

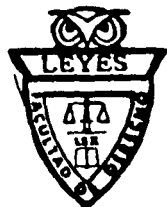
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL**

**"EL AUTO DE LIBERTAD ABSOLUTA DENTRO DEL
TERMINO CONSTITUCIONAL DE LAS 72 HORAS."**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ARMANDO MENDOZA ISLAS

ASESOR: LIC. JOSE FRANCISCO MORALES RIOS





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

A DIOS:

POR HABERME PERMITIDO CULMINAR UNA CARRERA
UNIVERSITARIA.

A LA MUJER MAS EXTRAORDINARIA, MI MADRE:

ANA MARIA ISLAS DE MENDOZA:

QUIEN FUE EL SER MAS MARAVILLOSO QUE HE CONOCIDO Y
QUE DE MANERA ESPECIAL LE DEDICO EL PRESENTE TRABAJO.
MAMA TE ESTOY ETERNAMENTE AGRADECIDO POR HABERME DADO
LA VIDA, TU AMOR Y CARIÑO.

A MI PADRE, DR. CLICERIO MENDOZA CONTRERAS, QUIEN
SIEMPRE HE ADMIRADO COMO PROFESIONISTA Y COMO HOMBRE.

A MIS HERMANOS: IGNACIO, ANA MARIA, REYNA, AMALIA,
ROCIO, JESUS Y LUIS ENRIQUE, QUIENES POR SIEMPRE ME HAN
BRINDADO SU APOYO.

A MIS SOBRINOS: LILIANA, ROBERTO, NELY, ISRAEL, MARY
CRUZ, ANITA, LUISA, FATIMA, GUADALUPE, JOSE, JESUS,
BARBARA, KARINA, DALIA, CRISTIAN, PENELOPE, AXEL,
ISRAEL JR. Y MELANI.

A MIS CUÑADOS: ROBERTO, NACHO, JESUS, LUISA Y NORMA.
A MIS SOBRINOS POLITICOS: ALFREDO, NATY, HUGO Y
MARISOL.

AL LICENCIADO JOSE MANUEL DE LA CAMPA LOPEZ, QUIEN ES
UN EJEMPLO A SEGUIR.

A LA SEÑORA MARY, GRACIAS POR SU CARIÑO DESINTERESADO.

AL MAGISTRADO SALVADOR AVALOS SANDOVAL, HOMBRE EJEMPLAR, CABAL Y HONESTO, FUNCIONARIO INCANSABLE E INCORRUPTIBLE, QUIEN EN FORMA ESPECIAL AGRADEZCO POR HABERME BRINDADO LA OPORTUNIDAD Y CONFIANZA DE FORMAR PARTE DE SU PONENCIA.

A LA LICENCIADA BIBIANA VELAZQUEZ MACIAS, QUIEN ME ENSEÑO EL CAMINO DEL DERECHO PENAL.

A MI ASESOR, LIC. JOSE FRANCISCO MORALES RIOS, PORQUE SIN SUS CONSEJOS NO SE HUBIERA TERMINADO EL PRESENTE TRABAJO.

AL DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL, LIC. HECTOR MOLINA GONZALEZ, POR GUIARME EN EL TRABAJO QUE HOY SE CULMINA.

A MIS AMIGOS: MODESTO PEREDO, JUAN VALERIANO, GILBERTO GIL, GUILLERMO MANDUJANO, CONCEPCION RUIZ, ESPERANZA MEDRANO, MANUEL VAZQUEZ, VERONICA VELAZQUEZ, GUADALUPE VALENZUELA, CECILIA VAZQUEZ, JANETH REINOSO Y CARLOS CHAVEZ, POR SU AFECTO DESINTERESADO.

JENNY, GRACIAS POR SER MI COMPAÑERA, PORQUE ME DISTE MI MEJOR OBRA, Y EN EL SE CENTRAN TODAS MIS ATENCIONES.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO, QUIEN A TRAVES DE LA FACULTAD DE DERECHO ME PERMITIERON FORJARME COMO ALUMNO EN SUS AULAS DE ESTUDIO.

I N D I C E.

INTRODUCCION.	1.
ABREVIATURAS.	3.
CAPITULO I.- FUNCION MINISTERIAL.	4.
I.1. Iniciación del procedimiento.	4.
I.1.1. Denuncia.	9.
I.1.2. Querrela.	10.
I.2. Duración de la averiguación previa.	15.
I.2.1. Averiguación previa con detenido.	15.
I.2.2. Averiguación previa sin detenido.	21.
I.3. Diversas resoluciones que se pueden emitir al término de la averiguación previa.	24.
I.3.1. Ejercicio de la acción penal.	27.
I.3.2. No ejercicio de la acción penal.	28.
CAPITULO II. FUNCION JURISDICCIONAL.	31.
II.1. Preinstrucción.	34.
II.2. Auto de radicación.	37.
II.3. Efectos jurídicos del auto de consignación.	39.
II.3.1. Sin detenido, y el delito se sanciona con pena de prisión.	41.
II.3.2. Sin detenido, y el delito se sanciona con pena no privativa de libertad o alternativa.	47.
II.3.3. Consignación con detenido.	49.
II.4. Calificar de Constitucional la detención hecha por el Agente del Ministerio Público.	49.
II.5. Declaración preparatoria.	52.
II.5.1. Forma de llevarla a cabo.	53.
II.5.2. Solicitud de ampliación del término constitucional de 72 horas a 144 horas.	55.
II.6. Resoluciones que puede dictar el Juzgador en el término constitucional.	57.
CAPITULO III.- RESOLUCIONES QUE PUEDE DICTAR EL JUEZ DENTRO DEL TERMINO CONSTITUCIONAL.	61.
III.1. Computo del término constitucional.	61.
III.2. Resoluciones que pueden dictarse.	64.
III.3. Auto de formal prisión.	64.
III.4. Auto de sujeción a proceso.	68.
III.5. Auto de libertad por falta de elementos para procesar.	70.

III.6. Auto de no sujeción a proceso. . . .	72.
III.7. Requisitos.	73.
III.7.1. De fondo.	75.
III.7.2. De forma.	91.
III.8. Consecuencias jurídicas.	94.
III.8.1. En relación al Juzgador.	94.
III.8.2. Respecto a los carceleros (custodios).	95.
III.8.3. Correspondientes al indiciado. . . .	95.
CAPITULO IV.- LA LIBERTAD ABSOLUTA DEL INDICIADO, DENTRO DEL TERMINO CONSTITUCIONAL.	99.
IV.1. Perdón del ofendido.	100.
IV.2. Prescripción.	102.
IV.3. Causas de exclusión del delito. . . .	104.
IV.4. Libertad absoluta.	129.
CONCLUSIONES.	133.
BIBLIOGRAFIA.	137.
LEGISLACION.	139.

I N T R O D U C C I O N .

Si consideramos que la libertad personal es el valor maspreciado después de la vida, es que estimamos que en el término constitucional de las 72 horas o su ampliación, no tan solo se puede decretar al gobernado auto de libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley, contenida en el artículo 302 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, sino que también se puede decretar en ese estadio procedimental, auto de libertad absoluta cuando el Organo Jurisdiccional estime, que con las pruebas que recabó el Ministerio Público en la averiguación previa, o con las que aportó el indiciado o su defensa en la duplicidad del término constitucional de las 72 horas, que actuó amparado en una causa de exclusión del delito o de extinción de la acción penal, supuestos en los cuales resultaría ilógico que al gobernado se le decretara un auto de libertad con las reservas de ley, toda vez que no hay bases para decretarle al indiciado una libertad provisional, sino una libertad definitiva, en virtud de que en el primer supuesto hay inexistencia del delito, en tanto que en el segundo supuesto se encuentra extinguida la facultad que tiene el Ministerio Público para la persecución de los delitos, por ello es que proponemos en el presente trabajo, que al lado del auto libertad por falta de elementos para procesar, se debe regular el auto de libertad absoluta. Trabajo que estudiaremos en cuatro capítulos.

En el Capítulo I haremos alusión a la actividad que despliega el Ministerio Público en la etapa procedimental de averiguación previa, los supuestos bajo los cuales se inicia esta fase procedimental, denuncia y querrela, el tiempo que tiene el Organo Persecutor para integrar la averiguación previa, la cual variará si se encuentra detenida o no la persona a quien se le imputa delito, así como las resoluciones que puede emitir este Organo Persecutor al término de esta etapa procedimental.

En el Capítulo II, estudiaremos la actividad que desarrolla el Organo Jurisdiccional en la etapa procedimental de preinstrucción, y las distintas fases que contempla esta etapa, como son el auto de radicación, la orden de aprehensión o de comparecencia, en su caso, la ratificación de la detención, en caso de que la consignación se haya llevado a cabo con detenido, la declaración preparatoria, una dilación probatoria (en la ampliación del término

constitucional) y la llamada resolución de término constitucional, que puede ser el auto de formal prisión, el de sujeción a proceso, y el auto de libertad por falta de elementos para procesar.

En el capítulo III estudiaremos las diversas resoluciones que puede emitir la Autoridad Judicial en el término constitucional de las 72 horas o su duplicidad, como son auto de formal prisión, auto de sujeto a proceso y el auto de libertad por falta de elementos para procesar, sus requisitos, y los efectos jurídicos que tienen estas resoluciones para las partes que actúan en este estadio procedimental.

Por último, en el capítulo IV haremos un análisis de las causas de extinción de la acción penal y de las de exclusión del delito, supuestos en los cuales, desde mi punto de vista, opera el auto de libertad absoluta del gobernado en el término constitucional de las 72 horas o su duplicidad; así como también propondremos que se adicione al artículo 302 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, un segundo párrafo, para el efecto de que la Autoridad Judicial tenga en donde fundarse para decretar el auto que proponemos.

ABREVIATURAS .

C.	Constitución.
C.P.D.F.	Código Penal para el Distrito Federal.
C.F.P.P.	Código Federal de Procedimientos Penales.
C.P.P.D.F.	Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
L.O.T.S.J.D.F.	Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del el Distrito Federal.

CAPITULO I.- FUNCION MINISTERIAL.

I.1. Iniciación del procedimiento.

Antes de entrar de lleno a las figuras procesales mediante el cual se inicia el procedimiento, es necesario asentar la diferencia entre los términos procedimiento y proceso, los cuales en la práctica se usan indistintamente como sinónimos, sin embargo, conviene evitar la confusión entre ellos, porque si bien todo proceso requiere para su desarrollo un procedimiento, no todo procedimiento es un proceso. Una de las causas principales, a mi parecer por las cuales se les considera como sinónimos, es que ambos conceptos coinciden en ser una serie de actos ordenados y encaminados hacia un fin objetivo, sin embargo, la diferencia radica en que la finalidad del proceso es la resolución judicial de un conflicto de intereses, sometidos al conocimiento de la autoridad judicial, en tanto que el procedimiento (que puede manifestarse fuera del campo procesal, cual sucede con el orden administrativo) se reduce a ser una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso; como ocurre con el Ministerio Público, que siendo una autoridad administrativa, dependiente del Ejecutivo, es el que preside el procedimiento penal de investigación de los delitos ó averiguación previa (artículo 21 Constitucional), para el efecto de acudir al Organó Jurisdiccional, solicitando su intervención con el fin de que este determine si se lleva o no a cabo un proceso en virtud de existir elementos que acreditan el cuerpo del delito, así como la probable responsabilidad de una persona en el mismo.

Respecto al procedimiento de averiguación previa, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no contiene una disposición expresa, como lo señala el Código Federal de la Materia en la fracción I, del artículo 1°, el cual señala: "El presente Código comprende los siguientes procedimientos: I El de averiguación previa a la consignación de los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal". Sin embargo, a través del articulado del Código Adjetivo Penal para el Distrito Federal se reglamenta esta fase a que alude el citado Código Federal, pues la Sección Segunda del Título Segundo, del citado Ordenamiento, lleva como título "Diligencias de averiguación previa".

En cuanto a este tópico se refiere, el maestro Guillermo Colín Sánchez, sostiene: "...averiguación

previa, etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de policía judicial, práctica todas las diligencias necesarias que le permiten estar en aptitud de ejercitar la acción, debiendo integrar, para esos fines, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad...". 1

Por su parte el profesor Fernando Arilla Bas, nos afirma: "el período de preparación del ejercicio de la acción penal, que las leyes del procedimiento acostumbra denominar de averiguación previa, tiene por objeto, como su mismo nombre lo indica, reunir los requisitos exigidos por el artículo 16 de la Constitución General de la República, para el ejercicio de la acción penal. El desarrollo de este período compete al Ministerio Público". 2

Son criticables a nuestro parecer las anteriores definiciones, en virtud, que por cuanto hace al maestro Colín Sánchez, omite señalar en su definición que la averiguación previa se inicia con la denuncia o querrela, requisitos que establece el artículo 16 Constitucional, y además porque de su definición se desprende que averiguación previa tiende forzosamente al ejercicio de la acción penal, particularidad que no compartimos, toda vez, que la averiguación previa también puede derivar hacia el no ejercicio de la acción penal; Por cuanto hace a la definición del maestro Arilla Bas, también nos parece criticable, al indicar que los requisitos de la averiguación previa son los que establece el artículo 16 Constitucional, pues con ello presuponemos, por lo menos nosotros, que un requisito es el enmarcado en el citado numeral en su párrafo segundo, que establece "...sancionado cuando menos con pena privativa de libertad...", dejando con lo anterior fuera a los delitos que se sancionan con pena alternativa o pecuniaria (multa).

Antes de intentar explicar que es la averiguación previa, es necesario establecer que las bases de esta fase procedimental, se encuentran contenidos en diversos artículos de la Constitución y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, siendo a nuestro parecer, los siguientes: por cuanto hace a nuestro Código Político, son: artículo 19. "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se

- 1.- COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Décimo séptima edición, porrúa, México 1998, pág. 211.
- 2.- ARILLA BAS, Fernando. Procedimiento Penal en México. Décima cuarta edición, Kratos, México 1992, pág. 50.

expresarán; el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado"; Artículo 20, que establece: "...Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna". También debemos establecer que diversos autores señalan que los requisitos para la averiguación previa son los contenidos en el artículo 16 Constitucional. En cuanto al Código de Procedimientos Penales, en la Sección Segunda del Título Segundo, tiene como título "Diligencias de Averiguación previa". Y si partimos que la averiguación previa es una etapa del procedimiento, cuya finalidad es que se le finque proceso en contra de una persona, como probable responsable de un ilícito, como ya hemos establecido; y que de acuerdo al artículo 21 Constitucional el Ministerio Público, además de ser el titular de la acción penal, incumbe la investigación de los delitos, nos es dable afirmar que la averiguación previa, es la etapa del procedimiento, en la cual el Agente del Ministerio Público en su carácter de autoridad, al tener conocimiento de un hecho delictuoso, por medio de denuncia o querrela, practica todas las diligencias para el efecto de acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de la persona a quien se le impute ese hecho, y así estar en aptitud de ejercitar la acción penal, y para el caso de no acreditarse el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del indiciado, abstenerse de ejercitarla.

Lo anterior es así, si tomamos en cuenta que la averiguación previa, insistimos, es la etapa del procedimiento, cuya finalidad es que se le finque proceso en contra de una persona, como probable responsable de un ilícito; esta etapa se inicia a partir de la denuncia o querrela, a que hace referencia el artículo 16 Constitucional, pues es a través de éstos requisitos que el Agente del Ministerio Público conoce de los hechos delictivos; Asimismo resulta ser esta Autoridad Administrativa, de acuerdo con el artículo 21 Constitucional y la Sección Segunda del Título Segundo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, quien practicará todas las diligencias que le permitan acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, éstas diligencias, no es otra cosa que la actividad investigadora, a que hace referencia el mencionado artículo 21 de nuestro Código Político, y para lo cual

el Ministerio Público se auxiliará de la Policía Judicial, esto no significa de modo alguno, que la policía judicial, sea un órgano investigador, con facultad de practicar diligencias, con independencia del Ministerio Público, en virtud, que el anterior artículo, no crea dos instituciones autónomas entre sí, ni siquiera vinculadas por relaciones de coordinación, sino por el contrario, dos instituciones (Ministerio Público y Policía Judicial) claramente subordinada la segunda a la primera, cabe señalar que las diligencias practicadas por la policía judicial, solamente serán validas si son dirigidas por el Ministerio Público; Estas diligencias que practica la Representación Social, tienen como objeto integrar el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, esto es así, si tomamos en consideración que de acuerdo al artículo 19 de nuestro Pacto Federal, si bien es cierto la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad es materia del auto de término constitucional, pero no menos cierto resulta ser que los elementos para comprobarlo deben ser aportados por el Ministerio Público, por lo que resulta ser el Ministerio Público, quien en un primer momento debe recabar los medios de prueba para acreditarlos; y al estar acreditados el Ministerio Público, tomará como resolución el ejercicio de la acción penal y para el caso de no acreditarse, resolverá sobre el no ejercicio de la acción penal.

Este procedimiento de averiguación previa nace, como establecimos, en cuanto el Ministerio Público tiene conocimiento de hechos que puedan constituir delito, esto es, con la noticia que del crimen tenga conocimiento el Representante Social. Generalmente el Representante Social puede tener ese conocimiento en forma directa por el ofendido en el delito, por los familiares ó los amigos de éste; por la policía; ó por la autoridad judicial al ejercer sus funciones, cuando aparezca la probable comisión de un ilícito durante el proceso (civil o penal).

Una vez que el Ministerio Público ha tenido conocimiento del hecho delictuoso debe abocarse inmediatamente a la persecución del delito, cuando éste es de "oficio", iniciando la respectiva averiguación, sin embargo, ello no sucede así con los llamados delitos perseguibles a "petición de parte", en los que el Fiscal debe previamente satisfacer ese requisito para darse a la investigación del delito; procesalmente hablando se trata en el primer caso la acción se iniciara por denuncia de parte y en el segundo por querrela, instituciones anteriores que la doctrina procesal ha tenido en llamarles requisitos de procedibilidad, entendiéndose por éstos "...las

condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal contra el probable responsable de la conducta típica...". 3

No se debe confundir los "requisitos de procedibilidad" con las "condiciones objetivas de punibilidad", pues estas últimas como señala el maestro Fernando Castellanos "...son exigencias, ocasionalmente establecidas por el Legislador, para que la pena tenga aplicación..." 4 Y como ejemplo, tenemos: el caso de que para denunciar o querellarse por el delito de calumnias, el calumniado debe anexar como requisito, la copia en donde por declaración judicial en sentencia irrevocable, se le haya absuelto por el delito imputado por el calumniador, como se desprende de los siguientes numerales: artículo 283, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que señala: "*En caso de calumnia y, en general, en todos los delitos en que la ley exija una declaración judicial previa, deberá presentarse, con la denuncia o querrela, copia de la sentencia irrevocable en que se haga dicha declaración*", en tanto que el artículo 358, del Código Penal para el Distrito Federal, establece: "*No se admitirá prueba alguna de su imputación al acusado de calumnia, ni se librará de la sanción correspondiente, cuando exista una sentencia irrevocable que haya absuelto al calumniado del mismo delito que aquél le impute.*"; Otro ejemplo que anteriormente se citaba, era el caso del rapto, contenido en el artículo 270 del Código Penal, hoy derogado (21 de enero de 1991), el cual disponía: "*Cuando el raptor se case con la mujer ofendida no se podrá proceder criminalmente contra él, ni contra sus cómplices, por rapto, salvo que se declare nulo el matrimonio.*", en este caso la ley disponía que la raptada había consentido su matrimonio con el raptor, en tanto que dicho matrimonio no se declarará nulo, ya que si así se declaraba, en virtud de que el raptor hubiese empleado por ejemplo: fuerza o miedo en contra de la raptada para obtener su consentimiento, entonces una vez anulado el matrimonio se procedía en contra del sujeto por el delito de rapto.

Hay que dejar en claro que las anteriores instituciones procesales no son los únicos requisitos de procedibilidad, pues además los autores como Colín Sánchez, en las páginas 229 y 230, de su libro "Derecho

3.- Osorio y Nieto, Cesar Augusto. citado por HERNANDEZ LOPEZ, Aarón. *Los Delitos de Querrela en el Fuero Común, Federal y Militar*. Porrúa, México 1998, pág. 23.

4.- CASTELLANOS IENA, Fernando. *Líneas Elementales de Derecho Penal*. Trigésima sexta edición, Porrúa, México 1996, pág. 278.

Mexicano de Procedimientos Penales", señalan a la "excitativa" y la "autorización", sin embargo, la denuncia y la querrela, son las que se estudiarán en el presente trabajo.

I.1.1. Denuncia.

La denuncia constituye un requisito de procedibilidad, pues es una condición que establece el artículo 16 de nuestra Constitución Federal, sin cuyo cumplimiento, no puede iniciarse la averiguación previa; ya que en caso contrario si el Organismo Persecutor se abocara de manera oficiosa, a la investigación de hechos delictivos que no han sido denunciados ante la misma, ya no estaríamos ante el instituto procesal de la denuncia, sino ante otro muy diferente, que resulta ser la pesquisa.

Se ha discutido si la denuncia, tiene carácter obligatorio, y a ese respecto los artículos 116 y 117 del Código Federal de Procedimientos Penales establecen la obligación de denunciar, por parte de los particulares y de los funcionarios públicos, en este sentido el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no hace referencia alguna a dicha obligación, sin embargo, si observamos, que ni aún el primero de los citados, conmina con pena alguna el incumplimiento de la obligación de denunciar, llegaremos a la conclusión de que, en realidad, ésta no existe, porque obligación sin sanción no es obligación. Por otro lado parte de la doctrina, también establece que la omisión de denunciar puede ser constitutivo del delito de encubrimiento, sin embargo, si tomamos en consideración que en el citado delito los actos de favorecimiento deben ser de carácter positivos, es que no se puede tipificar el delito. Sostiene el anterior criterio la siguiente tesis jurisprudencial.

ENCUBRIMIENTO, DELITO DE. Caso en que no se configura. La apreciación de la Sala responsable en el sentido de que el quejoso estuvo en condiciones de denunciar telefónicamente a su cuñado y que al no hacerlo contribuyó para que éste continuara distribuyendo cocaína entre la sociedad, es desafortunada pues si bien es cierto que omitió hacer la denuncia correspondiente, también es verdad que esa abstención no está comprendida en el concepto "impedir" (actividad de referencia, que se traduce en un hacer positivo) que constituye el núcleo de la figura delictiva contemplada en el artículo 400-V CP. Amparo directo 114/90. Alfredo de la Garza Villanueva, 1er. Tribunal Colegiado del 19° Circuito.

