LIMITAN LA LIBERTAD PERSONAL

4.1.- LA FLAGRANCIA.

Una de las hipótesis en que una persona pueda ser privada de su libertad sin la correspondiente orden de aprehensión lo constituye el delito flagrante mismo que se encuentra regulado por nuestra carta magna en su artículo 16 párrafo cuarto que a la letra dice:

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

Conforme al diccionario de la lengua castellana, flagrante significa "en el mismo momento", y referido al delito, es en el mismo momento de estarse cometiendo sin que el autor haya podido huir, por su parte el maestro RAFAEL DE PINA señala que en el lenguaje Jurídico el delito es flagrante "cuando es descubierto en el momento de su ejecución o aquel en que el autor es sorprendido cuando la acaba de cometer".¹

En el mismo sentido el maestro Burgoa Orihuela, señala que el delito flagrante "es aquel cuyo autor es arrestado en el momento de estarlo cometiendo o perseguido materialmente después de haberlo perpetrado".²

Por su parte el autor Rivera Silva, refiere que flagrante "es el momento mismo que esta resplandeciendo el delito".³

¹ De Pina Vara Rafael, *Diccionario de derecho*, pág 274

² Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías individuales*; ob. pág. 609

³ Rivera Silva, Manuel, *El Procedimiento Penal*, pág. 143.

La expresión que utiliza nuestro texto Constitucional de delito flagrante constituye un exceso en el lenguaje Jurídico, por que pareciera ser a primera vista que se refiere a la existencia Jurídica de un delito, que conforme al artículo 1º. del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal le corresponde a los Tribunales Penales declarar cuando un hecho ejecutado es o no delito; y lo que realmente se quiso referir el Constituyente, al utilizar dicha expresión es precisamente la existencia material de la conducta que lo configura, por tanto sería deseable que la misma fuera sustituida por la expresión "conducta flagrante", pues se advierte del texto Constitucional que la voluntad del constituyente fue autorizar a cualquier persona sea o no Autoridad la detención del autor de la conducta (acción u omisión) material que puede configurar el delito, lo anterior se desprende del texto del artículo 21 Constitucional en el que se faculta de manera exclusiva a la Autoridad Judicial la imposición de las penas una vez que ha determinado que la conducta constituye delito.

La facultad que se le concede a cualquier persona para privar de la libertad a quien desarrolla una conducta delictiva en el momento de estarla realizando no constituye una garantía individual, sino una medida de protección social, que permite a sus miembros contribuir a que no se altere el orden público y la seguridad de la sociedad, poniendo a disposición de la Autoridad Inmediata o al Ministerio Público a sus autores, para ser consignados ante la Autoridad competente a efecto de que dichas conductas no queden sin castigo; lo anterior se autoriza en virtud de la evidente e innegable participación del indiciado en el hecho delictivo, siendo facultativo para los particulares y siempre que no corran riesgos y en cambio para las Autoridades y sus Agentes se convierte en una obligación.

Por su parte el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el artículo 267 establece:

"Se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el

inculpado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito.

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

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

Con lo anterior se establecen diversas hipótesis de la flagrancia, así tenemos:

a).- "Cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo", lo anterior es lo que se ha dado en llamar propiamente flagrancia estricta, y es el acto con el que una persona es sorprendida mientras se está cometiendo un delito, estableciéndose esa relación íntima entre el hecho delictuoso y su autor es decir que la detención se realiza en la fase consumativa de la conducta.

b).- "Cuando después de ejecutado el hecho delictuoso el inculpado es perseguido materialmente", esta segunda hipótesis es lo que se ha dado en llamar cuasiflagrancia, y se condiciona para que proceda la misma, que la persecución sea ininterrumpida, esto es que no se suspenda, y además que no se le haya perdido de vista, esto es que no se ponga el inculpado fuera del inmediato alcance de los que le persigan. La palabra "después" debe entenderse que se inicia en los

momentos inmediatos posteriores a la consumación del evento delictivo, no importando el tiempo que transcurra en la persecución siempre y cuando no cese la misma, si por cualquier razón se llegare a suspender ya no se estará en la hipótesis antes señalada; por tanto no abarca cualquier etapa posterior a la consumación del delito.

c).- "Cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos a quien hubiera participado con ella en la comisión del delito; o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito; o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la Ley, no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se hubiese interrumpido la persecución del delito", es lo que se ha dado llamar presunción de flagrancia y la misma proviene de que están resplandeciendo las pruebas de la participación del inculpado, también llamada flagrancia de la prueba, lo que existe en esta hipótesis son datos que hacen suponer fundadamente de que ese sujeto fue el autor o partícipe. En estos casos el Ministerio Público verificará que se trate de un delito considerado como grave y no haya transcurrido más de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos y se hubiese iniciado la averiguación previa correspondiente y no se haya interrumpido la persecución del delito, pues en caso de no reunir estos requisitos el Ministerio Público no podrá retener a ninguna persona.

4.2 CASOS URGENTES

En el párrafo quinto del artículo 16 de nuestra Constitución Política se establece lo relativo a las detenciones en casos urgentes, sufriendo modificaciones con la redacción del texto anterior con motivo de las Reformas, quedando en los siguientes términos: "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".

Por su parte el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece:

"Habrà caso urgente cuando concurren las siguientes circunstancias.

I.- Se trate de delito grave así calificado por la Ley; y

II.- Exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraer a la acción de la Justicia, y

III.- El Ministerio Público no pueda ocurrir ante la Autoridad Judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.

Existirá riesgo fundado a que se refiere la fracción II anterior, en atención a las circunstancias personales del inculpado, a sus antecedentes penales, a sus posibilidades de ocultarse, a ser sorprendido al tratar de abandonar el ámbito territorial de la Jurisdicción de la Autoridad que estuviera conociendo del hecho o, en general, a cualquier indicio que haga presumir fundadamente que pueda sustraerse de la acción de la Justicia".

En el texto anterior se establecía que cualquier Autoridad administrativa podía detener a una persona, en tales casos con la Reforma se a resuelto que dicha autorización es solamente para el Ministerio Público, lo anterior en congruencia con el artículo 21 Constitucional que establece "la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la Autoridad y mando inmediato de aquel". Pues como lo señala el maestro Burgoa Orihuela, respecto a los casos urgentes al texto anterior a las Reformas,

que "se habría un campo propicio al subjetivismo de las Autoridades administrativas, incluyendo dentro de su tipo funcional y orgánico al Ministerio Público para atentar contra la libertad personal de los gobernados. En efecto, la estimación de cuando se estaba en presencia de un "caso urgente" quedaba al arbitrio de cualquier Autoridad que pretendiera detener a una persona sin orden Judicial.