Por nuestra parte consideramos que denunciar los delitos es un deber ciudadano, pues al quebrantarse el Ordenamiento Jurídico surge un sentimiento de repulsión de la sociedad hacia el infractor, amén de que a todo mundo importa que las sanciones se actualicen, como medida mínima encaminada a provocar ejemplaridad y, de esta manera prevenir el delito y preservar el orden social.

La denuncia es la forma usual por lo que llega a conocimiento del Ministerio Público, la existencia de un hecho posiblemente delictivo, cuya investigación por parte de esta autoridad administrativa entonces, se vuelve obligatoria (artículo 262 del C.P.P.D.F.).

De acuerdo con el artículo 276 del C.P.P.D.F., la denuncia puede expresarse oralmente o por escrito, cualquier persona perteneciente a cualquier raza, sexo, credo político o religioso, sea particular o servidor público, nacional o extranjero, recluso o persona en libertad caucional, etc., se contraerá a describir los hechos que se estiman delictuosos, sin calificarlos jurídicamente, al denunciante se le tomará previamente protesta para conducirse con verdad y se le informara acerca de las penas en que incurren los falsos declarantes.

Del artículo 274 del Código Adjetivo Penal del Distrito Federal, se advierte que también la policía judicial puede tener conocimiento de la denuncia, siempre y cuando ésta no pueda ser formulada directamente ante el Ministerio Público, en este caso deberá levantar el acta respectiva, así como las pruebas que suministren las personas que hagan la denuncia, y las que recojan en el lugar de los hechos, ya sea que se refieran a la comprobación del cuerpo del delito y a la probable responsabilidad de inculpado, anexando junto a lo anterior su informe, de todo esto informará inmediatamente el Agente del Ministerio Público. Nosotros estamos en contra de esta facultad concedida a los agentes de la policía judicial, principalmente por la falta de conocimiento en la materia, por lo que sería recomendable que el Legislador se las restringiera.

I.1.2. Querrela.

Colín Sánchez, al hablar de la querrela, afirma: "...La querrela es un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento

de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido". 5

Fernando Arilla Bas, en relación a la querrela, señala "...la querrela es, como la denuncia, la relación de los hechos constitutivos del delito, formulados ante el Ministerio Público por el ofendido o por su representante, pero expresando la voluntad de que se persiga...". 6

González Blanco, indica: "...La querrela es un derecho que se le concede a la víctima de un delito, que por disposición de la ley se persiga a instancia de parte, para poner ese hecho en conocimiento de un órgano competente, y expresarle su voluntad de que se proceda en contra del delincuente...". 7

Por su parte Manuel Rivera Silva, sostiene que: "...la querrela se puede definir como relación de hechos expuesta por el ofendido ante el órgano investigador con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito...". 8

En efecto como lo señalan los anteriores juristas, en los delitos por querrela se reconoce un margen de disposición procesal al ofendido, para la persecución del delito, además de la expresa manifestación del querellante o de quien realmente asume la representación para que la acción penal se ponga en movimiento.

Es por lo anterior es que nosotros sostenemos que la querrela, es "la potestad que tiene el ofendido o su representante legítimo de acudir ante el Agente del Ministerio Público, para hacer de su conocimiento una narración de hechos presumiblemente delictivos, con el fin de que se castigue al autor de los mismos". Desprendiéndose los siguientes elementos:

1. Es una potestad ó como señala Colín Sánchez, un derecho potestativo, en virtud de que el titular de ese derecho puede ejercerlo libremente. Diversos autores se declaran en contra de la querrela, porque se le delega al ofendido la persecución del delito, argumentando diversas razones, como "...Carlos Binding, que arguye que cuando el Estado delega en manos de los particulares, y el delito no se castiga, ya sea porque

5.- COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Op. cit. pág. 218.

6.- ARILLA BAS, Fernando. Procedimiento Penal en México. Op. cit. pág. 52.

7.- HERNANDEZ LOPEZ, Aarón. Los Delitos de Querrela en el Fuero Común. Federal y Militar, Porrúa, México 1998, pág. 23.

8.- Ibidem, pág. 17.

el querellante no presente a tiempo su queja o porque esta en manos de un representante inactivo aquélla no alcanza su objeto y la justicia sufre una lesión. Además de que se deja en manos de un particular la persecución del delito, propicia la inmoralidad en la administración de justicia... Enrique Ferri, también se muestra inconforme con la querella, fundamentándose en que si los delitos representan un peligro para la sociedad es incuestionable que estos deben perseguirse y no dejar su castigo al arbitrio de los particulares. Por otra parte, si dichas conductas, dado el carácter público del Derecho Penal, únicamente afectan intereses particulares debieran desaparecer del Código. Maggiore, Vannini, Tomiomei y Riccio, también se pronuncian abiertamente en contra y afirman: "Una institución de tal naturaleza tiene una tendencia acentuadísima a desaparecer de los ordenamientos penales, en virtud de que: El estado moderno, único titular celoso de la potestad punitiva, no puede ni debe delegar ese poder a nadie...". 9 No compartimos este criterio, en virtud de que si el Ministerio Público actuara oficiosamente, en algunos delitos, se podrían ocasionar mayores perjuicios al particular, que los daños que experimenta la sociedad con el mismo delito, por ejemplo, en los delitos de adulterio y estupro, en donde se estima que la publicidad de los hechos puede ocasionar mayores daños a las víctimas en el delito, que el propio adulterio o estupro, al hacer del conocimiento público el honor mancillado del esposo o de la familia de la joven.

2. Tiene que hacerla necesariamente el ofendido o su representante legítimo.

En efecto la formulación de la querella, según el artículo 264 del C.P.P.D.F., puede realizarla el ofendido por el ilícito, aún cuando sea menor de edad; en cuanto a los incapaces, pueden presentar la querella los ascendientes, hermanos o representantes legales.

Las personas físicas pueden presentar querellas mediante poder general con cláusula especial, excepto en los casos de raptó, estupro y adulterio, éste último delito ya derogado de la legislación local.

En el mismo artículo 264, se establece que las personas morales podrán formular su querella a través de apoderado investido de poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo o ratificación previa de los órganos sociales o poder especial para el caso específico.

3. Ante el Agente del Ministerio Público.

Los delitos de querrela al igual que los de oficio, necesariamente deben hacerse ante el Organó Ministerial, pues es esta autoridad administrativa la que al tener el conocimiento de esos hechos delictuosos, tiene el deber de integrar la averiguación previa, y en su caso ejercitar la "acción penal", pues esta última no la puede llevar a cabo el particular afectado por el ilícito, en virtud que la titularidad de la acción penal, por mandato constitucional (artículo 21 Constitucional), esta reservada única y exclusivamente al Ministerio Público.

4. Una narración de hechos presumiblemente delictivos. En cuanto esta narración de hechos que se presumen delictivos, puede ser verbal o escrita (artículo 276 del C.P.P.D.F.). En caso de que se presente de manera verbal por comparecencia directa ante el Representante Social, ésta autoridad deberá asentarla por escrito, tomando los datos del querellante, recabando su firma, así como todas y cada una de las pruebas que el ofendido pueda aportar, para la acreditación del delito; Si se presenta por escrito, deberá ser ratificada por el propio ofendido o por su representante ante el Organó Investigador.

Cabe señalar que el particular ofendido, en los delitos perseguibles por querrela, no es necesario que emplé esta palabra sacramental, para que se considere por interpuesta, y solo basta que haga esa relación de hechos considerado delictuosos, y en este sentido la Suprema Corte de Justicia, ha resuelto:

QUERRELLA NECESARIA

Cuando la ley exige la querrela para la persecución de un delito, basta, que para que aquella exista, que el ofendido ocurra ante la autoridad competente, puntualizando los hechos en que se hace consistir el delito.

Quinta Epoca:

Amparo directo 6464/34. Reyna Roberto y coags. 13 de marzo de 1936. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 2282/35. López Portillo. 28 de marzo de 1936. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 6866/35. Nocetti Guardiola Alejandro. 20 de febrero de 1937. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo en revisión 6580/36. Toxqui Aurelio. 19 de junio de 1937. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 6242/38. Cisneros Alfredo. 2 de febrero de 1939. Unanimidad de cuatro votos.

Primera Sala, tesis 1552, Apéndice 1988, Segunda Parte, pág. 246, tesis 3.

5. Por último debe hacerse presente el interés del sujeto pasivo de que se castigue al activo, por la comisión del delito, ello es así, si tomamos en consideración, que si el ofendido por el delito al comparecer ante el Organismo Ministerial, a hacer la narración de los hechos presumiblemente delictivos, es para que se castigue al autor del mismo y no para dejarlo impune, pues no tendría caso el que se presentara ante el Representante Social, única y exclusivamente a hacer de su conocimiento esos hechos delictivos, y no dar su anuencia para que se castigue al autor de los mismos. Sin embargo, frecuentemente sucede en la práctica que en las Agencias Investigadoras, el ofendido por el delito, manifieste que no es su deseo querellarse, al respecto surge el problema de establecer si tal abstención implica un perdón. Consideramos que la simple manifestación de no querellarse no puede ser asimilada al perdón, ya que tal conducta no encuentra su regulación normativa en ordenamiento alguno, habida cuenta que en materia de delitos perseguibles por querrela, las únicas instituciones previstas son la querrela y el perdón, y la abstención de presentar querrela no es asimilable ni a una ni a otra, además que el perdón opera cuando existe una querrela previa, ya que no puede actuar un perdón donde no se ha formulado una imputación y la abstención de formular querrela no es equiparable al perdón; en razón de que no hay manifestación de voluntad anterior, de la cual se derive la intención del pasivo o del ofendido de que se persiga determinado ilícito penal, por lo cual la simple inhibición de formular querrela no produce efectos jurídicos, es inoperante como causa extintiva de la acción penal, en virtud de que el Código Penal no regula tal abstención como causa de extinción de la responsabilidad penal. Por lo anterior, estimo que en los casos reales y concretos en los que se pretenda extinguir la acción penal en figuras típicas perseguibles por querrela, en virtud de la ausencia de interés por parte de la persona titular del bien jurídico protegido o de su legítimo representante, es necesario que se formule querrela y de inmediato se otorgue el perdón de tal manera que se quede expresamente asentada la voluntad de perdonar, ya que en caso contrario subsiste el derecho de querellarse en tanto no transcurra el término de la prescripción.

Respecto de los delitos perseguibles por querrela, el artículo 263 del C.P.P.D.F, señala: "Sólo podrán perseguirse a petición de parte los siguientes delitos: I Hostigamiento Sexual, estupro y privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales; II Difamación y calumnia; y III Los demás que determine el Código Penal". Sin embargo, el artículo transcrito, nos señala

en su fracción III, que son los que determine el Código Penal, pero entonces como saber que un delito se persigue por querrela, esta respuesta nos la da el mismo Código Penal, en virtud de que cuando se persigue por querrela de parte, el propio precepto legal lo indica, ya sea en el mismo artículo donde se describe el delito o en otro; en cambio, los delitos perseguibles de oficio no tienen dicho señalamiento de manera que al ser omisa esa prescripción, se entienden que son perseguibles de oficio.

I.2. Duración de la averiguación previa.

La averiguación previa, como ha quedado establecido es un procedimiento, que debe llevarse a cabo por el Ministerio Público, el cual debe practicar todas las diligencias necesarias que le permitan integrar el cuerpo del delito de que se trate y la presunta responsabilidad del indiciado, previa denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, para así estar en aptitud de ejercitar la acción penal. Se le llama previa, porque es un requisito indispensable para que pueda darse el proceso, mismo que se inicia con el ejercicio de la acción penal, que durante ese procedimiento se preparó. Ahora bien, respecto de la limitación del tiempo dentro del cual debe llevarse a cabo la averiguación previa, se contemplan dos supuestos: a) cuando se lleva a cabo con detenido; y b) cuando es sin detenido; Anteriores supuestos que abordaremos en los dos siguientes tópicos.

I.2.1. Averiguación Previa con detenido.

El séptimo párrafo del artículo 16 de la Constitución, indica "...Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial..."; en tanto que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal Vigente, señala en su artículo 268-bis párrafo segundo, que: "...Si para integrar la averiguación previa fuese necesario mayor tiempo del señalado en el párrafo anterior, el detenido será puesto en libertad, sin perjuicio de que la indagación continúe sin detenido". Mientras que el párrafo primero del citado numeral, indica que: "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..."; Por lo que interpretado a contrario sensu tanto el texto Constitucional como la Ley Procesal, resulta que, el Ministerio Público esta obligado a

integrar la averiguación previa del delito que tenga conocimiento, en un plazo de cuarenta y ocho horas, cuando la persona se encuentre detenida en caso urgente o en delito flagrante.

Entendiéndose por delito flagrante, según el artículo 267 del C.P.P.D.F.:

1. *"Cuando la persona es detenida en el momento de estarse cometiendo el delito"*. Flagrancia en sentido estricto, y se traduce en el acto en el que una persona es sorprendida mientras esta 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 del delito.

2. *"Cuando después de ejecutado el hecho delictuoso el inculpado es perseguido materialmente"*. Llamada cuasiflagrancia, y se condiciona para que proceda la misma, en que la persona sea interrumpida, esto es, que no se suspenda, y además que no se le haya perdido de vista, esto es, que no se le ponga el inculpado fuera del inmediato alcance de los que lo persiguen. La palabra "después" debe entenderse que se inicia en los momentos inmediatos posteriores a la consumación del evento delictivo, no importando el tiempo que transcurre 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 del delito, por lo tanto no abarca cualquier etapa posterior a la consumación del delito.

3. *"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 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."* Es lo que se ha dado en 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 este sujeto fue autor o partícipe. En estos casos el Ministerio Público verificará que se trate de un delito considerado como grave y que no haya transcurrido mas 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 Representante Social no podrá retener a ninguna persona.

Hay que dejar en claro, que en el delito flagrante, si bien cualquier persona puede detener al probable responsable de un ilícito, sin embargo, no necesariamente el Agente del Ministerio Público, debe de decretar la retención del indiciado, pues en tratándose de delitos que sean sancionados con pena pecuniaria (multa) o bien alternativa, el Representante Social deberá poner en libertad al indiciado (artículo 267 párrafo tercero del C.P.P.D.F.), debiendo seguir la investigación del delito sin detenido, e incluso puede darse el caso de que el delito que se le impute al indiciado en delito flagrante sea sancionado con pena privativa de libertad, pero sin que el delito sea calificado como grave por la ley (artículo 268 párrafo quinto del C.P.P.D.F.), en ésta hipótesis si bien el Ministerio Público, de conformidad con lo previsto en el artículo 16 Constitucional párrafo séptimo y 268-bis primer párrafo parte primera, podrá retener al indiciado por el plazo de 48 horas, debiendo integrar durante ese tiempo la averiguación previa correspondiente, sin embargo, aquí cabe la posibilidad de que el indiciado al no exceder la pena de prisión del término medio aritmético de cinco años, es que puede solicitar su libertad provisional y el Agente del Ministerio Público Investigador estará obligado a otorgársela, y con ello, no podrá ser retenido durante esas cuarenta y ocho horas, y por lo tanto el Representante Social deberá seguir la averiguación previa sin detenido, lo anterior conforme a lo previsto en el artículo 20, fracción I y X párrafo tercero de nuestro Pacto Federal y 271 del C.P.P.D.F., o bien podrá quedar arraigado (artículo 271 párrafo sexto del C.P.P.D.F.).

Ahora bien una segunda hipótesis por el cual el Agente del Ministerio Público, puede retener a una persona que se le imputa un delito por el término de 48 horas, para el efecto de integrar la averiguación previa, lo es el caso Urgente.

En lo referente al Caso Urgente el artículo 268 del C.P.P.D.F., nos señala: *"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 sustraerse 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 el 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 jurisdicción de la autoridad que estuviere conociendo del hecho o, en general, a cualquier indicio que haga presumir fundadamente que pueda sustraerse de la acción de la justicia. El Ministerio Público ordenará la detención en caso urgente, por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en las fracciones anteriores."

Del anterior texto se desprenden los siguientes requisitos:

1. "Se trate de delito grave así calificado por la ley", entendiéndose por delito grave, aquél delito, en su carácter de consumado o tentado incluyendo las calificativas, que se sanciona con pena de prisión cuyo término medio aritmético no exceda de 5 años.

La facultad que se le concede al Ministerio Público para ordenar la retención del indiciado en caso urgente, cuando concurren delitos graves así calificados por la ley, cobra relevancia, en virtud, de que la calificación de delito grave tiene efectos colaterales, pues permite o no que el inculpado obtenga la libertad provisional tal como lo establece el artículo 20 fracción I de nuestra Constitución y 268 del C.P.P.D.F.

2. "Exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia". Existirá riesgo fundado, en atención a las circunstancias personales del inculpado a sus antecedentes personales, a sus posibilidades del ocultarse al ser sorprendido al tratar de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviere conociendo del hecho o, en general a cualquier indicio que haga presumir fundadamente que puede sustraerse a la acción de la justicia, aunque esta segunda condición cae en el terreno de la subjetividad, en cuanto que el riesgo 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 Ignacio Burgoa que "esto abre 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 mas de las veces facultativa y puede conducir hasta la arbitrariedad".10

Por lo tanto el riesgo fundado de que el indiciado puede sustraerse a la acción de la justicia 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 solo conocimiento de que esta siendo investigado. Es necesario además que el temor del Organó Investigador se encuentre respaldado en circunstancias objetivas que justifiquen plenamente su sospecha o que el indiciado materialice actos claramente tendientes a sustraerse a la acción de la justicia.

Es claro que el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia no se basa solamente en una convicción de que el presunto responsable huirá, sino que además esta convicción debe fundarse en circunstancias reales, objetivas y demostrables, que no necesariamente son atribuibles a quien se pretende detener.

La carga de la prueba de esas circunstancias objetivas corresponden definitivamente al Ministerio Público. Esta autoridad debe, en todo caso, recabar los motivos que lo impulsaron a deducir que el detenido pretendía evadirse, correspondiéndole al Organó Jurisdiccional decidir si en su concepto la detención fue o no justificada.

3. "El Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias". Respecto a este tercer requisito los datos que señala nos permiten constatar de manera objetiva la imposibilidad de acudir ante la Autoridad Judicial, y 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.

Por otro lado del mismo párrafo séptimo del artículo 16 Constitucional, así como del referido artículo 268-bis, se desprende que el plazo de cuarenta y ocho horas para que el Ministerio Público pueda integrar la averiguación previa con detenido puede duplicarse, en los casos de delincuencia organizada,

10.- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales. Vigésimo segunda edición, porrua, México 1989, pág. 615.

señalando este último numeral que los casos de delincuencia organizada "...serán aquellos casos en los que tres o mas personas se organizan bajo reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos alguno de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal: terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150 y 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 un menor de edad por medio del comercio carnal previsto en el artículo 208; violación previsto en el artículo 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 Jo. Y So. de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura...". 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 recursos ilimitados) 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 de 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 alteren seriamente la seguridad pública, la salud, lo que hace difícil investigar este tipo de criminalidad violenta.

Por otra parte el Ministerio Público puede incurrir en responsabilidad penal al retener por mas tiempo a un indiciado, 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 mas tiempo del señalado por el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional."

Cabe señalar que la flagrancia y el caso urgente tienen gran importancia, en virtud, de que repercuten en el periodo preinstructorio, pues sus efectos jurídicos son, una vez que el Ministerio Público ejerció acción penal con detenido, por apreciar que con los medios de prueba que recabo durante la averiguación previa, se acreditaron el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado en el mismo, el que el Organó Jurisdiccional una vez radicada la causa, ratifique de constitucional esa detención que llevo a cabo la Autoridad Administrativa, y que para el caso de que no se hubieran presentado éstas figuras decretar la libertad con las reservas de ley; Así lo establece nuestra Carta Fundamental, en el artículo 16, párrafo sexto, que señala "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", y lo reconoce el C.P.P.D.F., al señalar en el artículo 268-bis, párrafo tercero que "El juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o no; en el primer caso ratificará la detención y en el segundo decretará la libertad con las reservas de ley"; así como en el artículo 286-bis, párrafo tercero, que indica "Si la consignación es con detenido deberá inmediatamente ratificar la detención, si fuere constitucional; en caso contrario decretará la libertad con las reservas de ley".

Ahora bien, una vez que hemos señalado los plazos (48 y 96 horas) de que dispone el Ministerio Público, durante el cual esta obligado a integrar la averiguación previa, a que alude el mencionado artículo 16 Constitucional, en su párrafo séptimo y 268-bis de C.P.P.D.F., cuando tiene al indiciado detenido; abordaremos en el siguiente apartado el estudio de la limitación del tiempo de la averiguación previa cuando se lleva a cabo sin detenido.

1.2.2. Averiguación previa sin detenido.

Ningún precepto señala de manera exacta el tiempo de que dispone el Ministerio Público para integrar la averiguación previa, cuando ésta se lleva a cabo sin detenido, sin embargo, la Legislación Procesal Penal

para el Distrito Federal, en relación a la investigación del delito cuando se lleva a cabo sin detenido, señala que el Representante Social para integrarla podrá pedir el arraigo del indiciado, y en relación a la figura procesal del arraigo con la duración de la averiguación previa, la ley contempla una triple vertiente, siendo la siguiente:

- a. La regla 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 otros sancionados con pena relativamente reducida.

Así en el artículo 270-bis del C.P.P.D.F., primer párrafo, 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 excederá de treinta días, prorrogables por otros treinta días, a solicitud del Ministerio Público. El Juez resolverá escuchando al Ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo."

De lo anterior podemos destacar lo siguiente: El arraigo no excederá de treinta días prorrogables por otros treinta días, es decir, el máximo de tiempo durante el cual el Ministerio Público deberá llevar a cabo todas las diligencias necesarias hasta acreditar el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado en el mismo, y así poder ejercitar acción penal, es de 60 sesenta días. La solicitud del arraigo procederá del Ministerio Público, pero la disposición del arraigo solo puede emanar del órgano jurisdiccional, como se desprende del párrafo segundo del artículo ya transcrito; Cabe suponer que el arraigado no esta detenido o que de estarlo, queda en libertad por no ser posible el inmediato ejercicio de la acción penal o resolución del no ejercicio de la acción penal, que en todo caso implica un procedimiento mas o menos prolongado, los plazos se cuentan por días naturales -en virtud, de lo fatal de la medida, que evidentemente restringe la libertad de tránsito de la persona a quien se le aplica-, y tanto el arraigo como

su levantamiento o subsistencia se tramitaran y resolverán en procedimiento judicial, y una vez prorrogado el arraigo por una sola vez, la medida debe cesar y forzosamente, en el momento de su conclusión legal, que ya sería improrrogable se encuentre o no integrada la averiguación.

También se plantea el arraigo para los mismos efectos de integrar la averiguación previa pero en un término menor que el anterior, pues es de tres días, cuando se trate de delito cuyo conocimiento compete a los Juzgados de Paz en Materia Penal, o bien los Juzgados Penales si la pena 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 por el término de tres días 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 de arraigo, propiamente, y la libertad potestatoria en sede administrativa (artículo 271 del C.P.P.D.F.).

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 sino se logra el acuerdo de voluntades sobre el monto el Ministerio Público lo determinará previas diligencias (hay pues, una especie de sumisión o arbitraje, lo que otorga al Ministerio Público de manera insólita, no solo 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 hubiere abandonado al lesionado (situación en la que tampoco se aplicaría la libertad previa), ni hubiere participado en los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes ó psicotropicos); 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 entiende que hábiles -en cuanto a este aspecto dicernimos con el maestro García Ramírez, pues consideramos que los días deben ser naturales y no hábiles, en virtud, de lo fatal de la medida, que evidentemente restringe la libertad de tránsito de la persona a quien se le aplica-, según el sistema de computo 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 consigne la averiguación y solicite orden de captura (o en su caso de comparecencia); y g) el incumplimiento de las obligaciones inherentes al arraigo apareja su revocación". 11

El arraigo viene a ser, a nuestro juicio, de dudosa constitucionalidad, por no hallarse expresamente autorizada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aunque no lo prohíba, pues si tomamos en cuenta que, las garantías individuales son derechos subjetivos públicos limitativos del poder del Estado, derechos que, según el artículo 10. de la citada Ley Fundamental, solamente pueden ser restringidos o suspendidos en los casos y con las condiciones que ella misma establece, las limitaciones de la libertad, en este caso de locomoción, solamente pueden ser legitimados por la propia Constitución, la cual no autoriza mas limitaciones a la libertad procesal del individuo que la detención (artículo 16) y la prisión preventiva (artículo 18).

Por lo demás el término para integrar la averiguación previa, cuando esta se efectúa sin detenido, por deducción es la prescripción de la acción penal para el delito que se le impute al indiciado, y en relación al instituto de la prescripción, el Libro Primero, Título Quinto, Capítulo VI, del Código Penal para el Distrito Federal, señala: a) el plazo de un año cuando el delito se sancione con multa; b) de dos años si el delito mereciere destitución, suspensión, privación de derechos o inhabilitación; y, c) de un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de libertad que señale la ley para el delito de que se trate, pero sin que en ningún caso sea inferior a 3 años; artículos 104, 105 y 106, del mencionado Ordenamiento Punitivo.

I.3. Diversas resoluciones que se pueden emitir al término de la averiguación previa.

Las diversas resoluciones que puede emitir el Agente del Ministerio Público al concluir la averiguación de un delito, son "el ejercicio de la acción penal" o "el no ejercicio de la acción penal".

Antes de entrar al estudio de una u otra determinación es importante establecer: que se entiende por acción penal.

"La acción en las instituciones romanas, era "el derecho a perseguir en juicio aquello que se nos debe"... Posteriormente al ir evolucionando el concepto se concibió de diversas formas... Hugo Rocco, Carnelutti, Mattiolo y algunos autores mas, afirman que la acción es un derecho, en tanto que Manreza la concibe como un medio... Por su parte Giuseppe Chiovenda la define como: "El poder jurídico de realizar una condición para la actuación de la voluntad de la ley",... y en este sentido... Florían, establece: "La acción penal es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal". 12

Este concepto, nos parece mas acertado, porque el poder jurídico a que se refiere Eugenio Florían, es el emanado de la ley, cuando se ha violado una norma de derecho penal, y será precisamente en razón de la pretensión punitiva estatal cuando se provoque la jurisdicción, cuyas consecuencias serán la declaración de la culpabilidad o la absolución del indiciado; lo anterior es así, si tomamos en consideración que en nuestro sistema jurídico ese poder jurídico proviene de la Constitución (artículo 21), el cual esta a cargo de un órgano del Estado, el Ministerio Público, mismo que cumple la función de perseguir los delitos, a través del ejercicio de la acción penal, sin embargo, hay que dejar en claro que este poder jurídico que le otorga la Constitución al Ministerio Público, no debe entenderse como un derecho potestativo ingresado a su esfera jurídica, sino también como obligación que se establece a su cargo para preservar el orden social, por lo que consideramos también constituye un deber jurídico, por eso la acción penal para nosotros es un poder deber encomendado al Ministerio Público, en cuya sustentación realiza la función persecutoria del delito para preservar, se insiste el orden social. Esta facultad y obligación, se ejercitan ante el órgano jurisdiccional para que, en vista de las facultades que el propio artículo 21 Constitucional otorga a éste, aplicando la ley, resuelva el conflicto de intereses que surge entre la sociedad a la que representa el Ministerio Público, y el inculpado por la comisión del delito.

Respecto a la acción penal el maestro Eduardo Pallares, señala: "...En el derecho Mexicano actual, el ejercicio de la acción penal corresponde exclusivamente al Ministerio Público, pero los tribunales y los particulares pueden provocar su ejercicio mediante la denuncia de hechos delictuosos o la querrela de

parte".¹³ Compartimos este criterio, en parte, en virtud de que si bien el ejercicio de la acción penal, por mandato constitucional (artículo 21) corresponde exclusivamente al Ministerio Público, como hemos apuntado también nosotros en el párrafo anterior, sin embargo la denuncia o la querrela que formulan los particulares no inicia la acción penal, pues con ella no se excita al órgano jurisdiccional para que aplique la ley al caso concreto, a quien excita el denunciante o el querellante es al Ministerio Público, para que éste efectúe las investigaciones que ordena la ley y, en su caso sea esta autoridad administrativa, titular de la acción penal, la que decida si la ejercita o no; Hay que hacer hincapié, en que si bien es cierto que el particular ofendido por el delito es el titular originario de la acción penal, sin embargo, por una serie de razones (el peligro de que se dejen impunes los delitos, basados en criterios de conveniencia de los particulares, acerca del ejercicio de la acción penal, inseguridad del ofendido frente al ofensor, desequilibrio entre ambos por cuestiones económicas, corruptelas entre víctimas y delincuentes), es que el ejercicio de ese poder, que implica la acción en materia penal, ha sido asignada por el mismo Estado, al Ministerio Público, pero eso no significa que el Ministerio Público represente al Estado, sino al titular originario de la acción penal que, se repite no lo es el Estado, sino el gobernado ofendido por el delito, y es por ello que la titularidad de la acción penal es exclusiva del Ministerio Público y no de los particulares, y la única excepción en la que la acción penal no queda a cargo del Ministerio Público, lo es en tratándose de delitos cometidos por servidores públicos a que se refiere el artículo 110 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues en este supuesto, y solo en éste, quien la ejercita lo es la Cámara de Diputados ante el Senado (artículos 109 y 110, de nuestro Pacto Federal).

Hay que señalar, que la acción penal no se limita únicamente a que el Ministerio Público excite al Órgano Jurisdiccional a que aplicando la ley al caso concreto resuelva sobre si hay fundamento o no para seguir un proceso, sino que la acción penal va mas allá, pues si bien en un primer momento tiene por objeto obtener las pruebas que la funden para acreditar la existencia de la conducta delictiva y determinar quien es el supuesto responsable, preparando así el ejercicio de la acción penal, etapa a la que se le conoce como investigación, sin embargo, también existen otras etapas en que se desarrolla la acción penal durante el proceso, como lo

13.- PALLARES, Eduardo. Prontuario de Procedimientos Penales. Quinta edición, porrúa, México 1977, pág. 9.

es la etapa de persecución, en donde el Ministerio Público pedirá al Juez la practica de las diligencias necesarias para comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del acusado, además de interponer recursos y seguir los incidentes que la ley admite; Una tercera etapa en que actúa el Ministerio Público es en la llamada acusación, etapa en la cual hará una relación de las pruebas aportadas en el juicio para acreditar la existencia del cuerpo del delito y la plena responsabilidad del inculpado en el mismo, y en base a ello pedir la aplicación de la ley penal, para que se apliquen las sanciones correspondientes para reprimir al autor de la conducta delictiva, etapa que se dará en las conclusiones que se formulen. Esta descripción se confirma en la siguiente tesis Jurisprudencial emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual enuncia:

ACCION PENAL, EJERCICIO DE LA. El ejercicio de la acción penal se realiza cuando el Ministerio Público ocurre ante el juez y le solicita que se aboque al conocimiento del caso, y la marcha de esa acción pasa durante el proceso por tres etapas: investigación, persecución y acusación, la primera tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción que se fundará en las pruebas obtenidas; en la persecución hay ya ejercicio de la acción ante los tribunales y es lo que constituye la instrucción y, en la tercera, o sea la acusación, la exigencia punitiva se concreta y, el Ministerio Público puede ya establecer con precisión las penas que serán objeto de análisis judicial, y por lo mismo esta etapa es la que constituye la esencia del juicio, ya que en ella pedirá, en su caso, la aplicación de las sanciones privativas de libertad y pecuniarias, incluyendo en estas la reparación del daño, sea por concepto de indemnización o restitución de la cosa obtenida por el delito.

Ejecutoria visible en el volumen XXXIV, pág. 9, Sexta Epoca, segunda parte, bajo el rubro: Amparo Directo 746/60. Luis Castro Malpica, unanimidad de votos.

Ahora bien, una vez hechas estas consideraciones y retomando el tema de las resoluciones que puede emitir el Organo Ministerial, al término de la averiguación previa, tenemos que estas pueden ser: a) El ejercicio de la acción penal; ó b) El no ejercicio de la acción penal.

1.3.1. Ejercicio de la acción penal.

Una vez que el Agente del Ministerio Público Investigador realizó durante la investigación del delito, previa denuncia o querrela, todas las diligencias necesarias para acreditar el cuerpo del

delito y la probable responsabilidad del indiciado, ejercitará la acción penal, es decir, realizará la consignación ante el Órgano Jurisdiccional en turno de esas diligencias, cuando la investigación del delito se llevó a cabo sin detenido, pues en caso de que se hubiese llevado tal investigación con detenido, entonces también lo pondrá a disposición del Juez en turno.

De lo anterior se desprende que el acto de consignación puede darse en 2 formas: sin detenido o con él.

a) Sin detenido. Cuando la consignación es sin detenido y se trata de delitos que se sancionan con pena privativa de libertad, va acompañada del pedimento de orden de aprehensión; Si el delito es de los que se sancionan con pena alternativa, se realiza únicamente con pedimento de orden de comparecencia.

b) Con detenido. Tratándose de consignación con detenido, se pondrá al indiciado a disposición del Juez en la cárcel preventiva, remitiéndole la comunicación respectiva, juntamente con las diligencias. La consignación con detenido únicamente se da en dos casos: delito flagrante y caso urgente, instituciones a que ya hemos hecho referencia.

I.3.2. No ejercicio de la acción penal.

Si el Agente del Ministerio Público establece que de las diligencias que llevo a cabo durante la investigación del delito, se desprende que no ha quedado acreditado el cuerpo del delito, la probable responsabilidad del indiciado, o este extinguida la acción penal, entonces determinará "el no ejercicio de la acción penal".

Esta Resolución del no ejercicio de la acción penal, puede derivarse hacia dos hipótesis:

a).- Puede resultar, que por alguna circunstancia la averiguación previa se reserve, en virtud, de que existe un elemento de prueba pendiente que desahogar, verbigracia: la declaración de un testigo ausente, etc. Esta determinación llamada de "reserva", constituye solamente un archivo provisional del expediente en que se actúa, cuyo efecto, es posponer el trámite de la misma, hasta que desaparezca el obstáculo que impide momentáneamente su prosecución, esta resolución no pone fin al procedimiento penal de averiguación previa, sino sólo la retarda.

b).- O bien se ordene el "archivo" definitivo de esa averiguación, en virtud de que de las diligencias que llevo a cabo durante la investigación del delito, se desprende que existe una causa de exclusión del delito, o este extinguida la acción penal (por muerte del indiciado [por obvias razones], prescripción, perdón del ofendido, vigencia y aplicación de una nueva ley que suprima el tipo penal que se le imputa al indiciado, y existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos), en estos casos determinará "el no ejercicio de la acción penal".

Esta determinación ministerial de "archivo", no concluye la averiguación previa, porque la interpretación jurisprudencial reiteradamente ha sostenido que por provenir de un órgano del Ejecutivo, como lo es el Ministerio Público, y al no constituir por tanto, una resolución judicial propiamente dicha, la determinación de no ejercicio o archivo, no alcanza jamás el rango de cosa juzgada, por lo cual ningún impedimento legal existe para que en determinado caso, se rescate del archivo una averiguación previa en la que el Ministerio Público haya determinado el no ejercicio de la acción penal, para posteriormente consignarla ante la autoridad jurisdiccional. Este es el criterio sostenido:

AVERIGUACION PREVIA, ARCHIVO DE LA, NO PRODUCE LA EXTINCION DE LA ACCION PENAL. (LEGISLACION DEL ESTADO DE ZACATECAS). Los acuerdos de archivo de las averiguaciones previas penales no causan estado, no producen cosa juzgada y no extinguen la acción penal que resulta de las mismas".

Amparo Directo 1404/74, Francisco Ceniceros Ramírez, 28 de agosto de 1974, 1ª. Sala, 7ª. Epoca. Vol. 68, pág. 15.

No obstante lo anterior consideramos que la "determinación de archivo", en los casos que hemos aludido debe tener efectos definitivos y no provisionales como señala la Suprema Corte en el criterio jurisprudencial transcrito, en virtud, que deja la posibilidad de que el Agente del Ministerio Público siga actuando, y que de nada valdría que durante el procedimiento penal de averiguación, haya quedado acreditado una causa de exclusión del delito, como sucede verbigracia: cuando de las diligencias practicadas por el Ministerio Público aparecen satisfechos los requisitos de una legítima defensa, en donde un maleante se introduce a un domicilio ajeno, de noche, o se presenta en un comercio ante testigos, ejerce violencia para obtener la entrega de los bienes, y el agredido (incluso muchas veces después de ser

golpeado) hace uso de armas para defender su derecho, y lesiona o priva de la vida al agresor; si así se lo demuestran todas las pruebas al Ministerio Público, sería racional que esta Autoridad Administrativa siguiera actuando, por el solo hecho de que sus resoluciones no causan estado, por lo que estimo que se deben de archivar en definitiva las diligencias en las que se presenten los casos a los que hemos hecho alusión (causas de exclusión del delito o éste extinguida la acción penal); Y para el caso que no lo hiciera así, y el Agente del Ministerio Público ejercitara acción penal sin detenido, radicada la averiguación previa en el Juzgado que corresponda, el Juez negará la orden de aprehensión o comparecencia según corresponda, y deberá decretar al indiciado su libertad absoluta. Así como también deberá decretar la libertad absoluta, en el supuesto de que el Agente del Ministerio Público consignara con detenido, y el Juez se percate al resolver la situación jurídica del enjuiciado en el término constitucional de las 72 (o su duplicidad), que existe una causa de exclusión del delito o éste extinguida la acción penal (por muerte del indiciado [por obvias razones], prescripción, perdón del ofendido, vigencia y aplicación de una nueva ley que suprima el tipo penal que se le imputa al indiciado, y existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos), como se verá en el capítulo IV, del presente trabajo.

CAPITULO II.- FUNCION JURISDICCIONAL.

Antes de señalar cual es la función jurisdiccional, es preciso determinar, que se entiende por jurisdicción.

Atendiendo a la etimología de la palabra, obtenemos que "...jurisdicción viene de *jurisdictio* que quiere decir "*declarar el Derecho*"..." 14

Diversos autores, entienden la jurisdicción como una actividad, facultad o potestad, nosotros alejándonos de cualquier discusión, señalamos que la jurisdicción, es un atributo derivado de la ley, encomendada a una persona física, llamada juez, que tiene como función declarar el derecho en los casos concretos sometidos a su consideración, teniendo esta declaración efectos ejecutivos.

La jurisdicción efectivamente es un atributo derivado de la ley encomendada a un órgano determinado, llamado juez, este atributo se deriva directamente del artículo 21 de la Constitución Federal, en cuanto que éste precepto señala que: "*La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial*". 15

La función del Juez, es declarar el derecho en los casos sometidos a su consideración, es decir, aplicar estrictamente las leyes, instruir el proceso en contra del infractor de la norma penal, y aplicar las penas y las medidas de seguridad, esto se lleva a cabo a través de las "...llamadas resoluciones judiciales cuyas formas varían según el momento procesal de que se trate. Las resoluciones judiciales son los medios establecidos por la ley para que los órganos jurisdiccionales resuelvan una determinada situación jurídica." 16

Asimismo la declaración del derecho debe tener efectos ejecutivos, o en otras palabras, somete a los individuos a que se refieren sus determinaciones, a ciertas consecuencias jurídicas, independientemente de ser o no aceptadas por ellos, y en este sentido Florián señala "...si la facultad jurisdiccional se agotase en esta declaración (declaración del derecho), los fines

14.- COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Op. cit. pag. 170.

15.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Prólogo, Revisión y Comentarios Dr. MIGUEL BORREL NAVARRO, Sista, Mexico 2000, pag. 10.

16.- COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Décimo séptima edición, porrua, México 1998, pag. 141.

prácticos del proceso dejarían de realizarse; la declaración sería puramente teórica si no tuviese la fuerza bastante para hacerse efectiva. Por eso es necesario... la potestad de imprimir fuerza ejecutiva a la declaración con que se aplica la ley penal..." 17

En el Distrito Federal, la función jurisdiccional se ejerce a través de "...I Magistrados del Tribunal Superior de Justicia; II Jueces de lo Civil; III Jueces de lo Penal; IV Jueces de lo Familiar; V Jueces del Arrendamiento Inmobiliario; VI Jueces de lo Concursal; VII Jueces de Inmatriculación Judicial; VIII Jueces de Paz; IX Jurado Popular, y XI Arbitros" (artículo 2° de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal).

Hay que dejar claro que si bien la jurisdicción consiste en declarar el Derecho, tal atributo tiene limitaciones, porque el juez no puede conocer de cualquier ilícito, ni donde quiera se haya cometido. A esa limitación llamamos *competencia*, que es el conjunto de facultades con que el orden jurídico inviste a una autoridad, siendo ésta el límite de la facultad jurisdiccional de la misma autoridad, o como señala Hugo Alsina "Los jueces deben ejercer su jurisdicción en la medida de su competencia y la competencia fija los límites dentro de los cuales, el juez, puede ejercer aquella facultad. De ahí que pueda resumirse la competencia como la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un lugar determinado". 18

El criterio tradicional, aunque no el único, pero por ser el que se sigue en los Tribunales, estimo es el siguiente:

En razón de la materia: habrá competencia en materia civil, penal, laboral, administrativa, de tal manera que en este orden habrá tantas jurisdicciones como materias existan.

En razón del fuero: se divide en común, federal y militar; la común o local, se circunscribe exclusivamente al territorio de la entidad federativa donde ejercen sus funciones los tribunales, es decir, corresponde a los órganos jurisdiccionales del Distrito Federal y de los Estados, para los casos de infracciones previstos por las leyes respectivas; La jurisdicción Federal, se refiere a aquellas controversias que se suscitan con motivo de la comisión de delitos que tengan ese carácter; la militar, se da únicamente para los delitos y faltas contra la

17.- Ibidem, pág. 122.

18.- Ibidem, pág. 139.

disciplina militar (artículo 13 Constitucional), en la forma y términos señalados por el Código de Justicia Militar.

En razón al territorio: El artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal ordena, "La administración e impartición de justicia en el Distrito Federal corresponde al Tribunal Superior de Justicia y demás órganos judiciales que esta ley señale..." (dichos Organos son los señalados en el artículo 2 de la Ley Orgánica del T.S.J.D.F., a la que ya hicimos alusión). La regla general en la competencia en razón del territorio indica, que sera competente el juez del lugar en donde se cometió el delito (artículo 446 del C.P.P.D.F.); empero, cuando existen varios jueces de una misma categoría en el lugar, será competente el que haya prevenido (artículo 447 del C.P.P.D.F.). En relación a la Justicia de Paz, el artículo 61 de la L.O.T.S.J.D.F., establece "El Consejo de la Judicatura señalará la competencia territorial de los Juzgados de Paz, pudiendo un Juzgado abarcar la Jurisdicción en una o varias Delegaciones. Se podrán establecer dos o más Juzgados en una misma delegación."

En razón de turno: se lleva a cabo atendiendo al periodo de tiempo que le toque un juzgado por orden numérico, para recibir las consignaciones hechas por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, dicho turno lo realiza el T.S.J.D.F., a través de la Dirección de Turno de Consignaciones Penales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, y bajo las reglas de objetividad, imparcialidad y equilibrio en las cargas de trabajo (artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia).

En razón de la sanción: El artículo 10 del C.P.P.D.F. y 72 de la L.O.T.S.J.D.F., señala de manera concordante, que los Jueces de Paz Penales conocerán de los delitos que tengan como sanción prisión que no exceda de cuatro años; multa independientemente de su monto; apercibimiento y caución de no ofender; El Juez de Paz Penal también será competente cuando fueren varios delitos, debiendo estarse a la penalidad máxima del delito mayor, sin perjuicio de que los propios jueces impongan una pena superior cuando sea pertinente conforme a las reglas contenidas en el artículo 64 del Código Penal (concurso de delitos). En todos los demás casos conocerán los jueces penales de primera instancia tanto de los procedimientos ordinarios como de los sumarios.

Una vez asentado lo anterior, veremos la primera etapa en donde se desenvuelve el Organó Jurisdiccional.

II.1. Preinstrucción.

El C.P.P.D.F. al período (preinstructorio) que va del auto de radicación al auto de término constitucional no le otorga autonomía, pues lo incluye dentro del Título Segundo, Sección Segunda, denominada "Diligencias de averiguación previa", así como en la Sección Tercera, del mismo Título Segundo, que denomina "Instrucción", ello a pesar de que su contenido y finalidad específica lo hacen diferente a estas etapas.