Por tanto era suficiente que cualquier Autoridad administrativa abrigara esos temores, si estimaba que se estaba ante un caso urgente, procedía a detener a la persona.

Se reflejó aguda y gravemente en la realidad mismo que registró con demasiada frecuencia casos en que, sin orden Judicial, se privaba a una persona de su libertad no sólo por funcionario del Ministerio Público, sino por Autoridades administrativas a las que Constitucionalmente y legalmente no incumbía la persecución de los delitos. Prueba de ella era que en la práctica abundaban las consignaciones tardías " con detenido".⁴

La finalidad de las Reformas es la de proteger de la mejor manera la libertad de los Gobernados, precisando los términos de la autorización en los casos de una detención por notoria urgencia.

Así se establece la limitación a dicha autorización sólo para la persecución de los delitos graves que señala la Ley, y no como anteriormente se indicaba en que podía ser detenida una persona por cualquier delito perseguible de oficio.

La facultad que se le concede al Ministerio Público para ordenar la detención del indiciado en notoria urgencia en los casos en que concurren delitos graves así calificados por la Ley se deriva la necesidad de que los legisladores locales para que tengan efectividad en sus respectivos espacios de aplicación determinen que delitos revisten la condición de graves en sus respectivas entidades; lo anterior

⁴ *Burgoa Orihuela, Ignacio, ob. cit., pág. 611.*

cobra relevancia en virtud de que la calificación de delito grave tiene efectos colaterales así por ejemplo no permite que el inculpado obtenga la libertad provisional tal como lo establece el artículo 20 fracción primera de nuestra Constitución; En el Distrito Federal para los delitos del orden común, de ello se ocupa el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales, que en su parte final establece que "para todos los efectos legales, por afectar de manera importantes valores fundamentales de la sociedad, se califican como delitos graves, los siguientes: Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60 párrafo tercero; terrorismo, previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje, previsto en el artículo 140 párrafo primero, evasión de presos previsto en el artículo 150 y 152; ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores, previsto en el artículo 201; trata de personas, previsto en el artículo 205 segundo párrafo; explotación del cuerpo de una menor por medio del comercio carnal previsto en el artículo 208; violación previsto en los artículos 265, 266, 266 bis; asalto, previsto en los artículos 286 párrafo segundo y 287; homicidio, previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315 bis, 320 y 323; secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando además se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 377, 381 fracción VIII, IX y X, y 381 bis; Robo, previsto en el artículo 371 párrafo último; extorsión previsto en el artículo 390; y despojo previsto en el artículo 395 último párrafo, todos los Código de Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; así como el de tortura previsto en los artículos 3º y 5º de la Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura. La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en el párrafo anterior, también se califica como delito grave".

Por otra parte y como la orden de detención que expida el Ministerio Público como acto de Autoridad, debe ser fundada y motivada, toda vez que se vulnera la garantía de libertad del gobernado, por tanto expresamente se exige la existencia previamente

de datos antes de la detención en contra del indiciado para evitar que tales detenciones se hagan con fines meramente investigatorios. Si la detención no es ejecutada de inmediato no se justifica que dicha orden de detención subsista, sin perjuicio de que el Ministerio Público en su oportunidad solicite orden de aprehensión a la Autoridad Judicial.

Una segunda condición para considerar que el caso es urgente consiste en estar en el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la Justicia; aunque esta condición cae en el terreno de subjetividad en cuanto que el riesgo fundado de que el sujeto se sustraiga a la acción de la Justicia tiene que ser realizada por el Ministerio Público en primer término por la apreciación que haga atendiendo a la circunstancia del caso concreto, pues como lo señala el maestro Burgoa Orihuela que "esto habrá un campo ilimitado propicio al subjetivismo para determinar en que situación se esta realmente ante un caso urgente para detener a una persona sin orden de aprehensión aparte de ser arriesgada resulta la más de las veces facultativa y puede conducir hasta la arbitrariedad"⁵

Por lo tanto el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la Justicia no puede ser un concepto meramente subjetivo, sujeto a la total discrecionalidad de la Autoridad y en este sentido, no basta que el Ministerio Público "suponga" que el Indiciado se evadirá de la acción de la Justicia por el sólo conocimiento de que está siendo investigado. Es necesario además que el temor del Organo Investigador se encuentre respaldado en circunstancias objetivas que justifiquen plenamente su sospecha o que el indiciado materialice actos claramete tendientes a sustraerse a la acción de la Justicia. Es claro que el riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse de la acción de la Justicia no se basa solamente en la convicción de que el presunto responsable huirá, sino que además esta convicción debe fundarse en circunstancias reales, objetivos y demostrables, que no necesariamente son atribuibles a quien se pretende detener.

⁵ *Ibidem*, pág. 612.

La carga de la prueba de estas circunstancias objetivas correspondan definitivamente al Ministerio Público. Esta Autoridad debe, en todo caso, razonar los motivos que la impulsaron a deducir que el detenido pretendía evadirse, correspondiéndole al Órgano Jurisdiccional decidir si en su concepto la detención fue o no justificada.

La tercera condición establecida por el párrafo quinto del artículo 16 Constitucional para considerar un caso urgente consiste en que no se pueda ocurrir ante la Autoridad Judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia; datos que nos permiten constatar de manera objetiva la imposibilidad de acudir ante la Autoridad Judicial y así hacer real la garantía de legalidad de todo gobernado; por tanto el representante social al ordenar la detención de una persona debe señalar en forma clara y precisa las circunstancias que le impidieron en forma racional acudir ante la Autoridad Judicial en las constancias para justificar la necesidad de esa urgencia.