En efecto en mi opinión, estimo que el período preinstructorio es diferente tanto del de averiguación previa como del de instrucción, por la finalidad y matices propios de que están investidos cada uno y que los hace diferentes unos de otros, las cuales si bien se van engarzando unos con otros, sin embargo, conservan a decir de nosotros un tono especial que los distinguen, pues debe de tomarse en cuenta que en la *averiguación previa*, el Agente del Ministerio Público, es quien preside esta etapa, además de que su finalidad es que se ejercite acción penal o no, como se indicó en el capítulo anterior; en tanto que en la *preinstrucción*, quien la lleva a cabo lo es ya el Juez, y en esta etapa el Ministerio Público pasa a ser de autoridad a parte, desarrollándose la trilogía procesal Juez, Defensa y Ministerio Público; y sin que esta etapa quedé inmersa en la de *instrucción*, en virtud, que la etapa instructoria (la cual se complementa con la fase de juicio) ya se ha iniciado propiamente el proceso, y que consiste "...en que las partes exponen sus pretensiones, resistencias y defensas y en que, las partes, el tribunal y los terceros, desenvuelven toda la actividad de información y de instrucción al tribunal, haciendo posible que éste tenga preparado todo el material necesario para dictar sentencia. Así se llega pues a la segunda etapa o parte del proceso, que es el juicio y que, entraña, el procedimiento a través del cual se dicta o pronuncia la resolución respectiva." 19; o en otras palabras, la finalidad en la etapa instructoria, es la existencia o no del delito y la responsabilidad o no responsabilidad del inculpado en el mismo, de acuerdo a los medios de prueba (peritajes, testimoniales [aquí entran los terceros que menciona el Dr. Gómez Lara], documentales, etc.) que hayan aportado las partes (Ministerio Público y Defensa), para que posteriormente le sea factible al

juzgador el dictar sentencia, ya sea condenando o absolviendo; en tanto que en el periodo preinstructorio, todavía no ha iniciado el proceso, pues su finalidad, aunque no la única, es eso fincar proceso a una persona determinada, pues antes de la citada fase aun no existe, de ahí que no compartamos el criterio del maestro Julio Hernández Pliego, al indicar que "...A nuestro modo de ver, aparte del apoyo formal que presta el artículo 1° del CFPP (Código Federal de Procedimientos Penales), al fijar expresamente que el proceso penal se integra, entre otros procedimientos, con el de preinstrucción, y que el auto inicial de este es el auto de radicación, debe decirse que el artículo 19 C. (constitucional) parece tener un sentido distinto al que Rivera Silva le asigna, ya que si establece que "...todo proceso se seguirá forzosamente por...", ello quiere decir que ya existía el proceso antes de la formal prisión, pues solamente puede seguirse lo que ya se ha iniciado con antelación..." 20; Lo anterior además que la instrucción significa "impartir conocimiento por las partes", esto es que las partes (Defensa y Ministerio Público) aporten pruebas, en tanto que en la preinstrucción la única parte que puede aportar pruebas es la Defensa, y esto con el único propósito de desvirtuar el delito que se le imputa al indiciado, y tan es así que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 19, párrafo segundo señala que "Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley...", en tanto que el artículo 297 en su párrafo segundo del C.P.P.D.F., indica que "El plazo a que se refiere la fracción I de este artículo, se duplicará cuando lo solicite el inculpado por sí, o por su defensor, al rendir su declaración preparatoria, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica."; Ello aunado a que el fin en el periodo preinstructorio, no es tan solo fincar el proceso a una persona determinada, sino el resolver la situación jurídica de un sujeto puesto a disposición del órgano jurisdiccional, a quien le han sido consignados los hechos, con las probanzas que aportó el Ministerio Público durante la averiguación previa, ya sea fincándole proceso, en razón de que considera que existen elementos que lo justifican, por comprobarse con éstos el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad de un sujeto en el mismo, o en caso contrario decrete la libertad del indiciado, y entre ellas en mi opinión la libertad absoluta, como se verá en su momento, en virtud, que de las probanzas que aportó el Ministerio Público durante la averiguación

previa, o que con las pruebas que aportó el defensor o el indiciado durante la averiguación previa, o durante la ampliación del término constitucional, existe una causa de exclusión del delito, o porque exista una causa de extinción de la acción penal, que imposibilite al órgano jurisdiccional el continuar ocupándose del asunto.

De lo anterior podemos colegir que este período preinstructorio es un procedimiento autónomo al del proceso penal, con requisitos y objeto distinto; semejante en forma, ya que intervienen las mismas partes (juez, ministerio público y defensa), pero con esencia diferente, pues su objeto primordial no es el de sujetar a proceso a una persona, sino el determinarle su situación jurídica, eso si sujetándola a proceso o en su defecto decretándole su libertad, y por ello para nosotros su importancia, pues puede en mi opinión decretarse su libertad absoluta, al existir una causa de exclusión del delito o de extinción de la acción penal, y con ello evitarle al gobernado las consecuencias que conlleva un proceso, como sería privación de la libertad (en caso de delitos sancionados con pena privativa de libertad), perjuicios económicos, efectos psicológicos, que no solo afectan al sujeto, sino a toda su familia.

Y si bien es verdad que del examen global del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se llega a la conclusión de que en el mismo se distingue dicho procedimiento preinstructorio, sin embargo, al incluirlo en otras etapas, lo supedita y por lo tanto le niega autonomía, por lo que lo razonable sería que así como el señalado C.P.P.D.F., distingue la averiguación previa de la instrucción, así también hiciera una diferenciación con el período preinstructorio, o por lo menos hubiese un artículo que dividiera estos períodos del procedimiento, como si lo hace el Código Federal de Procedimientos Penales, al señalar en su artículo 1°, que "El presente Código comprende los siguientes procedimientos: I El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal; II. El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstas conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculcado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar; III El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que se hubiese cometido y las

peculiaridades del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste".

Cabe señalar por último que los principales, aunque no todos los actos procedimentales que integran este procedimiento penal, son el auto de radicación; la orden de aprehensión o de comparecencia, en su caso; la ratificación de la detención, en caso de que la consignación se haya llevado a cabo con detenido; la declaración preparatoria; una dilación probatoria (en la ampliación del término constitucional) y la llamada resolución de término constitucional, que puede ser cualquiera de éstas: el auto de formal prisión, el de sujeción a proceso, y el auto de libertad por falta de elementos para procesar.

Veamos el estudio del auto de radicación.

II.2. Auto de radicación.

El "auto de radicación", "de inicio" o comúnmente también llamado "cabeza de proceso" (concepto con el que no estamos de acuerdo en virtud de que no inicia el proceso, como se indicó en los argumentos anteriormente vertidos), es la primer resolución que dicta el Juez, dentro del periodo de preinstrucción y después de que el Ministerio Público ejercita ante su potestad la acción penal; con esta resolución se manifiesta en forma efectiva la relación procesal, pues es indudable que, tanto el Ministerio Público, el procesado y defensa, quedan sujetos a partir de este momento a la jurisdicción de un tribunal determinado, y es a partir de este instante también que todos los actos incluyendo dicho auto de radicación, serán presididos por la autoridad judicial.

El C.P.P.D.F., no señala término alguno al que deba someterse el juez para dictar el auto de radicación, sin embargo, el párrafo cuarto del artículo 286-Bis del C.P.P.D.F., señala, que: "*Si durante el plazo de tres días, contados a partir del en que se haya hecho la consignación sin detenido, el juez no dicta auto de radicación en el asunto, el Ministerio Público podrá recurrir en queja ante la Sala Penal del Tribunal Superior que corresponda.*", desprendiéndose del anterior texto que en general el plazo para dictar el auto de radicación es de tres días, ya que en caso de no dictarlo en ese término la Autoridad Judicial incurriría en responsabilidad, asimismo en mi opinión podría incurrir también en delitos cometidos contra la administración de justicia, que señala el artículo 225, fracción VIII, del Código Penal para el Distrito Federal, que indica: "*Son delitos cometidos contra la administración de justicia cometidos por servidores*

públicos los siguientes: VIII Retardar o entorpecer maliciosamente o por negligencia la administración de justicia"; Una excepción al anterior término, considero lo encontramos en el segundo, tercero y sexto párrafos del artículo 286-Bis del C.P.P.D.F., del que se desprende que la radicación deberá ser "inmediatamente" al que se reciba la consignación, sin embargo la citada ley procesal no señala expresamente que debe entenderse por "inmediatamente", por lo que considero se debe estar al sentido gramatical de la palabra, y en este sentido el "Diccionario para Juristas" establece que "inmediatamente. adv. m. Sin interposición de cosa alguna.!! adv. de tiempo. Luego, al instante, al punto" 21, y en este sentido podemos determinar que después de haber recibido el juzgador la averiguación previa, sin interposición alguna debe radicarla, es decir sin dejar de correr tiempo alguno, y sin que pueda alegar el Juzgador las cargas de trabajo en el Juzgado, para que radique después de una, dos, cinco o diez horas, dado la gravedad de los supuestos en que se incrusta la palabra "inmediatamente", que en la hipótesis del tercer párrafo del mencionado artículo 286-bis del C.P.P.D.F., una persona esta privada de su libertad, y del sexto párrafo del artículo y Ordenamiento citado, por la importancia del ilícito (delito grave o delincuencia organizada).

Pues bien una vez que el Ministerio Público consigno con detenido el juez que conozca deberá calificar la constitucionalidad de la detención hecha por el Agente del Ministerio Público (párrafo sexto del artículo 16 Constitucional, artículos 268-Bis párrafo tercero y 286-Bis párrafo tercero, ambos del C.P.P.D.F.)

Asimismo el Código Adjetivo Penal para el Distrito Federal, tampoco indica una forma sacramental de llevarse a cabo el referido "auto de inicio", sin embargo en la práctica deben considerarse los siguientes requisitos: la fecha y hora en que se recibió la consignación; la orden para que se registre en el Libro de Gobierno y se de el aviso correspondiente al Ministerio Público adscrito al Juzgado, para que intervenga de acuerdo a sus atribuciones; y la orden para practicar las diligencias señaladas en la Constitución General de la República y el C.P.P.D.F., si hay detenido; si no hay detenido, deberá ordenar el Juez que se hagan constar solo los datos primeramente citados para que, previo estudio de las diligencias, este en aptitud de obsequiar la orden de aprehensión si el delito mereciere pena privativa de

libertad, y en caso de estar en libertad provisional, en virtud, de que el delito que se le impute al indiciado no sea considerado grave por la ley, entonces entrará al estudio de la causa para en su caso obsequiar la "orden de comparecencia" (y que en la praxis algunos jueces y agentes del ministerio público la denominan "orden presentación", fundamentándose en el artículo 271 párrafo tercero del C.P.P.D.F., lo cual considero incorrecto en virtud de que la citada Ley, en su artículo 133 expresamente señala que "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 de lugar a aprehensión, a pedimento del Ministerio Público se librará la orden de comparecencia en contra del inculpado para que rinda su declaración preparatoria...".), así también obsequiara la orden de comparecencia (artículo 133 del C.P.P.D.F.) en caso de que el delito se sancione con pena pecuniaria (multa) o alternativa, o bien negar dichas ordenes.

Los efectos del auto de radicación dependerá de la forma en que se haya dado la consignación, con detenido o sin él.

II.3. Efectos jurídicos del auto de consignación.

Los efectos jurídicos del auto de radicación, como se señaló dependerán de la forma en que se haya dado la consignación, esto es, sin detenido o con él.

En esta primera hipótesis, cuando la consignación se lleva a cabo sin detenido, el Juez que conozca de la causa al dictar el auto de radicación, tomará en cuenta si los hechos ameritan una sanción privativa de libertad, o si por el contrario, se sancionan con una pena de multa o alternativa, puesto que ambas situaciones derivan hacia consecuencias jurídicas diferentes: en el primer caso, previa satisfacción de los requisitos del artículo 16 Constitucional y 132 del C.P.P.D.F., procederá la "orden de aprehensión", y si el sujeto en contra de quien se solicitó la orden de aprehensión hubiese obtenido su libertad provisional ante la autoridad administrativa, en virtud de que el delito que se le imputa no es considerado grave por la ley, entonces el Juzgador otorgará "orden de comparecencia" (en virtud de que así lo señala de manera expresa el artículo 133 del C.P.P.D.F., al indicar: "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 de lugar a aprehensión, a pedimento del Ministerio Público se librara la orden de comparecencia en contra del inculpado para que rinda su declaración preparatoria, siempre que este acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de

inculpado.", y no "Orden de Presentación" como incorrectamente algunos Jueces y Agentes del Ministerio Público en el Distrito Federal lo denominan), para lograr la presencia del sujeto ante el Juzgado; en el segundo caso, también se obsequiará la "orden de comparecencia" (artículo 133, del C.P.P.D.F.) para lograr la presencia del sujeto ante el juez; o en caso contrario negará dichas ordenes, debiendo resolver esto dentro de los cinco días a la consignación, (artículo 286 bis, párrafo quinto del C.P.P.D.F.). Sin embargo de manera específica el C.P.P.D.F., indica que si se consignó por delito grave así calificado por la ley o delincuencia organizada, el Juzgador resolverá sobre la orden de aprehensión solicitada por el Ministerio Público, dentro de las veinticuatro horas también contadas a partir de la radicación (artículo 286-bis último párrafo).

En la segunda hipótesis, esto es cuando la *consignación sea con detenido*, el juez que conozca deberá inmediatamente radicar el asunto y el detenido quedará a su disposición, para todos los efectos constitucionales y legales (principalmente para el computo del auto de término constitucional), y desde el momento mismo en que el Ministerio Público lo interne en el reclusorio que corresponda, dejará constancia de que quedó el detenido a disposición de la autoridad judicial, y entregará copia de ella al encargado del reclusorio, el cual asentará el día y hora de recepción, esta función que realiza el Representante Social, si bien esta regulada en el artículo 197 párrafo segundo del C.F.P.P., sin embargo la misma no tiene parangón en la Legislación Procesal para el Distrito Federal, ello a pesar de que se lleva en la práctica y además de que resulta ser importantísima, pues a partir de ese momento le empieza a contar el computo del plazo constitucional, por lo que considero que se debería insertar en la Legislación Local la citada disposición. Por otra parte el párrafo sexto del artículo 16 C., ordena como un acto crucial, que al recibir la consignación con detenido, el juez ratifique la detención que ordenó el Ministerio Público, si esta fue realizada en flagrancia o caso urgente, conforme a la ley; en caso contrario deberá decretar la libertad del detenido, con las reservas de ley (artículos 268-bis párrafo final y 286-bis párrafo tercero del C.P.P.D.F.); y al excederse el Ministerio Público de los plazos para la detención del indiciado, señalados en el artículo 16 Constitucional, se presumirá que estuvo incomunicado y carecerán para ello de validez, las declaraciones que haya emitido el indiciado (artículo 134 párrafo segundo del C.P.P.D.F.)

II.3.1. Sin detenido, y el delito se sanciona con pena de prisión.

En esta hipótesis de cuando la consignación se llevó a cabo sin detenido por el Ministerio Público, toda vez que esta autoridad administrativa consideró que las investigaciones practicadas por él en la etapa de averiguación previa existe comprobada la existencia de un delito que se sanciona con pena privativa de libertad y la probable responsabilidad de un sujeto que no se encuentra detenido, obliga a dicho Organismo Ministerial a solicitar de la Autoridad Judicial la Orden de Aprehensión, y el Juez que conozca de la causa para obsequiarla habrá de satisfacer los requisitos a que se refieren los artículos 16 Constitucional y 132 del C.P.P.D.F., los cuales se transcriben en sus términos:

Artículo 16.- "...No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad del indiciado."

"Artículo 132. Para que un juez pueda librar orden de aprehensión, se requiere:

I Que el Ministerio Público la haya solicitado; y

II Que se reúnan los requisitos fijados por el artículo 16 de la Constitución Federal."

De los anteriores numerales se desprenden que para el obsequio de una "Orden de Aprehensión", se deben colmar los siguientes requisitos:

1).- Que la autoridad que libre la orden de aprehensión debe ser una autoridad judicial.

2).- Que preceda denuncia o querrela;

3).- Que esa denuncia o querrela sea de un hecho que la ley señale como delito;

4).- Ese delito deberá tener señalada en la ley cuando menos pena privativa de libertad;

5).- Que con los medios de prueba recabados durante la averiguación se acredite el cuerpo del delito de que se trate;

6).- Que con esos medios de prueba se acredite la probable responsabilidad del indiciado;

7).- Que el Ministerio Público lo haya solicitado.

1).- Que la autoridad que libre la orden de aprehensión, debe ser una autoridad judicial, entendida la autoridad judicial como aquella facultada para

aplicar el derecho al caso concreto, a partir de su potestad jurisdiccional, la cual queda limitada por la competencia que la ley le otorga, y en este sentido el primer párrafo del artículo 16 Constitucional, ordena "...Nadie puede ser molestado en su persona... sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente...", y si a ello aunamos que el citado párrafo segundo del Ordenamiento invocado, señala "No podrá librarse orden de aprehensión o detención a no ser por autoridad judicial...", entonces no es dable concluir que solo pueden dictar ordenes de aprehensión los jueces competentes, es decir, los jueces penales, en consecuencia son inconstitucionales las ordenes de aprehensión dictadas por los jueces civiles, concursales, familiares o del arrendamiento, pues ellos son incompetentes por materia. También es inconstitucional la orden de aprehensión dictada por un juez incompetente por razón de territorio o del fuero (federal o local), aun cuando se trate de un juez penal, y el agraviado puede solicitar el amparo, siempre y cuando la orden no haya sido cumplida, pues si la orden ha sido cumplida y el inculpado es aprehendido, en ese caso el artículo 449 del C.P.P.D.F., ordena que se practiquen las diligencias que no admiten demora y dicte el auto de formal prisión o de libertad, reservando la substanciación de la competencia para un momento posterior; esto a nuestro particular punto de vista resulta de dudosa legalidad pues no se le puede dar validez a un acto convalidando las actuaciones que tienen origen inconstitucional por provenir de una autoridad incompetente. Cabe indicar que el que la autoridad judicial sea la facultada para el libramiento de una orden de aprehensión, aspira a evitar las detenciones arbitrarias por parte de los Organos del Estado de índole Administrativo.

2).- Para resolver sobre el obsequio de una orden de aprehensión es necesario que exista previa denuncia o querrela, entendiéndose por el primero el mero hecho de poner en conocimiento del Ministerio Público actos constitutivos de delito, en tanto que por la querrela, se entiende la potestad que tiene el ofendido o su representante legítimo de acudir ante el Agente del Ministerio Público, para hacer de su conocimiento una narración de hechos presumiblemente delictivos, con el fin de que se castigue al autor de los mismos, instituciones las cuales hemos hecho referencia ampliamente en los tópicos I.1.1. y I.1.2. del Capítulo anterior.

3).- Que la denuncia o la querrela sean de hechos determinados que la ley señale como delito, esto es que la relación de hechos se encuentren perfectamente ubicados en el tiempo y en el espacio y se estimen

delictivos, es decir esos hechos deben tener un señalamiento en la ley, como delitos, esta constatación corresponde hacerla al Ministerio Público que, como órgano técnico especializado en la investigación y persecución de los delitos, habrá de determinar si los hechos cuyo relato recibió del denunciante o querellante, efectivamente constituyen la conducta o el resultado de ésta, que la ley tipifica como delitos, y la calificación la deberá efectuar el Órgano Jurisdiccional.

En este sentido el maestro Ricardo Ojeda Gándara, actualmente Juez Cuadragésimo Penal en el Distrito Federal, señala en relación a este requisito, en sus fallos donde resuelve sobre el obsequio de dicha orden, lo siguiente: "La orden de aprehensión sólo puede girarse por hechos que la ley señale como delito, pues si bien es cierto, que el Derecho Penal es de orden público, y por tanto le interesan todas aquellas conductas lesivas para el orden social, no menos cierto es que, a efecto de no violar el principio de mínima intervención del Derecho Penal, el Estado por medio de los órganos competentes ha creado un catálogo señalando que conductas se consideran delictivas".

4).- El delito que se le impute al gobernado deberá tener señalada en la ley cuando menos pena privativa de libertad. En efecto para librar una orden de aprehensión, es necesario que el hecho este sancionado con pena privativa de libertad, pues en primer lugar así lo determina el artículo 16 Constitucional, y en segundo porque solo procede la prisión preventiva, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley Suprema, por delitos que merezcan pena corporal; luego entonces: si el delito que se imputa no está sancionado con pena de prisión, el indiciado no puede ser sometido a prisión preventiva, ni tampoco puede ser privado de su libertad mediante una orden de aprehensión, pues si así se hace es violatorio de garantías. Sostiene este criterio la siguiente Jurisprudencia que reza:

ORDEN DE APREHENSION TRATANDOSE DE PENA ALTERNATIVA.
 Si el delito que se imputa al indiciado, lo castiga la ley con pena alternativa, pecuniaria o corporal, la orden de aprehensión que se libre es violatoria del artículo 16 Constitucional.
 Amparo en revisión 1636/30. Rodríguez Jesús. 9 de diciembre de 1931. Cinco votos.
 Amparo en revisión 4486/33. Castañeda Zeferino. 27 de febrero de 1935. Unanimidad de cuatro votos.
 Amparo en revisión 1532/36. Montiel Marcelino. 11 de julio de 1936. Cinco votos.
 Amparo en revisión 2865/36. Villalobos Flavio. 14 de agosto de 1936. Unanimidad de cuatro votos.

Tomo XXXIII, pág. 303. Sánchez Francisco y coags.
Primera Sala, tesis 1234, Apéndice 1988, Segunda Parte,
pág. 1983.

5 y 6).- Aunado a lo anterior también se deberá colmar como requisito lo que el artículo 16 señala como cuerpo del delito y la probable responsabilidad, figuras a que haremos referencia en el tercer capítulo del presente trabajo, y más concretamente cuando abordemos el tema de la formal prisión.

7).- Que el Ministerio Público lo haya solicitado. Este elemento de la orden de aprehensión resulta del monopolio de la acción penal, que el artículo 21 de nuestra Constitución Federal otorga al Ministerio Público, al indicar: "La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público...". Sostiene nuestro criterio nuestro Máximo Tribunal, al indicar en Jurisprudencia, lo siguiente:

ORDEN DE APREHENSION.

Para dictarla es necesario que lo pida el Ministerio Público, y si este no solicita dicha orden, el juez no tiene facultades para expedirla.

Quinta Epoca:

Amparo en revisión 2247/24. Cordoba Rafael. 27 de febrero de 1926. Unanimidad de diez votos.

Amparo en revisión 2325/24. Navarro Francisco. 3 de agosto de 1926. Mayoría de siete votos.

Amparo en revisión 1921/24. Ramírez Francisco y otros. 10 de agosto de 1926. Unanimidad de ocho votos.

Tomo XIX, pág. 1286. Pérez Ricardo. 5 de octubre de 1926

Amparo en revisión 4308/25. Mancio Everildo y coag. 21 de diciembre de 1926. Unanimidad de nueve votos.

Pleno, tesis 1231, Apéndice 1988, Segunda Parte, pág. 1981.

Aunado a los anteriores requisitos que se desprenden del texto del párrafo segundo del artículo 16 de nuestro Código Político, se señalan los siguientes: como la orden de aprehensión es un acto de molestia debe reunir la formalidad de ser por escrito, por consiguiente todo mandamiento y 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 jurídica a que hace alusión el artículo 16 Constitucional en su párrafo segundo, ésta garantía permite 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 deriven de la aplicación de ese mandato sin que se pueda variar su contenido, asimismo para que se

satisfaga dicha garantía constitucional no es solo que conste por escrito, sino además que se le comunique a la persona en contra de quien se dicta la orden, esto es importantísimo pues permite al gobernado a quien va dirigida la orden el poder preparar desde este momento su defensa. Dicho documento además debe ser firmado tanto por el Juzgador como por el Secretario de Acuerdos, quien da fe de lo actuado por el Juez que lo dicta, lo anterior si bien no lo dicta el texto constitucional, sin embargo es fundamental pues desde el punto de vista legal es la firma la que le da autenticidad al escrito y firmeza a la resolución, pues es la forma en que el Titular del Organó del Estado adquiere una relación directa entre lo expresado y la firma que lo calza, pues de ello se derivan responsabilidades del contenido y consecuencias de la emisión del mandamiento.

En este sentido Ignacio Burgoa, señala: "...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 al particular afectado se le comunique o se le de a conocer. Esta comunicación o conocimiento pueden ser anteriores o simultáneas a la ejecución del acto de molestia, pues la exigencia de que éste conste en un mandamiento escrito, sólo tiene como finalidad que el gobernado se entere de la fundamentación y motivación legales 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, de tal manera que carece de valor una copia facsímilar..."

22

Asimismo como la orden de aprehensión es un acto de molestia debe de ir fundado y motivado, entendiéndose como el primero los preceptos legales que se aplican al caso concreto, es decir los supuestos normativos que se encuadran a la conducta del gobernado que deberán señalarse con toda exactitud; así como los cuerpos legales o preceptos que otorgan la competencia a las autoridades, para emitir un agravio del gobernado; y entendiéndose por el segundo el razonamiento que lleva a cabo el juzgador para esbozar con el texto del acto de autoridad conforme el cual el Juzgador llega a la conclusión de que el caso concreto se ajusta a las prevenciones legales que le sirven de fundamento, ya

que si no se cumple con éstos requisitos de fundamentación y motivación, entonces se vulneraría el artículo 16 de la Constitución Federal, y entonces se otorgaría al indiciado el amparo y protección de la justicia federal, sostiene este argumento la siguientes tesis jurisprudencial, que reza:

ORDEN DE APREHENSION CARENTE DE MOTIVACION Y FUNDAMENTACION, AMPARO TOTAL Y NO PARA EFECTOS.

La orden de aprehensión que carece de los requisitos de fundamentación y motivación, viola flagrantemente el artículo 16 constitucional y, en estas condiciones, el amparo que se promueva en su contra debe concederse en forma total y no para efectos de subsanar deficiencias de forma. En efecto, la sola omisión de mencionar en ella constancias que la funden y de consideraciones relativas a las circunstancias de hecho de parte del juzgador para establecer la adecuación del caso concreto a la hipótesis abstracta consignada por la ley, es bastante para conceder en forma lisa y llana, sin restricción alguna, la protección constitucional, sin que se haga necesario el estudio de las constancias existentes en la averiguación, porque tal estudio corresponde al juez común responsable y no a los órganos de control constitucional.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CIRCUITO.

Séptima Epoca:

Amparo en revisión 243/75. Javier y Dolores Pérez Ramírez. 22 de agosto de 1975. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 549/75. Gonzalo Mario Díaz Toledo. 28 de enero de 1976. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 598/75. Gustavo Dorles Reyes y otro. 25 de marzo de 1976. Unanimidad de ocho votos.

Amparo en revisión 569/75. Domingo Manjarrez Gallardo. 6 de mayo de 1976. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 167/76. Lino Esquivel Ramírez y otros. 25 de mayo de 1976. Unanimidad de votos.

Tesis 74, Apéndice 1985, Sexta Parte, pág. 101

Una vez que el Organó Jurisdiccional confirmó la satisfacción de todos los requisitos examinados, estará en condiciones de obsequiar la orden de aprehensión que le solicitó el Ministerio Público, resolución que se entregará inmediatamente al Representante Social para que éste ordene su ejecución a la policía judicial, la cual por imperativo del artículo 16 párrafo tercero de la Constitución Federal y 272 párrafo primero del C.P.P.D.F., inmediatamente que ejecute dicha orden, deberá de poner al indiciado a disposición del juez sin dilación alguna, y bajo su más estricta responsabilidad.

Una vez que se llevo a cabo la puesta a disposición del indiciado en la prisión preventiva, por parte de la

policía judicial, y enterado la Autoridad Judicial de que esa persona se encuentra puesta a disposición, empieza a computarse el término constitucional de sesenta y dos horas, en las que el juez tendrá que realizar una serie de actos procesales, contenidos tanto en el artículo 20 Constitucional, como en la Sección Tercera del Capítulo I, del C.P.P.D.F., actos que se verán en el tópico II.5, de el presente capítulo de tesis.

II.3.2. Sin detenido, y el delito se sanciona con pena no privativa de libertad o alternativa.

En la hipótesis de cuando la consignación de la Averiguación Previa se hace sin detenido, por un delito que se sanciona con pena no privativa de libertad (multa) o alternativa (prisión o multa), la misma se hace con pedimento de "Orden de Comparecencia", en el primer caso porque no hay pena privativa de libertad y en el segundo porque siendo alternativa, sólo se podrá saber si el delito merece pena privativa de libertad hasta la sentencia; Por su parte el Juzgador una vez que radique la Averiguación Previa y previo estudio de las constancias resolverá si se satisfacen los requisitos del artículo 16 Constitucional, los cuales nos referimos en el tópico anterior, hecha excepción del de la pena privativa de libertad como ha quedado señalado, para el efecto de que se obsequie en contra de sus autores 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 de lugar a aprehensión, a pedimento del Ministerio Público se librará la orden de comparecencia en contra del inculcado para que rinda su declaración preparatoria, siempre que éste acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de inculcado.

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

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

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

Como se desprende del texto anterior la Orden de Comparecencia es girada por el Órgano Jurisdiccional, en contra de los indiciados, por delitos que no tengan

pena privativa de libertad o ésta sea alternativa, ó en el caso de que el indiciado haya obtenido ante la Agencia del Ministerio Público, su libertad provisional, en virtud de que el delito que se le imputa si bien tiene como sanción pena privativa de libertad pero no se considera delito grave por la ley (artículo 271, párrafo tercero del C.P.P.D.F.), para lograr la presencia del sujeto ante el juez, y para lo cual deberá reunir los mismos requisitos que para una orden de aprehensión; y la misma debe ser cumplimentada a través de los agentes de la policía judicial.

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 indiciado ha obtenido su libertad ante el Ministerio Público exhibiendo caución suficiente; de tal suerte que resulta contradictorio, que alguien que 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 de averiguación previa, en términos del párrafo sexto del artículo 271 en comento, se le mande traer por medio de la policía judicial, pues al no cumplir ninguna norma y garantizar su libertad lo congruente sería que se le mandara 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, el día y hora señalados y en caso de que la misma no fuera obedecida siendo debidamente notificado, se proceda al mandato de comparecencia por medio de policía judicial ó en su caso expedirá la Orden de Aprehensión 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 un decreto de citación al imputado. No implica custodia posterior"*. 23

La Orden de Comparecencia podrá traer como consecuencia que se dicte por parte del juzgador, el auto de sujeción a proceso, en tanto que la Orden de Aprehensión y la de Comparecencia a que se refiere el párrafo tercero del artículo 271 del C.P.P.D.F., y que en la praxis se ha denominado incorrectamente "orden de presentación", podrán traer como consecuencia que se dicte un Auto de Formal Prisión, previa declaración que haya hecho el indiciado sobre el delito que se le imputa, para que pueda contestar al cargo, y si se negara a declarar, lo cual es perfectamente válido en virtud de que de conformidad con el artículo 20

fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "No podrá ser obligado a declarar.", y en este caso el Juzgador respetara su decisión, dejando constancia de ello en el expediente (artículo 290 párrafo tercero del C.P.P.D.F.). Declaración que se estudiara con mas detenimiento en el apartado II.5. del presente capítulo.

II.3.3. Consignación con detenido.

Ya hemos visto que si la consignación hecha por el Agente del Ministerio Público es con detenido, el Tribunal radicará de inmediato el asunto y con el detenido a su disposición, desde el momento en que el Ministerio Público lo interne en el reclusorio, dictará resolución determinando si la detención que se ordene en la averiguación previa bajo la responsabilidad del Ministerio Público, estuvo apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, único caso en el que la ratificará, pues de no ser así decretará la libertad al detenido, con las reservas de ley y si la detención excedió de los plazos constitucionales, se presumirá la existencia de incomunicación del detenido y carecerán de validez las declaraciones que haya emitido el indiciado en esa Averiguación. Veámoslo con mas detenimiento.

II.4. Calificar de Constitucional la detención hecha por el Agente del Ministerio Público.

En efecto, como se señala en el anterior tópico el Juez de la causa, cuando reciba el ejercicio de la acción penal con detenido, una vez radicado el expediente (por imperativo del artículo 16 párrafo sexto, de nuestra Carta Magna, y reconocimiento del C.P.P.D.F. en sus artículos 268-bis párrafo tercero y 286-bis párrafo tercero) revisará de inmediato si la detención que llevo a cabo el Ministerio Público respecto de un Ciudadano, se apegó a lo que disponen los párrafos cuarto y quinto del artículo 16 de nuestro Código Político, es decir, si la detención fue en delito flagrante o caso urgente, únicos figuras que nuestra Norma Suprema fija para la detención de una persona sin que medie orden de aprehensión, en este supuesto el Juzgador ratificará la constitucionalidad de la detención hecha por el Titular de la acción penal, y para el caso de que la detención decretada por el Agente del Ministerio Público Consignador no tenga la categoría de delito flagrante o caso urgente, deberá de abstenerse de continuar el procedimiento preinstructorio, y tendrá que decretar la libertad con reservas de ley, ello sin perjuicio de que, por existir pruebas que acrediten el delito y la probable responsabilidad penal, libre orden de aprehensión,

donde respetando la garantía de seguridad jurídica que preve el artículo 16 de la Constitución federal, se le prive de la libertad, poniéndose a disposición del Juez, y se continúe el procedimiento. Aquí cabe señalar que en la praxis algunos jueces señalan que se "ratifique la legalidad de la detención" hecha por el agente del Ministerio Público, lo cual consideramos erróneo en virtud de que deber ser la Constitucionalidad, por derivar el precepto directamente de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 16 párrafo sexto), y no de leyes secundarias, ello aunado a que los mismos artículos 268-bis párrafo tercero y 286-Bis párrafo tercero, ambos del C.P.P.D.F., señalan, el primero "El juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o no; en el primer caso ratificará la detención y en el segundo decretará la libertad con las reservas de ley", en tanto que en el segundo "Si la consignación es con detenido deberá inmediatamente ratificar la detención, si esta fuere constitucional; en caso contrario decretará la libertad con las reservas de ley."; Y sin que se inadvierta por nuestra parte que el principio de legalidad si bien es verdad que se encuentra implicado en la primera parte del artículo 16 de Nuestra Carta Magna, que condiciona todo acto de molestia en los términos de la expresión "que funde y motive la causa legal del procedimiento", sin embargo tal precepto va dirigida directamente a las normas secundarias, caso en el cual estaríamos, se insiste, ante el principio de legalidad, empero si la cuestión planteada proviene de la Constitución, entonces estaremos ante un caso de Constitucionalidad y no de Legalidad. Como se aprecia de la siguientes tesis jurisprudenciales, que a continuación se indican:

FUNDAMENTACION, MOTIVACION Y LEGALIDAD. La falta absoluta de fundamentación legal, es una violación directa de la Constitución, cuando no se cita precepto alguno en la resolución reclamada. Y la falta de motivación también lo es, cuando no se adecúan los hechos del caso a la norma. Pero cuando se trata de fundamentación dada incorrectamente, o de motivación inadecuada, es decir, cuando no se trata de las violaciones formales, sino de violaciones materiales, a través de la ilegalidad de la fundamentación de la motivación, debe estimarse que a menos que la ley aplicada sea directamente la Constitución Federal, las cuestiones planteadas no son de constitucionalidad directa, sino de legalidad.

Volumen 73, Sexta Parte, p. 30. Primer Circuito, Primero Administrativo. AR.

LEGALIDAD, GARANTIA DE.- La llamada garantía de legalidad protege directamente la violación de leyes secundarias y sólo indirectamente la violación de los artículos 14 y 16 constitucionales, en cuanto éstos establecen que todo acto de autoridad debe ser conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho y que nadie puede molestarlo sin mandamiento que funde y motive la causa legal del procedimiento entendida la violación de estos preceptos en sentido material y no en sentido formal, es decir, en el sentido de que no se haya resuelto conforme a la ley, porque citándose una ley como aplicable, y expuestos los motivos que hace que el caso encaje en la hipótesis normativa, los razonamientos de hecho y de derecho resultan contrarios a la lógica o a la ley que se pretende aplicar para fundar el acto. La violación constitucional directa, en estos casos, será la violación causada al citarse una ley secundaria expedida con posterioridad al hecho, o la violación formal causada por omitirse citar preceptos legales secundarios que funde el acto, o por no expresarse razones acerca de la adecuación de los hechos del caso a la hipótesis de la norma que se haya citado.

Amparo en revisión 847/73.- Jacuzzi Universal, S.A. 3 de diciembre de 1973. Unanimidad de votos. Séptima Época. vol. 60. Quinta Parte. Cuarta Sala. P. 29.

Hay que dejar claro, que para ratificar la detención el Juzgador únicamente deberá apreciar si se efectuó en flagrante delito o dentro de los casos de urgencia que señalan los párrafos cuarto y quinto del artículo 16 Constitucional, así como analizar las pruebas con las que se acredite lo anterior, porque es esta decisión, por imperativo del párrafo sexto del citado precepto constitucional y sus correlativos de la ley secundaria (artículos 268-bis último párrafo y 286-bis párrafo tercero, del C.P.P.D.F.), lo que restringe o no la libertad del indiciado hasta en tanto se resuelva su situación jurídica. En estas condiciones, cuando el Juez de la causa, en el auto inicial, ratifica la detención por haberse colmado los anteriores supuestos previstos en los párrafos cuarto y quinto del referido artículo 16 Constitucional, en relación con el párrafo sexto del citado precepto y sus correlativos de la ley secundaria, no debe analizar si el presunto delincuente ha sido objeto de detención prolongada antes de su consignación a la Autoridad Judicial por parte de la Autoridad Investigadora, o este acreditado el cuerpo del delito de que se trate o la probable responsabilidad, ya que la obligación del juzgador únicamente se circunscribe a analizar si se dieron o no las circunstancias de detención en términos del invocado precepto constitucional (delito flagrante y caso urgente); Y en todo caso si el Ministerio

Público se hubiese excedido de los plazos señalados para la detención del indiciado, contenidos en el artículo 16 Constitucional, se presumirá que estuvo incomunicado y carecerán para ello de validez, las declaraciones que haya emitido el probable responsable (artículo 134 párrafo segundo del C.P.P.D.F.), pero en mi opinión no carecerá de valor las demás probanzas recabadas por el Organó Investigador en la Averiguación Previa.

Aquí cabe señalar que la Constitución Federal al facultar al Organó Jurisdiccional ratifique la constitucionalidad de la detención realizada por el Titular de la Acción Penal, es porque la única decisión que justifica esa privación de la libertad y crea el estado jurídico respectivo, es el auto del Juez, además de que con ello en mi opinión se evitan detenciones fuera de los casos previsto por la ley (delito flagrante y caso urgente), así como sus prolongaciones arbitrarias por parte de la Autoridad Administrativa, en virtud de que los coacciona para el efecto de no tener detenido por mas de ese tiempo a un gobernado, pues en caso contrario podrían ser responsables de delitos contra la Administración de Justicia, toda vez que su conducta encuadraría en el artículo 225 fracción X, del Código Penal, que señala "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 mas tiempo del señalado por el párrafo séptimo del artículo 16 Constitucional".

II.5. Declaración preparatoria.

Una vez que el inculpado es puesto a disposición del juez bien sea porque el Ministerio Público hizo la consignación con detenido o bien porque habiundo consignado sin detenido, fue librada oportunamente la orden de aprehensión y se cumplimentó por la policía judicial, o se presento el indiciado en virtud de la orden de comparecencia, empieza a computarse el término constitucional de setenta y dos horas, en las que el juez tendrá que realizar una serie de actos constitucionales y procesales, que ahora estudiaremos.

Pues bien, dentro de las cuarenta y ocho horas, contadas a partir de éstos supuestos, el juez deberá hacerle saber al indiciado en audiencia pública, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar al cargo, rindiendo en ese acto su **DECLARACION PREPARATORIA** (artículo 20 fracción III, de la Constitución y 290

párrafo tercero del Código Procesal Penal para el Distrito Federal). Si se negó a emitir su declaración el indiciado, lo cual es perfectamente valido en virtud de que de conformidad con el artículo 20 fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos "No podrá ser obligado a declarar.", y en este caso el Juzgador respetara su decisión, dejando constancia de ello en el expediente (artículo 290 párrafo tercero del C.P.P.D.F.), en este sentido Jesús Zamora Pierce, señala "A pesar de todas las protecciones otorgadas a la declaración del acusado, éste puede negarse a declarar por completo, o bien hacerlo selectivamente, manifestando lo que a su derecho convenga y negándose a responder a las preguntas del Ministerio Público, por ejemplo, lo cual es perfectamente lícito, puesto que no puede ser compelido a declarar en su contra." 74

Esta diligencia del derecho de audiencia del indiciado, es quizás una de las que la Constitución Federal y la Ley Adjetiva revisten de mayores formalidades, como que es la primera ocasión en que éste tendrá contacto con el juez que habrá de decidir su situación jurídica, y ello ocurrirá en una audiencia pública y en un local al que podrá tener acceso cualquier persona que lo desee, hecha excepción de los testigos que deberán examinarse en relación a los hechos que se investigan (artículo 288 del C.P.P.D.F.), lo cual resulta letra muerta, en virtud de que a tales testigos no los conoce el Juzgador que preside la audiencia, toda vez que al ser la primera vez que tiene contacto con el indiciado y que por lo tanto éste no ha ofrecido sus pruebas, es que no podrá saber cuales son esos testigos que deberán examinarse.

II.5.1. Forma de llevarla a cabo.

La declaración preparatoria comienza con los generales del indiciado, incluidos los apodos si los tuviere, el grupo étnico al que pertenezca, en su caso, designándole previamente, si fuere necesario, un intérprete, preferentemente de su misma etnia; a continuación, se le hará saber el derecho que tiene a una defensa adecuada, por sí, por abogado o por persona de su confianza; a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera (artículos 20 fracción IX, de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 290 párrafo primero, del C.P.P.D.F.).

Si no quiere o no puede nombrar defensor después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. Acto continuo, se le dará a conocer el derecho que tiene para solicitar y obtener su libertad provisional bajo caución, y se le hará saber el nombre de su acusador y de quienes declaren en su contra, se le pondrá en conocimiento el contenido de la denuncia, acusación o querrela, así como del delito que se le atribuya, lo que equivale a hacerlo sabedor de la naturaleza y causa de la acusación, facilitándole todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el expediente, se le harán saber las garantías que le otorga el artículo 20 de la Constitución Federal, y se le interrogará acerca de si es su deseo declarar (artículo 20 fracciones I, II, III, VII y IX de la Constitución, y artículos 294, 290 párrafos segundo y tercero y cuarto del C.P.P.D.F.).

Pues bien, solo en el caso de que así lo desee, se le recibirá su declaración preparatoria (artículo 291 del C.P.P.D.F.), así denominada porque prepara la defensa, que podemos conceptuarla como la primera manifestación que hace el indiciado ante el juez, en relación con los hechos delictivos que se le atribuyen. Esta declaración puede ser por escrito o de manera oral y, en esta última hipótesis, puede declarar de viva voz, dictando directamente su deposado o bien haciendo el relato respectivo para que el Juez al presidir la audiencia (lo que generalmente no ocurre, en virtud de que en la praxis se lleva a cabo por el Secretario de Acuerdos), haga la redacción correspondiente, con la mayor exactitud posible (artículo 293 del C.P.P.D.F.), en el concepto de que si fueran varios indiciados por los mismos hechos, se les tomará declaración por separado, en una sola audiencia, cuidando que no se comuniquen entre sí ni por interpósita persona (artículo 287 del C.P.P.D.F.).

Tanto el defensor como el Ministerio Público, podrán interrogar al acusado, siempre y cuando sea el deseo de éste declarar, en virtud de que puede acogerse a la garantía que le consagra el artículo 20 fracción II, de la Constitución Federal, que señala que "No será obligado a declarar", si es su deseo declarar los interrogatorios que le formulen las partes deberán hacerse por conducto del Juzgador, y éste desechará las preguntas que a su juicio sean capciosas o inconducentes, y acto seguido, el juez podrá interrogarlo sobre su participación en los hechos imputados, asimismo mediante petición del inculcado, se practicarán los careos con los testigos que hayan declarado en su contra y estuvieren en el lugar del juicio, para que pueda formularles las interrogantes conducentes a su defensa, mismo derecho que se

concederá al Ministerio Público (artículos 292 y 295 del C.P.P.D.F.).

11.5.2. Solicitud de la ampliación del término constitucional de 72 horas a 144 horas.

El artículo 19 C., fija en setenta y dos horas el término máximo de una detención ante autoridad judicial, al indicar *"Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión..."*, empero como también indica en su párrafo segundo, que: *"Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal..."*, con lo anterior es indudable que puede prolongarse este término constitucional en beneficio del indiciado, pero la citada norma constitucional al no señalar el tiempo de prórroga e indicar que se deberá hacerse *"...en la forma que señale la ley..."*, es que debemos remitirnos a la ley secundaria, y en este aspecto el Código Procesal Penal para el Distrito Federal, en el artículo 297, párrafo segundo, indica:

"El plazo a que se refiere la fracción I de este artículo, se duplicará cuando lo solicite el inculpado por sí, o por su defensor, al rendir su declaración preparatoria, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica."

En tanto que la fracción I de dicho numeral, señala *"Se dictará dentro del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial"*.

De la disposición legal se desprende que, se autoriza la duplicidad del término constitucional de setenta y dos horas a 144 ciento cuarenta y cuatro horas, si se cumplen estas condiciones:

- a) Que lo solicite el inculpado o su defensor;
- b) Que la petición se formule en la declaración preparatoria; y,
- c) Que la ampliación del término tenga como finalidad aportar o desahogar pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica.