Como complemento de los párrafos anteriores se estableció en el párrafo sexto del artículo 16 Constitucional lo siguiente: "En caso 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". Con ello se establece un control de legalidad por parte del Órgano Jurisdiccional en relación a detenciones, hechas en flagrancia o caso urgente; estableciéndose que sea el Juez a quien se le consigna el detenido quien previo estudio de las constancias de autos una vez que haya radicado la causa deberá de inmediato calificar la legalidad o ilegalidad del acto concreto de la detención, ratificándola si aquella es legal o, en caso contrario ordenando su libertad con lo cual se restituye al individuo la garantía que le fuera violada. Pues en el caso de que el Juez ratifique la detención estará reconociendo la legalidad de la misma no sólo desde el inicio sino también de su prolongación durante la averiguación previa, que lo constituye la retención de dicho inculpado hasta la consignación, pues es la decisión del juzgador la que justifica esa privación de la libertad y crea el estado jurídico respectivo, para el efecto de que la persona

consignada continúe detenida, si es que no se concede la libertad provisional cuando proceda, y en esa condición queda sujeta a la siguiente etapa que es la declaración preparatoria para llegar al auto que defina su situación jurídica en el plazo que fija el artículo 19 Constitucional; con ello se obliga al juzgador a que resuelva sobre los extremos del artículo 16 Constitucional antes de proceder a tomar la declaración preparatoria y resolver sobre los extremos del artículo 19 Constitucional. En el supuesto de que no se ratifique la detención por haber sido ilegalmente detenida, por no haberse justificado la flagrancia o la notoria urgencia, la persona consignada deberá quedar en libertad con las reservas de Ley, lo anterior independientemente de la responsabilidad penal o administrativa del que hubiere ordenado o prolongado la detención. Por su parte el Ministerio Público puede solicitar al juzgador que se libere la correspondiente orden de aprehensión en contra de dicho inculpado si se satisfacen los requisitos del artículo 16 Constitucional, esto es, los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad de dicho inculpado, o solicitar la orden de comparecencia si el delito que se le imputa a la persona liberada tiene sanción no privativa de libertad o es de carácter alternativo, teniendo una pena no privativa de libertad y por inadvertencia haya sido consignada, o en su caso puede interponer el recurso de apelación en contra de dicha resolución tal como lo establece el artículo 418 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que dice "Son apelables: II... el de ratificación de la detención; el de formal prisión o de sujeción a proceso o el que los niegue; el que concede o niegue la libertad". Ya sea por el Ministerio Público o por el inculpado.

En tal virtud se concluye que para poderse ratificar la detención de un indiciado, cuando se consigna la averiguación con detenido, el Juez debe analizar si efectivamente ésta fue privado de su libertad en flagrancia de la conducta típica, al efecto, deberá examinar las constancias de autos para determinar la legalidad de la privación de la libertad, como un medio de control, para que la violación, en caso de existir, no quede consumada irreparablemente, lo mismo acontece

respecto de la detención ordenada por el Ministerio Público en casos de urgencias, en cuya hipótesis, para ratificarse la detención del indiciado, se debe analizar si se cumplieron con los requisitos que establece el párrafo quinto del artículo 16 Constitucional, o sea si se justificó que se está en presencia de las hipótesis de delito grave que así define la Ley o ante el riesgo fundado de que el indiciado se pudiera sustraer de la acción de la Justicia, también se deberá examinar cual fue la causa por la que el Ministerio Público no pudo ocurrir ante la Autoridad Judicial a pedirle su intervención para el libramiento de una orden de aprehensión, además como todo mandamiento de Autoridad se examinará si se fundaron y motivaron las causas que generaron el proceder del Órgano de investigación. Así las cosas, al ratificarse la detención, con anterioridad a la Reforma constitucional, el Juez verificaba que no hubiera operado la prescripción de la acción persecutoria o que el delito no estuviera sancionado con pena alternativa, actualmente, además, se debe cerciorar y examinar si se justifica la privación de la libertad del indiciado por orden de Ministerio Público o si fue sorprendido en flagrancia de la conducta típica, debiendo decretar su inmediata libertad con las reservas de Ley si ello no está acreditado. Por otra parte la calificación de la detención, que habrá de hacerse al momento de la radicación de la causa, no incluye consideraciones relativas a la comprobación de los elementos del tipo penal ni a la probable responsabilidad, pues estos requisitos son necesarios para resolver la situación jurídica de un indiciado dentro del Plazo Constitucional.

En el párrafo séptimo del multicitado artículo 16 Constitucional se establece: "Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la Autoridad Judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos en que la Ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la Ley penal".

Con lo anterior se define claramente el plazo por el cual el Ministerio Público puede retener a una persona que ha sido detenida en las hipótesis de flagrancia o urgencia, pues en el caso del cumplimiento de orden de aprehensión, debe hacerse sin demora ya que, quien materialmente ejecute dicho mandato no debe realizar diligencia alguna distinta a la puesta de disposición; con esto se llena un vacío sobre la necesidad de establecer el tiempo máximo que debía durar la averiguación previa con detenido, pues dicho plazo le da a la Autoridad la oportunidad que cumpla con el deber de la integración de la averiguación en la que se deberá constatar la comisión del hecho delictuoso y los datos o elementos que hagan probable la responsabilidad del autor o autores para efecto del ejercicio de la acción penal y el inculpado pueda ejercer los actos propios de defensa; al establecerse el plazo de retención es con el fin por una parte de darle seguridad jurídica a los inculpados, pues ya no habrá lugar a posibles detenciones indefinidas, pues era un hecho de que el Ministerio Público a través de la Policía Judicial en los casos urgentes e inclusive a través de los particulares en los caso de delito flagrante efectuaban detenciones dentro del periodo de averiguación previa que muchas veces constituían verdaderas privaciones de la libertad por prolongarse durante varios días y en ocasiones en manos de la Policía Judicial por semanas enteras con la zozobra y temor de los detenidos trayendo como consecuencia confesiones que en circunstancias normales no se producirían y la angustia por parte de los familiares provocando un pánico real y desconfianza en la sociedad hacia las instituciones encargadas de velar por su seguridad; y por otra parte las víctimas u ofendidos o la sociedad en general tendrán conocimiento de que el Ministerio Público cuenta con un plazo razonable para integrar la averiguación previa correspondiente, y en caso de que este fenezca y requiera mayor tiempo para dicha integración pondrá en libertad a dicho inculpado sin perjuicio de que en estos casos solicite ante la Autoridad correspondiente el arraigo, para posteriormente solicitar la correspondiente orden de aprehensión.