La duplicidad del término no podrá solicitarla el Ministerio Público, ni decretarla el juez de oficio, y

de otorgarse este beneficio al indiciado o a su defensor, se notificará al Director del reclusorio preventivo donde se encuentre interno el acusado, para los efectos del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, esto es, del término constitucional, y en relación a las pruebas o alegatos que propusiere el indiciado o el defensor durante la ampliación del término, el Ministerio Público únicamente podrá hacer las promociones que a su interés corresponda, así lo disponen los párrafos tercero y cuarto del citado artículo 297 del C.P.P.D.F., los cuales se transcriben a la letra:

"El Ministerio público no podrá solicitar dicha ampliación ni el juez resolverla de oficio; el Ministerio Público en ese plazo puede sólo en relación con las pruebas o alegatos que propusiere el inculcado o su defensor, hacer las promociones correspondientes al interés social que representa.

La ampliación del plazo se deberá notificar al Director del reclusorio preventivo, en donde en su caso, se encuentre internado el inculcado, para los efectos a que se refiere la última parte del primer párrafo del artículo 19 constitucional."

Sólo nos resta comentar, en relación a lo anteriormente transcrito, que si se penso prudentemente por el legislador, no fue acertado que el texto constitucional dejase a las normas secundarias el plazo de prolongación de las 72 horas que marca el artículo 19 de nuestra Ley Suprema, dado la importancia que reviste la resolución que se emite dentro de ese periodo, y mas aun que la misma va dirigida a que el indiciado aporte pruebas de descargo para el efecto de que obtenga su libertad, ya que si el propósito fue duplicar dicho término, hubiese sido aconsejable una reforma más amplia a la ya modificada Constitución Federal; Ello aunado a que el plazo que señala la norma secundaria, en la práctica, resulta ser insuficiente para que el indiciado aporte las pruebas ofrecidas para desvirtuar el delito que se le impute, y por ejemplo tenemos el caso de que el indiciado señale a un testigo que se encuentre en el Estado de Chihuahua, o en otro país, y que por el tiempo tan reducido, no pueda ser posible la presencia de esa persona en el Juzgado, por lo que con el propósito de brindar mayor certeza y seguridad jurídica a la libertad personal de los gobernados, es menester que se amplie el término constitucional, para el efecto de que el acusado aporte y desahogue pruebas para que el Juez resuelva su situación jurídica, de 72 horas a 10 diez días, y con ello evitarse para el probable responsable una prolongada prisión preventiva o que estén sujetos a proceso, por lo cual propongo reformar el artículo 19

de nuestra Constitución Federal, así como el artículo 297 del Código Procesal Penal para el Distrito Federal, para insertar este plazo que señalo.

Ahora bien, por cuanto hace a que la figura del *Defensor* se contenga en la Ley Secundaria, nos parece una medida acertada porque el Defensor es la persona que al poseer los conocimientos técnicos jurídicos solicite en un momento dado la ampliación del término constitucional, por considerar que pueden aportarse medios de prueba de descargo a efecto de que el indiciado pueda alcanzar su libertad, y sin que con ello se transgreda la disposición constitucional, en el sentido de que *"Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado..."*, en virtud que hay que considerar que la Constitución Federal contiene los derechos mínimos en favor del gobernado, los cuales pueden ser ampliados.

Una vez tomada la declaración preparatoria al indiciado, y en su caso que se hubiese solicitado la duplicidad del término constitucional, para el efecto de haber aportado pruebas de descargo, y una vez desahogadas éstas, el Juez deberá resolver la situación jurídica del inculpado.

II.6. Resoluciones que puede dictar el Juzgador en el término constitucional.

El procedimiento penal de preinstrucción que estamos analizando, puede concluir con el dictado, dentro del término de 72 horas o su ampliación a 144 horas, con cualquiera de estas tres resoluciones: auto de formal prisión, auto de sujeción a proceso, o auto de libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley.

Conforme lo dispone el artículo 19 de nuestra Carta Fundamental *"Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se le impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado."*

Del anterior texto de la Constitución Federal, se desprende el derecho que se le otorga al indiciado de que su detención ante el Órgano Jurisdiccional no podrá exceder del término de 72 setenta y dos horas, a menos que el juez, en ese periodo de tiempo dicte en su

contra *auto de formal prisión*, pero, dado que, conforme el artículo 18 Constitucional, sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva, resulta que el artículo 19 C. nada señalaba en cuanto a los delitos que no merecen pena privativa de libertad ó pena alternativa, es por ello que generalmente cuando aparecían estos supuestos se tenía que remitir a las leyes secundarias, y en este caso al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que señala en el artículo 304 que "El *auto de sujeción a proceso* deberá contener los requisitos señalados en las fracciones I, II, III, V, VI y VII del artículo 297 de este código, y la sanción sea no privativa de libertad, o bien, alternativa o disyuntiva", es por esto y con justa razón que Jesús Zamora-Pierce, señalaba "...estamos obligados a señalar que el *auto de sujeción a proceso* es creación del legislador ordinario no se refiere a él en forma expresa el artículo 19, ni puede ser inferido de la norma constitucional, pues ésta se limita a otorgar garantías al procesado que puede ser sometido a prisión preventiva." 75; Sin embargo, al ser reformado el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el 3 de septiembre de 1993 (Diario Oficial de la Federación), agregándose, además del concepto de "*auto de formal prisión*" el de "*sujeción a proceso*", con lo cual esta figura, dejar de ser creación de las leyes secundarias para contenerse también en la Carta Fundamental.

Por otro lado cuando no estén acreditados los extremos que señala el artículo 19, o del artículo 304 del Código Procesal Penal; el Juzgador deberá emitir *auto de libertad* por falta de elementos para procesar, fundándose para ello en el artículo 302 que establece "El *auto de libertad* por falta de elementos para procesar se fundará en la falta de pruebas relativas a la existencia del cuerpo del delito o de la probable responsabilidad del consignado; contendrá los requisitos señalados en las fracciones I y VII del artículo 297 de este Código, no impedirá que posteriormente, con nuevos datos, se proceda en contra del indiciado".

Ahora bien conforme el *auto de libertad* por falta de elementos para procesar, no impide que, posteriormente, si el Ministerio Público presenta nuevas pruebas, se proceda nuevamente en contra del indiciado, hasta en tanto no prescriba el delito, semejante disposición deja la posibilidad de que el Titular de la acción penal siga actuando, y con la amenaza latente para el indiciado que de un momento a otro se reanude el procedimiento, lo que pugna con la

certeza que se le debe dar a las resoluciones, además de que de nada valdría que durante el período preinstructorio hubiere quedado plenamente acreditada una causa de exclusión del delito o que este extinguida la acción penal, por lo que en estos supuestos en mi opinión nada impide que se pueda decretar la libertad absoluta del indiciado, pues entonces de que valdría que de las probanzas que se han aportado hasta ese período preinstructorio se desprenda que la conducta que llevo a cabo el indiciado es atípica y que por mas pruebas que aporte el Agente del Ministerio Público, dicha conducta seguirá siendo atípica, o que se desprendan los requisitos de una legítima defensa, en donde un maleante se introduce a un domicilio ajeno, de noche, o se presenta en un comercio ante testigos, ejerce violencia para obtener la entrega de los bienes, y el agredido (incluso muchas veces después de ser golpeado) hace uso de armas para defender su derecho, y lesiona o priva de la vida al agresor, si así se lo demuestran todas las pruebas, sería racional que siguiera actuando la Autoridad Administrativa, o que estuviera extinguida la acción penal, (por muerte del indiciado, prescripción, perdón del ofendido, vigencia y aplicación de una nueva ley que suprima el tipo penal que se le impute al indiciado, y existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos), por lo que en estos supuestos, estimo, sería lógico pensar en una libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley, por lo que en mi opinión en estas hipótesis se debe decretar la libertad absoluta del indiciado, como se verá en el capítulo IV del presente trabajo; Apoya este criterio para las causas de exclusión del delito el artículo 17 del Código Penal para el Distrito Federal, que ordena "Las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento.", así como el siguiente criterio jurisprudencial que se transcribe:

AUTO DE FORMAL PRISION. EN EL PUEDEN ESTUDIARSE LAS EXCULPANTES.

Las autoridades judiciales tienen facultad para declarar la procedencia de las eximentes de responsabilidad en cualquier estado del juicio, inclusive antes del auto de detención; pero para ello es preciso que se justifiquen en forma plena e indiscutible.

Quinta Epoca:

Amparo en revisión 1454/38. Gutiérrez Isidoro. 9 de junio de 1938. Mayoría de tres votos.

Amparo en revisión 2132/38. Mazon Soto Jesús. 3 de agosto de 1938. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo en revisión 2303/39. Irujillo Gregorio. 14 de julio de 1939. Cinco votos.

Amparo en revisión 7027/42. Tenquedo Inés. 4 de diciembre de 1942. Unanimidad de cuatro votos.
Amparo en revisión 7701/42. Cornejo de Méndez María Guadalupe. 4 de diciembre de 1942. Unanimidad de cuatro votos.
Primera Sala. tesis 285, Apéndice 1988, Segunda Parte, pág. 503.

Instituciones las tres primeras que estudiaremos en el siguiente Capítulo, en tanto que el cuarto supuesto en el Capítulo IV del presente trabajo.

CAPITULO III.- RESOLUCIONES QUE PUEDE DICTAR EL JUEZ DENTRO DEL TERMINO CONSTITUCIONAL.

Precisada en el capitulo anterior, la actividad iniciada desde el momento en que el acusado fue puesto a disposición del Juzgador, éste al fenecer el término de 72 horas o su duplicidad, resolverá su situación jurídica a través de un auto de formal prisión, o en su defecto, de libertad por falta de elementos para procesar; y el auto de sujeción a proceso, cuando la consignación se efectúe sin detenido, por delito sancionable con pena no privativa de libertad o alternativa, empero a partir de que momento debe entenderse que el indiciado ha quedado a disposición del Juzgador.

III.1. Computo del término constitucional.

El cómputo del término constitucional comienza a partir de que el indiciado es puesto a disposición del juzgador, según lo establece el artículo 19 de la Constitución Federal, y lo reconoce el artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, sin embargo, tanto en la disposición constitucional como en la legal, no se señala desde que momento queda a disposición el indiciado del Juzgador. Estimo que la única manera de que el Juzgador pueda tomar en cuenta que una persona se encuentra a su disposición, en caso de estar detenido, es a partir de que le llega físicamente la averiguación previa, por medio de la Dirección de Turno de Consignaciones Penales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, pues es a partir de que la tiene en su poder, que deberá realizar una serie de actos, tanto constitucionales como legales, que no podría llevar a cabo si no la tuviese físicamente, en virtud de que no tendría datos en donde apoyarse para llevarlos a cabo, como son: inmediatamente deberá radicar la averiguación, y enseguida calificará la detención hecha por el Ministerio Público, en caso de calificar de constitucional la detención, deberá enviar oficio al Director del Reclusorio Preventivo donde se encuentre recluido el indiciado, a efecto de que a la brevedad posible lo presente tras la reja de prácticas, para notificarle que se encuentra sujeto a su disposición y tomarle su declaración preparatoria; Apoyamos este argumento en el artículo 51 de la L.O.I.S.J.D.F., que en esté sentido señala:

"Los juzgados penales ejercerán las competencias y atribuciones que les confieren las leyes, a partir de la recepción del turno de Consignaciones Penales del Tribunal y de conformidad con las reglas que para el

efecto expida el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal.

Ahora bien puede darse el supuesto de que no le ha llegado físicamente la averiguación previa al Juzgador, y se entere por medio del encargado del establecimiento en donde este internado el indiciado (en el caso del Distrito Federal, por medio del Director del Reclusorio Preventivo respectivo), que una persona ha ingresado puesta a su disposición; en esta hipótesis desde mi punto de vista, estimo, que el Juzgador deberá comunicarse con la Dirección de Turno de Designaciones Penales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para el efecto de señalarles que una persona esta puesta a su disposición y, sin embargo, que no le ha llegado la averiguación respectiva, asimismo deberá dar cuenta al Agente del Ministerio Público, para que éste se comunique a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, para el efecto de que le comunique que una persona esta puesta a disposición y no se encuentra físicamente en poder del juzgador la averiguación previa respectiva, y para el caso de que no se le envíe la averiguación al juzgador por ninguna de las dos instituciones mencionadas, claro esperándose un término prudente (estimo unas 2 horas), entonces éste deberá comunicar al encargado del establecimiento donde se encuentre recluso el indiciado, que éste no se encuentra puesto a su disposición, en virtud de que al no contar físicamente con la averiguación previa respectiva, se encuentra imposibilitado para llevar a cabo las actuaciones constitucionales y legales a que hicimos referencia, pues con qué datos podría ratificar la detención del indiciado, o como se le podría dar a conocer el nombre del acusador, la naturaleza y causa de la imputación o el delito que se le atribuye, y que en un momento dado tampoco podría emitir el auto de término constitucional, por no contar con las constancias en donde apoyarse para en su caso sujetar a proceso al indiciado o bien ponerlo en libertad, así como deslindarse de responsabilidad, toda vez que de no hacer del conocimiento del custodio que esa persona no se encuentra a su disposición, le seguirían corriendo los términos, y al estar privado de su libertad el gobernado, podría dar lugar a responsabilidad penal, pues al no llevar los actos podría incurrir en delitos contra la administración de justicia, contenidos en el artículo 225 del Código Penal para el Distrito Federal, en las fracciones XIII y XVII, que señalan:

"Artículo 225. Son delitos cometidos contra la administración de Justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes:

...XIII No tomar al inculcado su declaración preparatoria dentro de las cuarenta y ocho horas

siguientes a su consignación sin causa justificada, u ocultar el nombre del acusador, la naturaleza y causa de la imputación o el delito que se le atribuye.

...XVII No dictar auto de formal prisión o de libertad de un detenido dentro de las sesenta y dos horas siguientes a que lo pongan a su disposición, a no ser que el inculcado haya solicitado ampliación del plazo, caso en el cual se estará al nuevo plazo."

Una tercer hipótesis surge, cuando el Juzgador obsequia orden de aprehensión en contra de determinada persona, quienes ejecutan esa orden es la policía judicial, los cuales deben poner al indiciado a disposición del juzgador en el Reclusorio Preventivo, y a su vez éstos remiten copia de su informe al juzgador que emitió la orden para comunicarle que está se ejecuto, y la persona se encuentra a su disposición en el interior del Reclusorio Preventivo correspondiente, asimismo el Director del Reclusorio Preventivo, también enviará oficio al juzgador señalándole que una persona esta puesta a su disposición, en estos supuestos considero que el cómputo del término constitucional deberá empezar a contarse a partir de que es informado el Juez, por cualesquiera de estas dos instituciones, que una persona esta puesta a su disposición, y el juzgador una vez enterado a su vez deberá enviar al Director del Reclusorio Preventivo respectivo un oficio de que queda enterado de que una persona esta puesta a su disposición, además de que también ordene en ese oficio que esa persona sea enviada inmediatamente a la reja de prácticas del juzgado para el efecto de que sea enterada que está sujeta al juzgado respectivo, así como para tomarle su declaración preparatoria, y posteriormente resolver la situación jurídica del indiciado dentro de las 72 horas o su duplicidad, esto en virtud de que previamente ya contaba con las constancias.

Un cuarto supuesto aparece, cuando el Juzgador obsequia orden de comparecencia, en virtud, de que el delito que se le imputa al acusado merece pena no privativa de libertad o alternativa, o que existiendo pena privativa de libertad el indiciado se encuentra gozando de su libertad provisional, en virtud de que el delito que se le imputa al probable no es considerado grave por la ley, en estas hipótesis considero que a partir de que el inculcado se presenta al juzgado, el juez deberá certificar que esta persona se ha presentado voluntariamente, y a partir de esa certificación se deberá computar el término constitucional.

Una vez precisadas las hipótesis a partir de que comienza a computarse el término constitucional de las

72 horas, o su ampliación, estudiaremos las resoluciones que dicta el Juzgador dentro de éste término.

III.2. Resoluciones que pueden dictarse.

Como se señaló, el Organo Jurisdiccional al fenecer el término de 72 horas o su ampliación a 144 horas, deberá resolver la situación jurídica de una persona puesta a su disposición a través de un auto de formal prisión, o en su defecto, de libertad por falta de elementos para procesar; y el auto de sujeción a proceso, cuando la consignación se efectúe sin detenido, por delito sancionable con pena no privativa de libertad o alternativa.

Veamos la primer hipótesis.

III.3. Auto de formal prisión.

Resolución fundamental dentro del procedimiento penal mexicano, lo es el auto de formal prisión, consagrado en el artículo 19 Constitucional, que señala:

"Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en que se encuentre el indiciado, que dentro del plazo señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prorroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

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

Todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán recogidos por las leyes y reprimidos por las autoridades."

En tanto que el Código Procesal Penal para el Distrito Federal, indica en el artículo 297, que:

"Artículo 297. Todo auto de formal prisión deberá reunir los siguientes requisitos:

I Se dictará dentro del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial;

II Que se le haya tomado la declaración preparatoria al inculgado en los términos de ley, o bien, conste en el expediente que se negó a emitirla.

III Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten el cuerpo del delito por el cual deba seguirse el proceso;

IV Que el delito sea sancionado con pena privativa de libertad;

V Que no este acreditada alguna causa de licitud.

VI Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del indiciado; y

VII Los nombres y firmas del juez que dicte la resolución y del secretario que la autorice.

El plazo a que se refiere la fracción I de este artículo, se duplicará cuando lo solicite el inculgado por sí, o por su defensor, al rendir su declaración preparatoria, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica.

El Ministerio Público no podrá solicitar dicha ampliación ni el juez resolverla de oficio; el Ministerio Público en ese plazo puede sólo en relación con las pruebas o alegatos que propusiere el inculgado o su defensor, hacer las promociones correspondientes al interés social que representa.

La ampliación del plazo deberá notificar al Director del reclusorio preventivo, en donde en su caso, se encuentre internado el inculgado, para los efectos a que se refiere la última parte del primer párrafo del artículo 19 constitucional."

Del texto de los anteriores dispositivos se desprende que, el nombre de esta resolución es "auto de formal prisión", expresión que manejan de igual manera el grueso de los procesalistas mexicanos, y como ejemplo citamos a Colin Sánchez, quien señala: "...el auto de formal prisión es la resolución judicial que determina la situación jurídica del procesado al vencerse el término de setenta y dos horas, o en su caso el de 144 horas, por estar comprobados los

elementos integrantes del cuerpo del delito y los datos suficientes para presumir la responsabilidad, y así señalar la conducta o hecho por la que ha de continuarse el proceso".²⁶; o como Franco Villa, quien indica: "El auto de formal prisión es la resolución pronunciada por el Juez para resolver la situación jurídica del inculcado al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, por estar comprobados los elementos integrantes del cuerpo de un delito que merezca pena corporal y los datos suficientes para hacer probable la responsabilidad; para así determinar el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso".²⁷; Expresión con lo cual no estamos de acuerdo, toda vez que la prisión no es el objeto principal de este tipo de resolución, sino el fincarle proceso a una persona; es decir, tanto el texto constitucional como el legal y buena parte de los doctrinarios, como se ha señalado, le dan a esta determinación judicial el nombre de lo accesorio (prisión) cuando le deberían dar el nombre de lo principal (procesamiento), sin considerar por parte del legislativo federal y local, así como de los doctrinarios, que la finalidad de esta resolución es precisamente el fincarle proceso a una persona y no la prisión, en virtud de que ésta sólo se aplica como una medida preventiva, pues sólo se impone para el efecto de que el indiciado no se sustraiga a la acción de la justicia y este presente durante todo el proceso; criterio que también sostiene Jesús Zamora-Pierce, al señalar: "El auto de formal prisión, o de procesamiento, como sería mejor denominarle, de acuerdo a su ascendencia hispánica y con el criterio del código de procedimientos penales, que en diversos lugares habla de "procesado",..."²⁸. Por lo anterior estimo que se debería de cambiar, de nuestra Constitución Federal como de la Ley Adjetiva Penal, la expresión "auto de formal prisión" por el de "auto de formal procesamiento con restricción de la libertad", y señalamos con "restricción de la libertad", en virtud de que no se inadvierte por nuestra parte la íntima relación que tiene el artículo 19 de nuestra Carta Magna con lo establecido en el artículo 18 del mismo Ordenamiento, cuando señala: "Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva...", es por ello que propongo que se debería reformar el artículo 19 de nuestra Constitución Federal, el cual señala:

26.- COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Op. cit. pág. 389.

27.- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Victoria ADATO DE IBARRA. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. Octava edición, porrua, México 1999, pág. 257.

28.- *Ibidem* pag. 365.

"Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en que se encuentre el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

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

Todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán recogidos por las leyes y reprimidos por las autoridades."

Debería decir, de acuerdo a los argumentos anteriormente vertidos:

"Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal procesamiento con restricción de la libertad en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en que se encuentre el indiciado, que dentro del plazo señalado no reciba copia

autorizada del auto de formal procesamiento con restricción de la libertad o de la solicitud de prorroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

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

Todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán recogidos por las leyes y reprimidos por las autoridades."

En tanto que el Código Procesal Penal Vigente para el Distrito Federal, indica en el artículo 297, párrafo primero, que:

"Artículo 297. Todo auto de formal prisión deberá reunir los siguientes requisitos:...

Debería decir, según lo propuesto líneas anteriores:

"Artículo 297. Todo auto de formal procesamiento con restricción de la libertad deberá reunir los siguientes requisitos:..."

Sólo nos resta señalar que de la redacción del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para el dictado de un "auto de formal prisión" (expresión con la que no estamos de acuerdo, por los argumentos anteriormente esgrimidos, sin embargo seguiremos empleando este término por ser el que utiliza el texto vigente del artículo 19 de la Constitución Federal, y para el efecto de evitar confusiones), es necesario la acreditación de una serie de requisitos, los cuales abordaremos en el tópicó II.7, del presente capítulo.

III.4. Auto de sujeción a proceso.

El "auto de sujeción a proceso", al cual nosotros denominaríamos "auto de sujeción a proceso sin restricción de la libertad", en virtud de que si bien el objeto en este tipo de determinación, es fincarle proceso a una persona, pero en este caso no es aplicable la prisión preventiva como medida cautelar,

pues en este sentido el artículo 18 de nuestra Carta Magna, Únicamente señala que se aplica la prisión como medida preventiva, para los delitos que se sancionan con pena corporal (debería decir privativa de libertad); esta resolución al igual que la anterior es otra de las determinaciones con las que se puede concluir el periodo preinstructorio.