Con ello se trata de evitar detenciones arbitrarias prolongadas al libre albedrío del funcionario que realiza la averiguación previa y a la vez dar seguridad a los gobernados, pues existen dos intereses que hay que conciliar por una parte la restricción de la libertad de un ciudadano y por otra la función del Ministerio Público como encargado de la persecución de los delitos, considerando que es un plazo razonable para desempeñar su función en forma correcta sin apresuramiento y obligándolo a ser más eficiente, pues un plazo menor iría en detrimento de la administración de Justicia.

Por otra parte el Ministerio Público puede incurrir en responsabilidad penal al retener por más tiempo a un inculpado, así lo establece el artículo 225 fracción X del Código Penal que dice:

"Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes X.- Detener a un individuo durante la averiguación previa fuera de los casos señalados por la Ley, o retenerlo por más tiempo del señalado por el párrafo séptimo del artículo 16 Constitucional".

En la segunda parte del párrafo que se analiza se autoriza la duplicación del plazo de cuarenta y ocho horas en los casos que la Ley prevea como delincuencia organizada, lo anterior se justifica por tratarse de uno de los males de nuestro tiempo, cuyo grado de organización, la disposición de amplísimos recursos económicos y financieros, uso de armas y vehículos de toda especie (así como ilimitados recursos) y su letal capacidad de violencia, hacen que sean capaces de cometer delitos de tal magnitud que dificultan seriamente la facultad de persecución que le corresponde al Estado y que la averiguación previa se vuelva 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 o víctimas. El carácter de delincuencia organizada se orienta por los criterios de permanencia en sus actividades ilícitas, su carácter lucrativo, el grado de complejidad en su organización y que esa asociación

tenga como finalidad cometer delitos que afecten bienes jurídicos fundamentales de los individuos y la colectividad y que a su vez alteran seriamente la seguridad pública o la salud, lo que hace difícil investigar este tipo de criminalidad violenta. El artículo 268 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala los delitos que son considerados como de delincuencia organizada: "En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de Autoridad Judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada, que serán aquellos en los que tres o más personas se organizan bajo reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado ó con fines predominantemente lucrativos alguno de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en Materia de Fuero Federal: Terrorismo previsto en el artículos 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150, 152; ataque a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; trata de personas prevista en el artículo 205 segundo párrafo; explotación del cuerpo de una menor de edad por medio del comercio carnal previsto en el artículo 208; violación previsto en artículos 265, 266, 266 bis; homicidio doloso previsto en el artículo 302 con relación al 307, 315 y 320; secuestro previsto en el artículo 366 fracciones I a VI, exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en el artículo 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones IX y X, 381 bis; extorsión previsto en el artículo 390; despojo previsto en el artículo 395 último párrafo; así como el de tortura previsto en los artículos 3º y 5º de la Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura".

4.3 LA ORDEN DE COMPARECENCIA.

Cuando la consignación de la Averiguación Previa se hace sin detenido y por un delito que se sanciona con pena no privativa de libertad o alternativa, la misma se hace con pedimento de Orden de Comparecencia, en el primer caso porque no hay pena corporal y en el segundo porque siendo alternativa, sólo se podría saber si el delito merece pena corporal hasta la sentencia; por su parte el juzgador una vez que radique dicha Averiguación Previa y previo estudio de las constancias resolverá si se satisfacen los requisitos del artículo 16 Constitucional esto es, si existen elementos de prueba que acrediten los elementos del tipo de que se trate y la probable responsabilidad penal de sus autores para observarse dicha orden.

El artículo 133 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece: "En los casos a que se refiere el tercer párrafo del artículo 271 de este Código, y en todos aquellos en que el delito no dé lugar a aprehensión, a pedimento del Ministerio Público se librará la Orden de Comparecencia, en contra del inculpadó, para que rinda su declaración preparatoria, siempre que estén acreditados los elementos del tipo y la probable responsabilidad del inculpadó. La Orden de Comparecencia y la de Aprehensión se entregarán al Ministerio Público".

Como se desprende del artículo anterior la Orden de Comparecencia es girada por el Órgano Jurisdiccional, en contra de los inculpados, por delitos que no tengan sanción corporal o ésta sea alternativa en la que se contemple una no privativa de libertad, ó en el caso de que haya obtenido dicho inculpadó su libertad bajo caución en averiguación previa, misma que debe ser solicitada por el Ministerio Público al ejercitar la acción penal, cumpliéndose los mismos requisitos que para una orden de aprehensión, lo anterior cobra especial relevancia toda vez que con dicha reforma brinda la seguridad de que un gobernado no será molestado por simples presunciones, sino que deben estar acreditados los elementos del tipo así como la probable

responsabilidad; y la misma debe ser cumplimentada a través de los agentes de la Policía Judicial; ello conlleva a una problemática de orden práctico cuando la misma se tiene que cumplir fuera de la jurisdicción del juzgador que la ha librado pues la Policía que le ha de dar cumplimiento es la del lugar donde se encuentra el inculcado, lo anterior en virtud de que las ordenes de Comparecencia no están comprendidas en los convenios de colaboración entre procuradurías por tanto no pueden ejecutarse por medio de dichos convenios quedando en este caso una laguna, pues anteriormente se cumplimentaban a través de exhortos lo anterior en virtud de las reformas sufridas por el artículo 119 Constitucional.

En los casos en que procede la Orden de Comparecencia, a que se refiere el tercer párrafo del artículo 271 de la Ley Procesal, cuando el inculcado ha obtenido su libertad ante el Ministerio Público exhibiendo caución suficiente de que garantice no sustraerse a la acción de la justicia, sin perjuicio de que éste último solicite el arraigo; de tal suerte que resulta contradictorio, que alguien garantizó que no se evadiría de la acción de la Justicia e incluso se le previno al mismo para que comparezca para la práctica de diligencias ante el Ministerio Público o ante el Juez al que se le consignó la averiguación previa, en términos del párrafo sexto del artículo 271 en comento, se le mande traer por medio de Policía Judicial, pues al no incumplir ninguna norma y garantizar su libertad lo congruente sería que se le mandara a citar; es decir que la orden fuera directamente a la persona que ha de comparecer, para que lo haga por sí sólo ó acompañado por su abogado para que se proceda a tomarle su declaración preparatoria, en día y hora señalados y en caso de que la misma no fuera obedecida siendo debidamente notificado, se proceda al mandato de acompañamiento por medio de Policía Judicial ó en su caso se expedirá la Orden de Aprehesión previa solicitud del Ministerio Público y se ordenará hacer efectiva la garantía que exhibió. Pues como lo señala el maestro Silva Silva "El mandato de comparecencia es en

substancia un decreto de citación al imputado. No implica custodia posterior".⁶

La Orden de Comparecencia traerá como consecuencia que se dicte por parte del juzgador, el auto de sujeción a proceso pues este se dicta cuando se estima que hay base para un proceso por estar comprobados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, la diferencia con el auto de formal prisión reside en que el primero se dicta cuando el delito imputado no tiene señalada únicamente pena corporal, su fundamento legal se encuentra en el artículo 18 Constitucional que establece que "Solo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva"; teniendo este auto todos los requisitos medulares y formales del auto de formal prisión excepto la prisión preventiva; sin embargo se establece como restricción para la buena marcha del proceso que no podrá ausentarse del lugar del juicio, porque esta obligado a comparecer cuantas veces se le requiera por parte de la Autoridad Jurisdiccional.

4.4 LA ORDEN DE PRESENTACION.

La orden de presentación o de acompañamiento se da cuando una persona es obligada a comparecer ante la Autoridad que lo requiera, en cualquier calidad de denunciante o de testigos excepto la de inculpado, salvo que se trate de la etapa de averiguación previa, en estos casos existe una restricción de su libertad que tiene un límite precario, el indispensable para el desahogo de la diligencia. La orden de presentación supone por una parte el rechazo del citatorio en el que se le hace el llamado por parte de una Autoridad, a una persona determinada para que acuda voluntariamente a un lugar y hora señalados para la práctica de alguna diligencia; esta citación solamente puede ordenarla el Juez durante el proceso y el Ministerio Público durante la averiguación previa, con el apercibimiento de ser presentados por la Policía Judicial en caso de incumplimiento, y si esto

⁶ *Silva Silva Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, pág. 500*

sucede se gira la orden de presentación para que se presente el remiso; está orden se constriñe en acompañar al sujeto por parte de los agentes de la Policía Judicial quienes lo escoltaran y lo custodiaran, ante la Autoridad que lo requiere, sin que dicha custodia continúe una vez terminada la diligencia.

"El mandato de acompañamiento -dice Manzini- es un decreto del Juez o de otra Autoridad revestida del relativo poder, consiste en el mandamiento impartido por esa misma Autoridad a los Oficiales y Agentes de la Policía Judicial o de la fuerza pública para que conduzca a su presencia al imputado, a los denunciantes o testigos si hace falta hasta mediante el empleo de la fuerza".⁷

4.5 EL ARRESTO.

En el artículo 21 de nuestra Constitución Política se establece"... Compete a la Autoridad Administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de Policía, las que únicamente consistiran en multa o arresto hasta por treinta y seis horas. Pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiere impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas".

Por tanto el arresto como lo señala el Maestro Rivera Silva "Es la privación de la libertad como consecuencia de un mandato de Autoridad Administrativa".⁸

En este caso la Autoridad Administrativa hará comparecer al infractor para que se levante el acta correspondiente y a continuación la Autoridad competente lo sancione con multa, si es que se dio la infracción, concediéndole un plazo racional para pagarla y en caso de que no se cubra la sanción pecuniaria se podrá expedir la orden de

⁷ Citado por Silva Silva, Jorge Alberto, *Ob. Cit.*, pág. 500

⁸ Rivera Silva Manuel, *Ob. Cit.*, pág. 135.

arresto, sustituyendo con esta medida el pago de la multa, salvo que la medida sea de arresto inconvertible, como en el caso de manejar en estado de ebriedad.

Por otra parte los artículos 31 y 33 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establecen como corrección disciplinaria y como medidas de apremios, el arresto hasta de treinta y seis horas; como medida de carácter disciplinario es de lo que dispone el juzgador para hacer cumplir sus determinaciones; con ello se trata de evitar la contumacia o rebeldía de las partes o de los particulares frente a una determinación judicial. Por su parte el Maestro De Pina Vara, refiere que el arresto "es una corta privación de la libertad, que puede ser impuesta por una Autoridad Judicial o Administrativa".⁹ En el mismo sentido el autor Colín Sánchez señala "El arresto es un procedimiento de restricción a la libertad menos riguroso que la captura o aprehensión, en virtud de que tiene un carácter perentorio y no siempre emana de la Autoridad Judicial. Es una forma de coerción represiva limitada a un tiempo determinado que no debe exceder del que establece la Ley, puede llevarse por motivos distintos a la comisión de un delito y ajenos del todo al proceso, tal es el caso de la violación a los reglamentos de Policía".¹⁰ Se explica lo anterior por la necesidad de que los Tribunales estén dotados de estas medidas coactivas, por que de otra manera, sus determinaciones no pasarían de simples consejos o sugerencias y su cumplimiento quedaría a voluntad de los particulares.

Luego entonces concluimos que el arresto es una forma de coerción corporal, represiva, limitada a un tiempo determinado y que de acuerdo a lo establecido legalmente, no debe exceder de un término de treinta y seis horas, considerándose como castigo o correctivo disciplinario para hacer cumplir ciertas disposiciones impuestas por la Autoridad Administrativa o Judicial según corresponda.

⁹ De Pina Vara, Rafael, *Ob. Cit.*, pág. 103.

¹⁰ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, pág. 185.

4.6 EL ARRAIGO DOMICILIARIO

En el artículo 11 de nuestro pacto político se establece el derecho subjetivo de tránsito al señalarse: "todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la Autoridad Judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la Autoridad Administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las Leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el País".

Por lo tanto el derecho subjetivo de tránsito se subordina a las facultades de la Autoridad Judicial en los casos de responsabilidad penal o civil, y a los de la Autoridad Administrativa en materia de migración y salubridad general y en los supuestos de extranjeros perniciosos residentes en el País.

Nuestra Legislación procesal penal recoge dos formas de arraigo, una para efectos de la averiguación previa en la que hay una triple vertiente que son: a) la general, para todo delito, b) la vinculada a ilícitos de imprudencia con motivo del tránsito de vehículos, y c) la específica en caso de delitos culposos y otras sancionadas con pena relativamente reducida; la otra forma de arraigo lo es cuando se plantea en el curso del proceso, nuestro estudio se basará en la primera forma de arraigo, en virtud de que la segunda constituye en rigor, una medida de reforzamiento de los deberes inherentes a la libertad bajo protesta. Así en el artículo 270 bis del Código de Procesal Penal para el Distrito Federal en su párrafo primero establece: "cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado resuelva el arraigo con vigilancia de la Autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida

4.6 EL ARRAIGO DOMICILIARIO

En el artículo 11 de nuestro pacto político se establece el derecho subjetivo de tránsito al señalarse: "todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la Autoridad Judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la Autoridad Administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las Leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el País".