Este auto es incorporado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la reforma del artículo 19, que examinamos en el capítulo II, pues como se vio este sólo era creación de los Códigos Procesales, sin embargo ahora ya se reconoce en el párrafo tercero del numeral invocado, que *"Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso."*

Es menester señalar que para el dictado de un auto de formal prisión o de sujeción a proceso, se deben colmar los mismos requisitos (fondo y forma, los cuales se estudiarán en el tópicó III.7, del presente capítulo), sin embargo, la diferencia estriba entre estos autos, en que la pena que corresponde al delito atribuido, si es privativa de libertad, procederá la formal prisión y si es alternativa (prisión o multa) o diferente a la prisión, procederá el auto de sujeción a proceso, pues así lo dispone el artículo 304 Bis del C.P.P.D.F., al señalar: *"El auto de sujeción a proceso deberá contener los requisitos señalados en las fracciones I, II, III, V, VI y VII del artículo 297 de este Código, y la sanción sea no privativa de libertad, o bien, alternativa o disyuntiva."*; mismo sentido en el que también se expresan maestros como Colín Sánchez y Sergio García Ramírez, quienes señalan, el primero *"auto de sujeción a proceso... es la resolución dictada por el Juez, para los delitos que se sancionan con pena no corporal o alternativa, en el que se determina el o los hechos por los que habrá de seguirse el proceso, previa comprobación del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad"* 29; en tanto que el segundo afirma *"Cuando venga al caso la comisión de un delito no sancionado con pena privativa de libertad o coninado solamente con sanción alternativa, carece de sentido hablar de auto de formal prisión, pues justamente la prisión queda descartada como consecuencia de semejante auto. Dado que aquí, entonces, es impropcedente la restricción de libertad, es mejor hablar de sujeción a proceso"* 30.

29.- COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Decimo séptima edición, porrua, México 1998, pag. 393.

30.- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Victoria ADATO DE IBARRA. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. Op. cit. pag. 431.

Por último, es de indicar que en el presente trabajo utilizaremos el término "auto de sujeción a proceso", por ser el que utiliza nuestra Constitución Federal, pero no porque estemos de acuerdo, pues la denominación correcta, en nuestra estimación, sería "auto de sujeción a proceso sin restricción de la libertad", pues el objeto de esta determinación es sujetar a proceso a una persona, pero sin que se le aplique prisión como medida preventiva, y en este sentido también propondríamos que se reformara el artículo 19 de nuestra Constitución Federal, en su párrafo tercero así como el artículo 304 bis del C.P.P.D.F., en lo siguiente: en cuanto el primer artículo dice "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.", debería decir "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el... o de sujeción a proceso sin restricción de la libertad.", en tanto que el segundo dispositivo dice "El auto de sujeción a proceso deberá contener los requisitos señalados en las fracciones I, II, III, V, VI y VII del artículo 297 de éste Código, y la sanción sea no privativa de libertad, o bien, alternativa o disyuntiva.", debería decir "El auto de sujeción a proceso sin restricción de la libertad deberá contener los requisitos señalados en las fracciones I, II, III, V, VI y VII del artículo 297 de éste Código, y la sanción sea no privativa de libertad, o bien, alternativa o disyuntiva."; precisado lo anterior pasemos al estudio de la tercer resolución con la que también se culmina el periodo preinstructorio, es decir al "auto de libertad por falta de elementos para procesar".

III.5. Auto de libertad por falta de elementos para procesar.

De acuerdo con los textos de los artículos 19 de la Constitución Federal, 297 y 304 bis del C.P.P.D.F., transcritos con anterioridad, es necesario reunir dos requisitos tanto para el dictado de un auto de formal prisión como del de sujeción a proceso, y que a saber son: "cuerpo del delito" y "probable responsabilidad" (requisitos que como se ha señalado se estudiarán en el tópic 7.III, del presente capítulo). De tal manera que en cada caso particular se deben reunir medios de prueba suficientes para acreditar los extremos de los elementos mencionados, pues en el caso de que los mismos no se justifiquen (cuerpo del delito y probable responsabilidad), se deberá decretar en favor del indiciado el llamado "auto de libertad por falta de elementos para procesar", mismo que esta regulado en el artículo 302 del C.P.P.D.F., que dice:

"Artículo 302. El auto de libertad por falta de elementos para procesar se fundará en la falta de pruebas relativas a la existencia del cuerpo del delito o de la probable responsabilidad del consignado; contendrá los mismos requisitos señalados en las fracciones I y VII del artículo 297 de este Código, no impedirá que posteriormente, con nuevos datos, se proceda en contra del indiciado."

Esta resolución de libertad, habrá de dictarse dentro del plazo señalado en el artículo 19 de la Constitución Federal, es decir, dentro de las setenta y dos horas en que el indiciado haya sido puesto a disposición del Juez, o bien dentro de las ciento cuarenta y cuatro horas, cuando el propio indiciado o su defensor con aprobación de aquél hayan solicitado oportunamente la duplicidad del plazo. Es importante destacar que este auto tiene efectos provisionales, en virtud de que debe decretarse cuando existan en el caso concreto falta de pruebas que justifiquen el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del indiciado, y aquí por lo tanto la investigación no está debidamente concluida, de tal manera que el órgano investigador podrá recabar y aportar pruebas con posterioridad, tendientes a subsanar las deficiencias de la investigación y, en su caso, solicitar al órgano jurisdiccional la orden de aprehensión o comparecencia en su caso, empero este término no debe tener como límite los plazos de prescripción, pues con ello deja en desventaja jurídica al indiciado por no tener artículo alguno para invocar el sobreseimiento de la causa, y por otro lado al Agente del Ministerio Público le otorga un plazo muy amplio para llevar a cabo su investigación, y como ejemplo tenemos que de acuerdo al artículo 105 del Código Penal para el Distrito Federal, que establece "La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de libertad que señala la ley para el delito de que se trate, pero en ningún caso será menor de tres años", de lo anterior se desprende que el plazo mínimo que tiene el Representante Social para ejercitar acción penal en los delitos que señalan pena privativa de libertad, es de tres años, plazo por demás extenso, y que pudiese serlo más, como en el caso del delito de homicidio simple intencional en que el plazo de prescripción será de 14 años, catorce años que tendría para integrar su averiguación y poder ejercitar acción penal el fiscal, lo que evidentemente deja, como se ha señalado, en desventaja jurídica al acusado, y con la amenaza latente que dentro de ese término pudiera ejercitar acción penal, o como señala Jesús Zamora-Pierce que pende sobre la cabeza del indiciado "...la espada de Damocles, que en el momento menos esperado podría venir

a herirle, arrebatándole a los goces de una libertad incierta y precaria."31, por lo que el que suscribe propondría que se reformara el artículo 36 del Vigente C.P.P.D.F., por el texto anterior a las reformas del 17 de septiembre de 1999, que señalaba "Cuando se haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia, o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, sino se aportan por el ofendido o por el Ministerio Público pruebas dentro de los sesenta días a partir del siguiente en que se les haya notificado estas resoluciones, o su desahogo, no son suficientes para librar las ordenes referidas, se sobreseerá la causa.", disposición que desde mi punto de vista da mayor equilibrio entre las partes, en virtud de que si el ofendido o el Ministerio Público no aportan nuevas pruebas dentro del período perentorio de los 60 días a su notificación para subsanar las deficiencias que tuviera la consignación anteriormente hecha por el Representante Social, plazo por demás razonable, se sobreseerá la causa, y con ello alcanzara los efectos de una sentencia absolutoria, con lo cual se dará mayor certeza a las resoluciones, en virtud de que el Ministerio Público no habrá de estar a los límites de la prescripción, por quedar firme la resolución; por lo que con lo anteriormente vertido estimo que se evitaría la incertidumbre en que se deja al indiciado actualmente, pues al tener el Ministerio Público como único límite para el ejercicio de la acción penal, los plazos de la prescripción, se deja en una angustia al probable responsable, pues al dictarse el auto de libertad por falta de elementos para procesar, queda la amenaza de que de un momento a otro pueda ejercitar de nueva cuenta el Ministerio Público acción penal, por lo que en el caso que señaló la resolución deberá tener efectos definitivos, pudiéndose dictar auto de libertad absoluta, así como también deberá dictarse dicha resolución, cuando el Juzgador resuelva la libertad del indiciado por existir una causa de exclusión del delito o de extinción de la acción penal, y de los cuales haremos alusión en el Capítulo IV, por ser el motivo del presente trabajo.

III.6. Auto de no sujeción a proceso.

Es preciso señalar que los jueces penales en el Distrito Federal, cuando una persona no esta detenida en virtud de que el delito tiene señalada pena alternativa o no privativa de libertad, acostumbran dictar "auto de libertad por falta de elementos para procesar", fundándose en el artículo 302 del C.P.P.D.F., en virtud de no haber otro dispositivo en ese ordenamiento que haga mención alguna al respecto,

lo que consideramos francamente impropio, pues no cabe poner en libertad a quien no esta privada de ella; en relación a esta circunstancia el artículo 167 del Código Federal de Procedimientos Penales, con mas técnica jurídica señala que "Si dentro del termino legal no se reunen los requisitos necesarios para dictar auto de formal prisión o de sujeción a proceso, se dictará auto de libertad por falta de elementos para procesar, o de no sujeción a proceso, según corresponda...".

Por lo anterior estimo que tambien deberia reformarse el artículo 302 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el que diga:

"Artículo 302. El auto de libertad por falta de elementos para procesar y el de no sujeción a proceso se fundará en la falta de pruebas relativas a la existencia del cuerpo del delito o de la probable responsabilidad del consignado; contendrá los mismos requisitos señalados en las fracciones I y VII del artículo 297 de este Código, no impedirá que posteriormente, con nuevos datos, se proceda en contra del indiciado."

III.7. Requisitos.

El texto del primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Federal, señala:

"Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado."

Artículo del cual se desprenden diversos requisitos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han dividido en dos rubros: fondo y forma; como se desprende de las siguientes jurisprudencias, que señalan:

Para dictar un auto de formal prisión, son indispensables requisitos de fondo y forma que la Constitución señala; y si faltan los primeros, esto basta para la concesión absoluta del amparo; pero si los omitidos son los de forma, la pretensión debe otorgarse para el efecto de que se subsanen las deficiencias relativas.

Quinta Epoca: Tomo XXVII, pág. 1636. Sánchez Román. Tomo XXVII, pág. 174. Navarrete German. Tomo XXXI, pág. 1332. Aguilar, Gonzalo, Tomo XXXIV, pág. 1080. Mátiar y Fádul, José. Tomo LXXVII, pag. 4730. Alvarez Francisco.

El artículo 19 constitucional, señala como elementos de forma que deberán expresarse en el auto de formal prisión: a) el delito que se le imputa al acusado y sus elementos constitutivos; b) las circunstancias de ejecución, de tiempo y de lugar, y, c) los datos que arroje la averiguación previa; y como requisito de fondo que los datos sean suficientes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculcado. Ahora bien, para que quede satisfecho el primero de los requisitos de forma enunciados, no basta que el auto de prisión preventiva contenga la denominación genérica de la infracción, sino que es preciso citar, además el precepto de ley penal que lo defina, ya que sólo de éste modo podrán fijarse concretamente los elementos constitutivos correspondientes. Esta conclusión se robustece, si se tiene en consideración, además, que el artículo 18 constitucional, que rige igualmente los autos de bien preso, dispone que sólo por delito que merezca pena corporal, habrá lugar a prisión preventiva; lo que indica de manera indudable, que es forzoso atender al precepto que comprenda el hecho incriminado, ya que en muchos delitos, como el fraude, algunos de sus formas merecen penas corporales y otras solamente pecuniarias. Quinta Epoca: Tomo XXIX, pág. 102. Anbudiano, Santiago. Tomo XXXV, pág. 618. Miranda, Francisco. Tomo XLI, pág. 3180. Palma Castro, Abraham. Tomo XLIII, pág. 3010. Díaz López, Juan.

De lo anteriormente vertido no es factible señalar, que los requisitos de fondo son: 1).- cuerpo del delito; y, b).- probable responsabilidad; éstos requisitos de fondo son de tal manera indispensables, que el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, no podrán dictarse sino están satisfechos íntegramente; en tanto que los requisitos de forma, son aquellos, que, por tener un carácter accesorio, no son absolutamente indispensables para que el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso se pronuncie, y entre éstos se encuentran: 1).- El delito que se le imputa al acusado; 2).- Las circunstancias de ejecución, de tiempo y de lugar; además de estos dos requisitos que señala el artículo 19 de la Constitución Federal, y que recoge la jurisprudencia invocada en segundo término, se deben citar los siguientes: 3).- Lugar, fecha y hora exacta en que se dicta; 4).- La expresión del delito o delitos por los que deberá seguirse proceso; y, 5).- Los nombres del Juez que dicta el auto y del secretario que los autoriza.

Antes de abordar el estudio de los requisitos de fondo, es menester señalar que las mismas exigencias que señala el artículo 19 de nuestra Constitución Federal, las recoge el C.P.P.D.F., en sus artículos 297 y 304 bis, para el dictado tanto de un auto de formal prisión como del de sujeción a proceso con la salvedad de que éste último no está sancionado con pena privativa de libertad; así también es preciso indicar que en caso de no acreditarse los elementos de fondo de estas dos resoluciones, entonces, estas circunstancias se convertirían en requisitos para el dictado de un auto de libertad por falta de elementos para procesar, como señala el artículo 302 del C.P.P.D.F., sentado lo anterior veamos el estudio del primer elemento de fondo, esto es el cuerpo del delito.

III.7.1. De fondo.

1).- CUERPO DEL DELITO.

Como se vio en el anterior tópico el primero de los requisitos de fondo, lo es el "cuerpo del delito", y en relación a este precepto, el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala:

"Artículo 122. El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

El cuerpo del delito se tendrá como comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito.

En los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito.

La probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se deduzca su obrar doloso o culposo en el delito que se le imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito."

De la redacción del anterior texto se desprende que el cuerpo del delito procesalmente hablando, está conformado por elementos tanto de carácter objetivos, como subjetivos y normativos.

A).- ELEMENTOS OBJETIVOS.

Los elementos objetivos, los cuales se han considerado por parte de la dogmática jurídico penal, como aquellos elementos que se pueden percibir por medio de los sentidos, encontrándose dentro de estos a).- una conducta; b).- un resultado; c).- nexo causal; d).- sujetos activo y pasivo, y sus calidades; e).- forma de intervención; f).- Objeto material; g).- bien jurídico; h).- medios de comisión; e, i).- circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión.

a).- Conducta, entendida como la actividad o inactividad corporal llevada a cabo por el hombre, y que resulta ser penalmente relevante. Cabe advertir que la conducta debe ser voluntaria, es decir, que sin voluntad no hay conducta. La voluntad implica siempre una finalidad, porque no se concibe que haya conducta de nada o voluntad para nada, en este sentido señala Welzel la "...conducta humana, esto es, la actividad o pasividad corporal del hombre sometida a la capacidad de dirección final de la voluntad. Esta conducta puede ser una acción, esto es, el ejercicio efectivo de, actividad final, o la omisión de una acción, esto es, el no ejercicio de una actividad final posible" 32.

Como se señaló la conducta debe traducirse en una actividad o inactividad, es decir, en una acción o en una omisión, entendiéndose la acción como todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación, en tanto que la omisión radica en abstenerse de obrar simplemente en una abstención; en dejar hacer lo que se debe ejecutar.

Asimismo esta conducta debe llevarse a cabo por el hombre, en virtud, de que éste es el único ser capaz de voluntariedad, por lo tanto no pueden cometer delitos los animales, en este sentido el maestro Fernando Castellanos Iena, señala "Este principio (refiriéndose a que la conducta debe llevarse a cabo por el hombre), indiscutible en nuestro tiempo, carecía de validez en otras épocas. Según enseña la historia, antaño se consideró a los animales como delincuentes, distinguiéndose tres periodos o etapas: fetichismo (se humanizaba a los animales equiparándolos a las personas); simbolismo (se entendía que los animales no delinquieran pero se les castigaba para impresionar); y, por último, solamente se sanciona al propietario del animal dañoso" 33.

32.- WELZEL, Hans. Derecho Penal Aleman. Decima segunda edición, editorial jurídica de Chile, Chile 1987, págs. 51 y 52.

33.- CASTELLANOS IENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Op. cit. pág. 149.

Por otro lado se ha polemizado en el sentido de que si las personas morales, también llamadas personas jurídicas, pueden cometer delitos, nosotros estimamos que no, pues dichas personas carecen de voluntad propia, elemento esencial para que exista la conducta; ello aunado a que el artículo 11 del Código Penal del Distrito Federal, establece que "Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con la excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.", del transcrito precepto se desprende claramente que quien comete el delito es un miembro o representante, es decir, una persona física y no la moral, y aun en el caso de que todos los socios convengyan en ejecutar el delito o intervengan en el en alguna forma, se estará en presencia de un caso de participación, pero no porque la persona moral lo haya cometido, pues se insiste esta carece de voluntariedad.

Asimismo la conducta llevada a cabo por el hombre, debe ser penalmente relevante, es decir, no todas las conductas caen bajo el imperio del derecho penal, sino solo aquellas conductas que constituyan un delito, ya que el jugar, pasear, bailar, si bien son conductas llevadas a cabo por el hombre, sin embargo las mismas son lícitas, y por lo tanto no son penalmente relevantes.

En relación a la conducta, el profesor Porte Petit Candaudap afirma "Nosotros pensamos que no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho, elemento 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." 34, agrega el maestro "El término conducta es adecuado para abarcar la acción y la omisión, pero nada más. Es decir, dentro de la conducta no puede quedar incluido el hecho, que como expondremos más adelante, se forma por la concurrencia de la conducta (acción u omisión) del resultado material y de la relación de causalidad. La conducta sirve para designar el elemento material del delito, cuando el

34.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Decimo Quinta edición, porra, Mexico 1993, pag. 129.

tipo exige como núcleo una mera conducta."³⁵, y concluye señalando "En consecuencia, si el elemento objetivo del delito, puede estar constituido por una conducta en el caso de un delito de mera conducta, o de un hecho, si estamos frente a un delito material, los términos adecuados son conducta o hecho, según la hipótesis que se presenta."³⁶

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 en las formas de acción, que exige actividad muscular, como en las omisivas, que implican inactividad, sin embargo, no deja de ser interesante la clasificación que hace el maestro Porte Petit, en "conducta y hecho", pues ya desde ese momento está planteando la clasificación del resultado derivado de la conducta, y que resulta ser importantísima, puesto que también insidirá en el número de elementos para acreditar el cuerpo del delito, según se trate de un delito de mera conducta también denominado de resultado formal o de un delito de resultado material, como se verá en los dos siguientes apartados.

b).- Resultado, concebido este elemento como el efecto derivado de la acción u omisión llevada a cabo por el hombre.

Cabe señalar que en relación al resultado la doctrina ha clasificado los delitos en de resultado material y delitos de resultado formal. Entre los primeros se entiende el cambio en el mundo exterior, y como ejemplo tenemos los delitos de homicidio, lesiones, robo, etc., en tanto que en los delitos de resultado formal, solo se pone en peligro de daño el bien jurídico tutelado por la norma, y como ejemplo tenemos el delito de portación de arma prohibida.

En relación al resultado el artículo 7, del Código Penal para el Distrito Federal, establece:

"...El Delito es:

I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.

II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

35.- *Ibidem*, págs. 232 y 233.

36.- *Ibidem*, pag. 233.

III. Continuada, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal."

c).- Nexo causal.

En relación al nexo causal es necesario indicar que éste solo se presenta en los delitos de resultado material y no así en los delitos de resultado formal, en virtud de que éstos últimos se agotan con un simple comportamiento del individuo, es decir, no es requisito indispensable que se presente un resultado material, en razón de que el delito cobra vida jurídica simplemente con una actividad o inactividad del sujeto activo del delito con lo cual se transgrede la hipótesis normativa, o como señala Porte Petit, que el resultado es "...únicamente jurídico..."³⁷, en tanto que en los primeros necesariamente debe existir un cambio en el mundo físico, y entonces entre conducta y resultado material se requiere una relación (nexo causal), en este sentido el maestro Celestino Porte Petit, afirma: "...Es indudable que el nexo causal como elemento del hecho, existe entre la conducta y un resultado material; por tanto, se trata de un nexo naturalístico, que se da solamente en los delitos de resultado material."³⁸

Ahora bien, y retomando el tema debe señalarse que sobre el nexo causal se han elaborado diversas teorías, de las que sobresale por su importancia, y en mi estimación es la que se utiliza en los tribunales, "la teoría de la equivalencia de las condiciones", también conocida como de la "conditio sine qua non", esta teoría "Utiliza la idea de que todo efecto tiene una multiplicidad de condiciones causales y que cada una de estas condiciones, en la relación de causalidad, es igualmente necesaria para el resultado y que, en este sentido, todas las condiciones tienen "el mismo valor" como causa (por ello teoría de la equivalencia).³⁹". La forma se expresa como sigue: "Toda condición que no pueda ser suprimida mentalmente sin que con ello desaparezca el resultado es causa", o en otras palabras una acción es causal cuando sin ella el resultado no se habría producido."⁴⁰

Esta teoría de la equivalencia de las condiciones ha sido criticada acremente, en virtud de que tiene dificultades para separar, como irrelevantes las contribuciones al hecho que están muy alejadas del

37.- Ibidem, pag. 261.

38.- Ibidem, pag. 164.

39.- WELZEL, Hans, Derecho Penal Aleman, Op. cit. pag. 67.

40.- Ibidem.

momento de la acción y como ejemplo señalan "que febería de castigarse como conutor en el delito de adulterio, no sólo a la mujer casada que cohabita con varón que no es su marido y a quien yace con ella, sino también al carpintero que hizo la cama". Por ello quienes parten de esta teoría restringen luego la posibilidad de los nexos "relevantes jurídicamente", lo que se ha denominado prohibición de regreso o retroceso.

d). - *Sujetos activo y pasivo en el evento delictual, y sus calidades.*

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, a este tipo de delitos que pueden ser llevados por cualquier persona la doctrina los ha denominado "*delicta comunia*", es decir, delitos comunes, y como ejemplo tenemos al delito de robo o de homicidio; Frente a estos delitos de sujeto común o indiferente se encuentran los denominados *delitos propios*, en los cuales para la concretización de la conducta se requiere de una pluralidad de sujetos o de una calidad en el mismo para que se lleve a cabo, y si no se da esa calidad o ese número mínimo de sujetos de que habla la ley, faltará un elemento de la parte objetiva, y consecuentemente, no se acreditará el cuerpo del delito, y como ejemplo en cuanto a la pluralidad de sujetos, tenemos: el caso del delito de asociación delictuosa, expresamente señala la ley que deben haber por lo menos tres sujetos, por lo que, si en el caso concreto solamente se constata que intervinieron dos sujetos, no podrá acreditarse el cuerpo del delito de asociación delictuosa; y en cuanto a la calidad en la persona tenemos, como ejemplo, todos los delitos propios de los servidores públicos, el delito de incesto o lo que ahora se llama "homicidio en razón del parentesco o relación", en la que tiene que haber esa relación de parentesco para que pueda afirmarse la realización de ese delito en particular.