Por lo tanto el derecho subjetivo de tránsito se subordina a las facultades de la Autoridad Judicial en los casos de responsabilidad penal o civil, y a los de la Autoridad Administrativa en materia de migración y salubridad general y en los supuestos de extranjeros perniciosos residentes en el País.

Nuestra Legislación procesal penal recoge dos formas de arraigo, una para efectos de la averiguación previa en la que hay una triple vertiente que son: a) la general, para todo delito, b) la vinculada a ilícitos de imprudencia con motivo del tránsito de vehículos, y c) la específica en caso de delitos culposos y otras sancionadas con pena relativamente reducida; la otra forma de arraigo lo es cuando se plantea en el curso del proceso, nuestro estudio se basará en la primera forma de arraigo, en virtud de que la segunda constituye en rigor, una medida de reforzamiento de los deberes inherentes a la libertad bajo protesta. Así en el artículo 270 bis del Código de Procesal Penal para el Distrito Federal en su párrafo primero establece: "cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado resuelva el arraigo con vigilancia de la Autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida

integración de la averiguación de que se trate, pero no cederá de treinta días, prorrogables por otros treinta días, a solicitud del Ministerio Público".

De lo anterior podemos destacar lo siguiente: que la solicitud de arraigo procederá del Ministerio Público, cuando se ha iniciado una averiguación previa, pero la disposición del arraigo sólo puede emanar del órgano jurisdiccional, además cabe suponer que el arraigable no está detenido o que, de estarlo, queda en libertad por no ser posible el inmediato ejercicio de la acción penal a la resolución de no ejercicio, que en todo caso implica un procedimiento más o menos prolongado, los plazos se cuentan por días hábiles, y tanto el arraigo como su levantamiento o subsistencia se tramitarán y resolverán en procedimiento judicial, y una vez prorrogado el arraigo por una sola vez, la medida debe cesar, forzosamente, en el momento de su conclusión legal, que ya sería improrrogable se encuentre o no integrada la averiguación previa, en estado de consignación o de acuerdo de no ejercicio de la acción penal, el quebrantamiento de los deberes inherentes al arraigo (esencialmente, la permanencia en el lugar en que se desarrolla la averiguación previa, la sumisión a las diligencias que natural y legítimamente impliquen la averiguación) puede significar delito de desobediencia o resistencia, en los casos señalados por los artículos 178 a 180 y 182 del Código Penal.

También se plantea en la etapa de averiguación previa, cuando se trata de delito cuyo conocimiento compete a los Juzgados de Paz en Materia Penal, o bien a los Juzgados Perales si la pena no excede de cinco años de prisión, el probable responsable no será privado de su libertad en los lugares ordinarios de detención y podrá quedar arraigado en su domicilio, no distinguiéndose entre delitos dolosos y culposos, ni se restringe la medida a los cometidos con motivo del tránsito de vehículos, implicando con ello una combinación del arraigo, propiamente, y la libertad potestatoria en sede administrativa.

En este sentido el maestro Sergio García Ramírez refiere:

"Que son de considerarse estos elementos: "a) el arraigo es domiciliario, aunque en forma relativa, pues el indiciado puede

trasladarse al lugar de su trabajo b) el indiciado se obliga (protesta) a presentarse ante el Ministerio Público, cuando éste lo requiera, para fines de averiguación previa c) debe convenir con el ofendido, ante el Ministerio Público, sobre el monto y la forma de reparar el daño, y si no se logra el acuerdo de voluntades sobre el monto el Ministerio Público lo determinará previas diligencias probatorias (hay pues, una especie de sumisión o un arbitraje, lo que otorga al Ministerio Público, de manera insólita, no sólo facultades de avenimiento o conciliación sino de resolución, que pudiera tener efectos ejecutivos); d) en caso de delitos imprudenciales con motivo del tránsito de vehículos, se requiere que el presunto responsable no hubiese abandonado al lesionado (situación en la que tampoco se aplicaría la libertad previa) ni hubiera participado en los hechos en estado de ebriedad o haya el influjo de estupefacientes o psicotrópicos; e) debe haber persona que se comprometa a presentar al Indiciado ante el Ministerio Público, f) El arraigo tiene una duración máxima de tres días (se entienden que hábiles, según el sistema general de cómputo de plazos), al cabo de los cuales cesa ope legis y recupera el Indiciado su derecho al libre desplazamiento, sin perjuicio de que el Ministerio Público consiga la averiguación y solicite orden de captura (o en su caso de comparencia); y g) el incumplimiento de las obligaciones inherentes al arraigo apareja su revocación".¹¹

El arraigo domiciliario como facultad de la Autoridad Judicial en casos de responsabilidad criminal trae como consecuencia que se limite el libre tránsito de una persona, encontrando su soporte esta medida en la voluntad del indiciado, que se somete a determinadas restricciones de la libertad de tránsito o incluye a decisiones ajenas, que podrían serle impuestos sin su consentimiento, como lo es la fijación del monto del daño por parte del Ministerio Público, resultando discutible la validez y el alcance de la revocación del arraigo por parte del Ministerio Público.

¹¹ *García Ramírez Sergio, Curso de derecho penal, Pág. 619.*

CONCLUSIONES

- 1.- Las reformas Constitucionales y Procesales de la materia penal sobre los requisitos y condiciones que debe observar la Autoridad Judicial para obsequiar una orden de aprehensión, (acreditar los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad), fortalece los derechos subjetivos de los gobernados que integran este país, creando con ello mayor seguridad en las resoluciones judiciales mayormente cuando se trata de afectar un bien tan preciado como lo es la libertad personal; de esta manera Nuestra Carta Magna con sus reformas es fuente constante de seguridad jurídica para el individuo y para la sociedad, pues se procuran avances en el ámbito de las garantías individuales haciéndolos acordes a la realidad de nuestra nación, para que las Autoridades como los gobernados cuenten con un marco jurídico en donde exista el equilibrio entre el respeto de los derechos fundamentales del ser humano y las funciones de procurar justicia.
- 2.- La prisión preventiva aplicada desde la ejecución de la orden de aprehensión y durante el procedimiento persigue la satisfacción de dos intereses diversos pero no contrarios, el de la sociedad que busca el interés colectivo de la seguridad de sus integrantes, en el que tiene que hacer usos de medidas que se convierten en males necesarios (como la detención de una persona) que se deben aplicar para contener los excesos en que incurren algunos de sus miembros con el objeto de salvaguardar la convivencia social armónica, y por otro lado se encuentra la de respetar la libertad de un ciudadano y de imponer en forma excepcional y en la medida más restringida la privación de la libertad de una persona, además con la obligación de que si ese sujeto que es sometido a proceso, se le absuelva si es inocente, y en caso contrario que su culpabilidad se establezca mediante un proceso legal respetuoso de sus garantías y derechos; pues el equilibrio entre ambos intereses es la única forma de preservación, pues tan importante es uno

como el otro, aquí la libertad de un individuo que se le imputa haber violado la Ley, allá la seguridad de la sociedad. Luego entonces al defender a la sociedad de los embates de la delincuencia se vuelve imperativo privar de su libertad a un indiciado para tranquilidad de la misma, previa satisfacción de determinados requisitos; salvaguardando los intereses tanto de los inculpados como de la sociedad, en tal virtud si bien la detención de una persona no se justifica si se explica en virtud de que la misma se vuelve un mal necesario para la realización de la justicia.

- 3.- Se reafirma con las reformas, que la orden de aprehensión dictada por una Autoridad Judicial competente, fundando y motivando su resolución, es la regla general para que un gobernado pueda ser afectado en su libertad personal para los fines del proceso penal, contemplándose como excepciones a esta regla, las relativas a la flagrancia y a los casos urgentes; exigiéndose mayores requisitos en la orden de captura, pues deben acreditarse los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculcado, los mismos requisitos que se exigen para dictar un auto de formal prisión, superándose de esta manera la ambigüedad del texto anterior, que no señalaba con claridad la obligación de probar el hecho penalmente relevante, pues el acreditamiento se refería sólo al aspecto de la probable responsabilidad, dando con ello mayor seguridad Jurídica para los gobernados.
- 4.- La expresión que utiliza el artículo 16 Constitucional de "delito flagrante" resulta un exceso en el lenguaje jurídico, puesto que pareciera a primera vista que se refiere a la existencia jurídica de un delito que conforme al artículo 1o. del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, le corresponde hacer la declaratoria a los Juzgados Penales y lo que realmente se quiso referir al utilizar dicha expresión es precisamente a la existencia materia de la conducta que lo configura, por tanto sería deseable que la misma fuera sustituida por la expresión "conducta flagrante" pues se advierte del texto Constitucional que la voluntad del

constituyente fue autorizar a cualquier persona sea o no Autoridad la detención del autor de la conducta, ante su innegable participación (acción u omisión) material que pueda configurar el delito, en su caso, si se reúnen los demás elementos, lo anterior se desprende del texto del artículo 21 de nuestra Carta Magna en el que se faculta de manera exclusiva a la Autoridad Judicial la imposición de las penas una vez que se ha determinado que la conducta constituye delito. En los artículos 267 y 268 reformados del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal se establecen los requisitos que se deben reunir para encontrarnos frente a los institutos jurídicos denominados "Flagrancia y casos urgentes".

- 5.- Se establecen como requisitos para que proceda el caso urgente: que se trate de delito grave así calificado por la Ley; que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia; que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la Autoridad Judicial, por razón de la hora, lugar u otras circunstancias; siendo de esta manera como surge para nuestro procedimiento penal el concepto de delito grave con características diferentes pues dicho concepto existía con anterioridad referido a aquellos delitos cuya pena de prisión excedían de cinco años en su término medio, no alcanzando el derecho a la libertad provisional.
- 6.- Al establecerse en el artículo 16 Constitucional que en caso de urgencia o flagrancia, el Juez reciba la consignación con detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de Ley, con ello se establece un control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional en relación a las detenciones hechas en estos casos por el Ciudadano Agente del Ministerio Público, calificando la legalidad o la ilegalidad del acto de la detención, es decir si fue realizada conforme a derecho ratificándola, y en caso contrario decretándole la libertad con las reservas de Ley, pues es la decisión del juzgador que justifica esa

privación de la libertad y su prolongación; lo anterior no incluye consideraciones relativas a la acreditación de los elementos del tipo penal de que se trate ni a la probable responsabilidad pues estos requisitos son necesarios para resolver la situación jurídica del indiciado en el plazo que señala nuestra Carta Magna; con ello se obliga al juzgador a que resuelva sobre los extremos del artículo 16 Constitucional antes de que proceda a tomar su declaración preparatoria y resolver sobre los extremos del artículo 19 de nuestra Carta Magna.

- 7.- La orden de comparecencia es dictada por el órgano jurisdiccional en contra de los inculcados por delitos que tengan como sanción pena no privativa de libertad o ésta sea alternativa en la que se contemple una no privativa de libertad, a pedimento del Ministerio Público y existan elementos de prueba que acrediten los elementos del tipo de que se trate y la probable responsabilidad del inculcado; lo anterior cobra especial relevancia toda vez que con dicha reforma se brinda seguridad de que un gobernado no será molestado por simples presunciones y si bien es cierto que dicha orden no restringe la libertad, sí la limita.
- 8.- El arresto consiste en la privación de la libertad hasta por treinta y seis horas, que puede ser impuesta por una Autoridad Judicial o administrativa, en este último caso por infracciones a los reglamentos de tránsito, e infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno, y por parte de la Autoridad Judicial como medida disciplinaria o de apremio con que cuenta el juzgador para hacer cumplir sus determinaciones y con ello se trata de evitar la contumacia o rebeldía de las partes procesales o de los particulares frente a una determinación judicial.
- 9.- El arraigo domiciliario consiste en limitar el libre tránsito de una persona cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado tomando en cuenta las características del hecho imputado y las

circunstancias personales del inculpado, recurriendo al órgano jurisdiccional, fundando y motivando el Ministerio Público su petición, para que el Órgano Jurisdiccional oyendo al indiciado resuelva el arraigo con vigilancia de la Autoridad, que ejercerá el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación previa de que se trate, pero no excederá de treinta días, prorrogables por otros treinta días a solicitud del Ministerio Público.

- 10.- La orden de aprehensión que sea obsequiada debe constar por escrito y firmada por el órgano del estado que lo dicta, expresandose en ella los motivos y fundamentos legales en que se apoya, siendo deseable que se entregara copia de dicha resolución al probable responsable al momento de su detención por los agentes de la policía judicial con la finalidad de que se cuenta exacta de la acusación que existe en su contra y pueda preparar su defensa, sin que suceda esto en la práctica y pesar de la importancia que reviste la privación de la libertad de una persona.
- 11.- La querrela como requisito de procedibilidad se presenta en los delitos que se persiguen a instancia de parte interesada en virtud de que se a estimado que entra en juego un interés particular de mayor intensidad que el daño sufrido por la sociedad, pues actuar oficiosamente en estos casos, con la publicidad se podría ocasionar mayores daños a los ofendidos que los que experimenta la sociedad con el mismo delito y con las inconveniencias que representa un proceso penal, y es este requisito que viene a dar legalidad y validez a todo acto de Autoridad que afecte la esfera jurídica de quien a cometido un delito que se persiga a petición de parte interesada; por tanto la Autoridad Judicial al resolver sobre la solicitud de la orden de aprehensión debe verificar si existe querrela en los delitos que así lo exijan y si ésta fue presentada por parte legitima.

- 12.- En el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se establecen los elementos que deben contener los tipos penales y que las Autoridades deben acreditar, tanto el Ciudadano Agente del Ministerio Público durante la averiguación previa para el ejercicio de la acción penal, así como el juzgador para obsequiar una orden de aprehensión, dictar un auto de formal prisión o un auto de sujeción a proceso o dictar una sentencia condenatoria de tal manera que la conducta realizada sea idéntica a la abstracción legal que se trate y que la doctrina los ha reunido en tres grandes grupos a saber; objetivos, subjetivos y normativos. Siendo que para obsequiar una orden de aprehensión se requiere que se acredite los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, y si se concibe al delito como una acción típica, antijurídica y culpable sería deseable que se estableciera en las resoluciones judiciales un apartado para hacer el estudio de la antijuricidad pues ésta no pertenece ni a la tipicidad ni a la culpabilidad.

BIBLIOGRAFIA

1. Amuchategui requena, Irma Griselda; Derecho Penal (cursos), Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.
2. Arilla 8as, Fernando; El Procedimiento Penal en México, Onceava Edición, Editorial, Kratos, S.A., México, 1986.
3. Avalos Sandoval Salvador; Anales de Jurisprudencia, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Tomo 223 año 6 Tercera Epoca 1995.
4. Bacigalupo Enrique, Manual de Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá Columbia, 1989.
5. Burgoa Orihuela Ignacio; Las Garantías Individuales, Décimo Octava Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985.
6. Castellanos Tena Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa S.A. de C.V., Vigésimo Cuarta Edición, México, 1987.
7. Cervantes de castillejos Minerva; Anuario Jurídico, Uniformidad del Sistema Penal en México, U.N.A.M., XII, 1985.
8. Colín Sánchez Guillermo; Derecho Mexicano Procedimientos Penales, Décima Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1986.
9. De Pina Vara Rafael, Diccionario de Derecho, Décima Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1984.
10. Dublán Manuel y Lozano Jose María Legislación Mexicana, México, 1876, Tomo I.
11. Esquivel Obregón Toribio; Apuntes para la historia del Derecho en México, Tomo II, México, 1938.

12. García Ramírez Sergio y Adato de Ibarra Victoria, *Prontuario de Proceso Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1986.
13. García Ramírez Sergio, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.
14. González Bustamante Juan José; *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1985.
15. Hernández López Aaron; *el procedimiento Penal en el Fuero Común Comentado*, Editorial Pac S.A. de C.V., Sexta Edición, México 1995.
16. Jescheck Hans Heinrich; *Tratado de Derecho Penal Parte General Volumen Primero*, Tercera Edición, Editorial Bosch, Casa Editorial, Barcelona España, 1981.
17. Jimenez de Asúa Luis; *Principios de Derecho Penal (la Ley y el delito)*, Editorial Hermes, Segunda Edición, Buenos Aires, 1954.
18. Jimenez Huerta Mariano, *Derecho Penal Mexicano, Tomo I*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1977.
19. Kohler, *El Derecho de los Aztecas Traducción de Carlos Rovelo y Fernández*, México, 1924.
20. López Belancour Eduardo, *Teoría del delito* Editorial Porrúa, S.A., México, 1994.
21. Mancilla Ovando Jorge Alberto, *Las Garantías Individuales y su aplicación en el proceso Penal*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1989.
22. Marquez Piñero Rafael, *El tipo Penal, algunas consideraciones Jurídicas en torno al mismo*, U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1992.

23. Muñoz Conde Francisco, Derecho Penal Parte General, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
24. Oronoz Santana Carlos M., Manual de Derecho Procesal Penal, Editorial Limusa S.A. de C.V., Tercera Edición, México, 1989.
25. Osorio y Nieto César Augusto; La averiguación Previa Segunda Edición Editorial Porrúa; S.A. México, 1986.
26. Pallares, Eduardo, Prontuario de Procedimientos Penales Décima Edición, Editorial Porrúa, México, 1986.
27. Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General, Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.
28. Rivera Silva Manuel, El procedimiento Penal, Décimo Cuarta Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1984.
29. Silva Silva Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, Colección Textos Jurídicos Universitarios Editorial Harla, México, 1990.
30. Toro Alonso Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Tomo I, México, 1938.
31. Welzel Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, Décimo Segunda Edición, Tercera Edición Castellana, Edición Jurídica de Chile 1987.
32. Welsen Hans; La teoría de la acción Finalista, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1968.
33. Zaffaroni Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte General III, Primera Edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988.
34. Zamora Pierce Jesús, Garantías y Proceso Penal, Séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1994.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 113 a Edición,
Editorial Porrúa S.A., México, 1996.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Quinta
Edición Editorial Ediciones Andrade, S.A. de C.V., 1993.

Código Penal para el Distrito Federal, en Materia del Fuero Común, y
para toda la República en Materia Federal, Editorial Sista S.A. de
C.V., México, 1994.