En cuanto al sujeto pasivo del delito, tenemos que éste es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. No se debe confundir el sujeto pasivo del delito con el perjudicado por el delito, en virtud de que el primero como se señaló es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la ley, en tanto que el perjudicado por el delito lo es la persona sobre la que recae la conducta del sujeto activo y que no necesariamente es el titular del bien

jurídico tutelado por la norma, y que si bien es verdad que generalmente hay coincidencia entre estas dos figuras, como por ejemplo en el delito de violación, en que sujeto pasivo del delito y perjudicado por el delito lo será la persona a la que se le impuso la cópula de manera violenta, sin embargo, en algunas ocasiones se trata de personas totalmente diferentes, por ejemplo, en el delito de robo que se efectúa a los trabajadores repartidores de productos, en el que el sujeto pasivo del delito lo será la empresa, la cual resiente el daño patrimonial, en tanto que el perjudicado por el delito lo será el trabajador repartidor del producto, y que directamente recibió la conducta injusta por parte del activo en el delito.

Comparte nuestro criterio el maestro Porte Petit, quien citando a Novoa Monreal, indica: "No siempre es la persona sobre la que recae la conducta, sujeto pasivo del delito. Así Novoa Monreal, anota, que "tampoco ha de pensarse que el ser humano sobre el que ejercita su actuación el delincuente, haya de ser siempre el sujeto pasivo del delito". Hay que advertir que una cosa es el sujeto pasivo y otra, el perjudicado por el delito. Ya entre otros, Novoa Monreal oportunamente lo hace ver, cuando expresa, que "no debe de confundirse el sujeto pasivo del delito con el perjudicado con el delito, porque esta última expresión denomina al que sufre el daño o perjuicio proveniente del delito y si bien de ordinario coincide, no se confunde necesariamente con aquel. Además, hay muchos delitos que pueden no originar perjuicio pecuniario, en los que hay sujeto pasivo, pero no perjudicado."41

Cabe señalar, que en relación al sujeto pasivo del delito, hay algunos tipos penales que exigen que éste tenga una calidad específica, y como ejemplo tenemos el delito de aborto, en que necesariamente debe ser sujeto pasivo la mujer preñada; esta calidad en el sujeto pasivo al igual que en el activo, resulta ser importantísima, en virtud, que de no acreditarse esa calidad, simplemente no puede afirmarse el delito, en este sentido el maestro Porte Petit, señala "El tipo puede igualmente exigir determinada calidad en el sujeto pasivo, y de no existir este, no puede darse la tipicidad, originándose cuando el tipo requiere tal calidad, un delito personal, y cuando el sujeto pasivo puede ser cualquiera, se trata de un delito impersonal."42

41.- PORTE PETIT CANDAUJAP, Celestino. Apuntes de la Parte General de Derecho Penal. Op. cit. pág. 350.

42.- Ibidem, pag. 349.

e).- La forma de intervención. 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, por ello el sujeto activo debe ser analizado con relación a la "forma de intervención" que 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 que medida intervino, por lo que ya desde este momento se plantea la necesidad de considerar dentro de los elementos objetivos el contenido del artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal, para determinar en calidad de qué intervino cada una de estas personas: que uno fue el autor, que el otro el cómplice y el otro el instigador, o bien que alguno de los intervinientes simplemente fue utilizado como un instrumento de algún autor. Enseguida transcribimos por su importancia el mencionado artículo, que señala:

"Artículo 13. Son autores o partícipes del delito:

I Los que acuerden o preparen su realización;

II Los que lo realicen por sí;

III Los que lo realicen conjuntamente;

IV Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

V Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

VI Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;

VII Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y

VIII Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64-Bis de este Código."

f).- El objeto material. El objeto material lo constituye la persona o el objeto sobre los que recae la conducta del activo en el delito, y como ejemplo tenemos en el delito homicidio, lo es la persona física, a quien se priva de la vida, en tanto que en el delito de robo lo será el objeto sustraído.

g).- Bien jurídico. Hay que distinguir entre objeto material y objeto jurídico o bien jurídico del delito. El objeto material como vimos, lo constituye el objeto o persona sobre la que recae la conducta delictual del sujeto, en tanto que bien jurídico, como señala Ignacio

Villalobos "...es el bien o la institución amparada por la ley y afectada por el delito"⁴³, afirmación con la cual estamos de acuerdo, ya que en los delitos, por ejemplo, de homicidio, de robo y de secuestro, los intereses protegidos son la vida, la propiedad y la libertad, valores que constituyen el objeto jurídico de tales ilícitos, y no el cadáver, la cosa sustraída o la persona secuestrada, como sería entendiéndose del objeto material.

h).- Medios de comisión. Hay tipos penales que requieren la utilización de un determinado medio específico o una forma específica de realizarse la conducta que ésta descrita en la ley, así por ejemplo en el delito de violación la ley dispone de la utilización de un medio específico, de tal manera que habrá que acreditarse ese medio para poder acreditar el cuerpo del delito, esto es, se tendría que afirmar que se ha utilizado como medio, la violencia física o la violencia moral para imponer la cópula a una persona, o en el fraude, cuyos medios de comisión deben ser el engaño o el aprovechamiento del error, para alcanzar un lucro indebido.

i).- Circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión.

Este elemento es contenido por algunos tipos, cuando requieren que la conducta típica se realice en cierto lugar o tiempo, o con motivo de alguna ocasión o modo concreto. Así ocurre en el robo en lugar cerrado; en el aborto, pues la muerte del producto de la concepción ha de ocurrir en cualquier momento de la preñez, etc.

B).- ELEMENTOS NORMATIVOS.

Los elementos normativos, entrañan valoraciones que tiene que realizar el juzgador, estas valoraciones puede ser de carácter jurídico o socio-cultural; y así tenemos que las valoraciones de tipo jurídico, las reconocemos en frases como "la ajeneidad 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 o privados; las de carácter socio-cultural 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, o como antes

43.- Villalobos, Ignacio, citado por CASTELLANOS TERRA, Fernando, Elementos Elementales de Derecho Penal, Trigesima sexta edición, porrua, México 1976, pag. 152.

que se exigía la "honestidad" en la mujer para acreditar el delito de estupro.

Al respecto el maestro Castellanos Iena señala que: "...cuando las frases usadas por el legislador tienen un significado tal que requieran ser valoradas cultural o jurídicamente constituyen elementos normativos del tipo..."44.

C).- ELEMENTOS SUBJETIVOS.

Dentro de los elementos subjetivos se encuentran el dolo y la culpa. El dolo, es considerado como el conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo penal. Por tanto, el dolo se integra de dos aspectos: uno, el conocimiento y el otro, la voluntad. En tanto que la culpa, se ha considerado como la violación al deber de cuidado.

Los artículos 8 y 9, del Código Penal para el Distrito Federal, en relación a estas figuras del dolo y la culpa, señalan:

"Artículo 8. Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente."

"Artículo 9. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previo confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."

Cabe señalar que casi el quince por ciento de los delitos contenidos en el Código Penal para el Distrito Federal, se llevan a cabo de manera dolosa, y en cuanto a los que se pueden llevar a cabo de manera culposa, el artículo 60 del Ordenamiento invocado, de manera enunciativa y limitativa dispone cuales son los delitos que se pueden cometer de manera culposa, lo que la doctrina señala como "numeros clausus", resultando en consecuencia que si un delito de los que trata el referido Código Penal del Distrito Federal, no está contenido en el citado numeral, y puede llevarse a cabo de manera culposa, el mismo no es delito, pues de acuerdo con el primer párrafo del artículo 7, del Código Penal Vigente para el Distrito Federal, "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

En algunos de los delitos contenidos en el Código Penal para el Distrito Federal, además del dolo (en sus aspectos cognoscitivo y volitivo), se exige un específico elemento subjetivo en el autor, como un especial ánimo, propósito, deseo, intención, etc., que también habrá de acreditarse al igual que el dolo, a ese requisito se le conoce como "el elemento subjetivo diverso al dolo" o bien como "los elementos subjetivos específicos", y como ejemplo tenemos en el delito de fraude (artículo 386, del C.P.D.F.), el propósito de obtener un lucro indebido.

A este respecto el maestro Julio Hernández Pliego, señala "Los elementos subjetivos específicos, con alusión directa a los tipos que requieren cierto "dolo especial" para colmarse, como aquellos en que se expresa "al que con el propósito de..." o "al que sin intención de..."⁴⁵.

Antes de pasar al estudio de la probable responsabilidad, es menester mencionar que en términos de lo dispuesto por los párrafos tercero y cuarto del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se habrá de acreditar la existencia del dolo, como elemento constitutivo del cuerpo del delito, pues si bien es cierto que el párrafo tercero del numeral en cita, no hace mención expresa a este elemento, también lo es que señala, que para la comprobación del cuerpo del delito cuando "...la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito, un elemento subjetivo, ... será necesaria la acreditación del mismo..."; de tal suerte que para poder estudiar un elemento subjetivo diverso al dolo previsto en la descripción típica, que viene siendo de carácter específico, será necesario previamente, estudiar el dolo, que es de carácter genérico, no siendo técnicamente aceptable que se estudie un elemento subjetivo diverso del dolo, previo al mismo, o bien, que para los casos en que la ley prevea, este tipo de elementos subjetivos específicos, dentro de la descripción típica, estos se estudien como elementos del cuerpo del delito y cuando no estén previstos, el dolo se estudiará en la probable responsabilidad, pues ello generaría inseguridad jurídica, en virtud, de ser menos los elementos que se estudiaran en el cuerpo del delito, más aun, no debe soslayarse que el legislador no ha señalado que el dolo deba estudiarse como un elemento o presupuesto de la probable responsabilidad, sino simplemente señaló: "La Probable Responsabilidad Penal del indiciado, se tendrá

por acreditada cuando de los medios probatorios existentes, se deduzca su obrar doloso o culposo en el delito que se le imputa...", sin que exista obligación en el sentido de que estos se estudiarán dentro de la Probable Responsabilidad Penal, sino más bien, como un requisito previo para acreditar la Probable Responsabilidad, pues así se desprende de la interpretación literal del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en Vigor.

Sentado lo anterior pasemos al estudio del segundo de los elementos de fondo, es decir, la probable responsabilidad.

2).- PROBABLE RESPONSABILIDAD.

El párrafo cuarto del artículo 122 del C.P.P.D.F., señala que "La probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando... no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito.", con lo anterior se desprende que antes de entrar al análisis de la probable responsabilidad penal de una persona, se deberá determinar una vez acreditados los elementos del cuerpo del delito, si no opera en favor del sujeto activo del delito una causa de exclusión del delito, y si tomamos en consideración que dentro de estas causas existen entre otras, las de justificación y de inculpabilidad, entonces nos es dable señalar que antes de acreditar la probable responsabilidad, se deben afirmar la antijuridicidad y la culpabilidad.

En relación al primer precepto, es decir, la antijuridicidad, tenemos que es contradecir el orden jurídico, o en otras palabras, antijurídica es la conducta típica contraria a la norma jurídica.

Al hacer referencia a la antijuridicidad es frecuente que se le haga referencia a su contenido como un concepto en sentido formal y, también, que se le refiera con un sentido material. Así tenemos que por antijuridicidad formal, se entiende, la contradicción entre la conducta y el orden jurídico, en tanto que la antijuridicidad material se entiende como la contradicción entre la conducta y el orden jurídico, que a su vez, lesiona el bien jurídico, causando un daño material, físicamente perceptible, también se ha considerado la antijuridicidad material, no solo como la contradicción con el derecho, sino que es indispensable la vulneración de los intereses sociales, esto es, la antijuridicidad material es antisocialidad de la conducta lesiva. En este sentido Porte Petit, señala lo siguiente:

"Han hecho referencia a la antijuridicidad formal y material innumerables autores, pero son muchos los que consideran que la única antijuridicidad que debe aceptarse, es la formal o nominal.

La expresión "antijuridicidad formal", deriva indudablemente de que se considera la violación a la norma jurídica que manda o prohíbe.

La conducta o el hecho son formalmente antijurídicos, cuando violan una norma penal prohibitiva o preceptiva. Se hace lo que está prohibido y no se hace lo que está ordenado".⁴⁶

"Las corrientes existentes sobre la antijuridicidad material, son dos:

a) La que trata de encontrar la esencia de la antijuridicidad material, en el campo o zona jurídica: en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de lesionarlo, y

b) La que busca obtener la esencia de la antijuridicidad material fuera del área jurídica o sea la extrajurídica, cuando se lesionan intereses vitales de la colectividad."⁴⁷

Nosotros alejándonos de toda discusión, y para mejor entender la antijuridicidad, consideramos que ésta es una sola, por ser un único juicio valorativo que se da en la práctica acerca de que la conducta típica no se llevo a cabo bajo el amparo de una causa de justificación, por ejemplo: legítima defensa, estado de necesidad, etc.; En este aspecto señala Maurach "la antijuridicidad es en la praxis una teoría de la adecuación al derecho, es decir, una exposición de aquellos hechos que, a pesar de la realización del tipo, no son antijurídicos en el caso concreto y, por tanto, irrelevantes para el derecho penal."⁴⁸

Por lo anterior se ha dado en llamar a la antijuridicidad como uno de los elementos positivos del delito, en tanto que a las causas de justificación o normas de permisión, como el elemento negativo del delito, por anular éste. En esta dirección el maestro Porte Petit apunta "El análisis de cada aspecto negativo de las notas esenciales del delito, con apoyo en la prelación lógica, nos demuestra en cada caso particular que notas del delito existen y cuales no, originándose una absoluta seguridad en el señalamiento del aspecto negativo que se presenta en cada caso

46.- PORTE PETIT GRANDDUP, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Decimo Quinta edición, porra, Mexico 1993, pag. 376.

47.- Ibidem, pag. 377.

48.- MAURACH, Reinhard, citado por BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal, Parte General, Segunda edición, editorial Hammurabi, Argentina 1987, pag. 171.

concreto."49, y posteriormente señala "Los casos de justificación, constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad, como expresa Antón Oneca, manifestación negativa de la antijuridicidad. Es decir, la conducta o hecho realizados no son contra el derecho sino conforme al derecho, y esta conformidad puede provenir de la ley penal o de cualquier otro ordenamiento jurídico público o privado".50

Lo anterior encuentra sentido, en razón de que, si se acredita alguna causa de licitud o de justificación, ello implicaría que la propia ley está permitiendo la conducta desplegada por el sujeto activo; lo que traería como consecuencia, la no acreditación de la antijuridicidad, y por tanto, en estas condiciones, no se actualizaría el delito de que se trate, trayendo como consecuencia que se debiera dictar, en mi estima, la libertad absoluta del sujeto, como se verá en el Capítulo IV, del presente trabajo.

Una vez afirmada la antijuridicidad, será necesario acreditar la probable culpabilidad del sujeto activo.

La culpabilidad se considera como un juicio de reproche que se hace al autor de una conducta antijurídica, en virtud de haber actuado en contra de las exigencias de la norma, pudiendo haberse motivado de acuerdo con las exigencias del Derecho. Esto es que el autor se podía motivar de acuerdo a la norma.

Para formular el juicio de reproche, son necesarios los siguientes elementos:

a).- Que el sujeto sea imputable, es decir, que tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y, además, la capacidad de conducirse de acuerdo con esa comprensión. 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).- La conciencia de la antijuridicidad; esto es, que el sujeto tenga conocimiento, o al menos la posibilidad de conocer, que su conducta es contraria a derecho. Con la simple existencia de las normas penales es suficiente para motivar a los ciudadanos y que

49.- PORTI PÉREZ CARBONELL, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Op. cit. pág. 276.

50.- ONECA, Antón, citado por PORTI PÉREZ CARBONELL, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Decimoquinta edición, porrua, México 1993, pág. 276.

conozcan el contenido de los hechos prohibidos con la finalidad de que no infrinjan estas normas.

c).- La exigibilidad de otra conducta distinta a la que realizó. Cuando un sujeto reúne la capacidad de culpabilidad y tuvo la posibilidad de conocer la antijuridicidad del hecho, se exige y espera de él que su comportamiento lo realice conforme a derecho ya que los mandamiento normativos es un deber que se debe exigir a todos los ciudadanos.

De acuerdo con esto, los tres componentes de la culpabilidad son: la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta.

Sentado lo anterior, entremos al estudio de la probable responsabilidad, mismo que es otro de los elementos torales que exige el artículo 19 de la Constitución Federal, para el dictado de un auto de formal prisión, así como también de un auto de sujeción a proceso.

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.

Cuello Calón en relación a la responsabilidad, señala: "...la responsabilidad es el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad del hecho imputado."⁵¹

Al respecto Arilla Bas, afirma que por responsabilidad penal debe entenderse "el deber jurídico del sujeto de soportar las consecuencias del delito."⁵²

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 culpablemente.

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

51.- RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. Decimotercera edición, Porrúa, México 1989, pag. 165.

52.- ARILLA BAS, Fernando. Procedimiento Penal de México, octava cuarta edición, Kratos, México 1992, pag. 86.

responsabilidad y la Constitución en el artículo 19 usa el término "probable".

El Código Penal para el Distrito Federal si bien es cierto no define lo que es la responsabilidad penal, sin embargo si señala en el Capítulo III, del Título I, del Libro Primero, que son "Personas responsables de los delitos", y enseguida hace referencia a los autores y partícipes en el artículo 13.

La expresión de quiénes 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 autoría. Se requiere para la existencia de la presunta responsabilidad, indicios de responsabilidad, no la prueba plena de ella, pues la certeza es materia de la sentencia."53

"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 mas 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 suficiente que las pruebas conduzcan razonablemente a esa conclusión, aunque no se logre arribar a la certeza sobre ese extremo"54.

Pareciera a simple vista que el artículo 19 Constitucional, entiende por probable responsabilidad la intervención del sujeto en la realización de una conducta, principal o accesoria de adecuación típica; y en este sentido 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"55.

53.- OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. La Averiguación Previa. Segunda edición, porruá, México 1986, pág. 44.

54.- SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal, Op. Cit. pag. 826.

55.- OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. La Averiguación Previa. Op. Cit. pag. 31.

Sin embargo haciendo un análisis mas detenido, y conforme lo dispone el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su árrofo final, que señala *"La probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando de los edios probatorios existentes... no exista acreditada n su favor alguna causa de exclusión del delito..."*, y i ponderamos que dentro de las causas de exclusión del elito, contenidas en el 15 del Código Penal para el istricto Federal, hay como se dijo en un principio, ausas de justificación y de inculpabilidad, entonces l sujeto será responsable por haber realizado una onducta típica antijurídica, y culpable. Por tanto la robable responsabilidad viene siendo un juicio de tribución provisional que hace la autoridad judicial espúes de verificado el cumplimiento del cuerpo del elito, y que no existen causas que justifiquen ese roceder; y teniendo como presupuesto que además xisten indicios de criminalidad contra determinada ersona, es decir, de que existan indicios hasta este omento de que una persona ha violado una disposición egal, y de que esa conducta típica y antijurídica que iene como presupuesto en forma probable le pueda ser eprochable por reunir las condiciones antes señaladas.

Por tanto la probable responsabilidad a que alude el artículo 19 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 mas elementos que deben ser valorados.

Mismo sentido en el que se expresa Julio Hernández Pliego, al señalar *"La probable responsabilidad, consiste en la existencia de indicios que permitan, fundadamente, suponer que alguien, tuvo intervención culpable en el hecho delictivo. Suena incorrecto decir que hay probable responsabilidad cuando alguien participó o tuvo intervención en el delito, porque puede ser que efectivamente se haya intervenido o participado en el delito, sin que eso necesariamente determine la probable responsabilidad en su comisión, verbigracia, cuando esa intervención está amparada por una causa excluyente del delito"*56.

III.7.2. De forma.

En relación a los requisitos de forma la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado:

6.- HERNANDEZ PLIEGO, Julio A. Programa de Derecho Procesal Penal. Segunda edición, porrea, México 1997, pág. 149.

Para dictar un auto de formal prisión, son indispensables requisitos de fondo y forma que la Constitución señala; y si faltan los primeros, esto basta para la concesión absoluta del amparo; pero si los omitidos son los de forma, la pretensión debe otorgarse para el efecto de que se subsanen las deficiencias relativas.

Quinta Epoca: Tomo XXVII, pág. 1636. Sanchez Román. Tomo XXVIII, pág. 794. Navarrete, Germán, Tomo XXXI, pág. 1332. Aguilar Gonzalo, Tomo XXXIV, pág. 1080. Mátar y Fádul, José, Tomo LXXVII, pág. 4730. Alvarez Francisco.

Como se desprende del anterior texto los requisitos de forma son aquellos, que, por tener un carácter accesorio, no son absolutamente indispensables para que el auto de formal prisión se pronuncie, y aun considerando la irregularidad en el mandamiento, es fácil suplir sus deficiencias por medio del recurso de apelación o por el juicio de amparo indirecto.

Dentro de los elementos de forma se encuentran los siguientes:

1).- La expresión del delito imputado al inculcado por el Ministerio Público. Esto tiene por objeto señalar la clasificación técnica legal que ha servido al Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal, a la vez que facilitar la defensa del inculcado estableciendo con exactitud, cuales son los hechos punibles que se le atribuyen.

2).- La expresión del lugar, tiempo y demás circunstancias de ejecución. Esto se refiere a la necesidad que existe de fijar las condiciones y circunstancias en que se cometió el delito para la eficacia en el esclarecimiento de los hechos, en relación con las pruebas obtenidas; Es importante precisar que este requisito no se debe confundir con las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, que se mencionaron en los elementos objetivos del cuerpo del delito, en virtud de que son cuestiones totalmente diferentes, pues las primeras las contiene todo delito, en virtud de que son circunstancias en que se lleva a cabo el delito, pero no porque éste las exija, en tanto que las segundas son constantes, es decir, son circunstancias especiales que puede exigir el delito, para la acreditación del mismo, y si esta no se da, simplemente no existe el delito.

3).- Lugar, fecha y hora exacta en que se dicta, ya que al juez le cuentan los términos de 48 horas y 72 horas (o su duplicidad), respectivamente, para recabar

l detenido su declaración preparatoria y para determinar su situación jurídica.

4).- La expresión del delito o delitos por los que deberá seguirse el proceso, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 19 Constitucional. Con ello se persigue fijar con claridad lo que va a constituir la materia del proceso, ligando en esta relación jurídica al procesado con los órganos unitivos del Estado. El tema del proceso tiene importantes consecuencias, en virtud, de que limita la decisión de la sentencia al delito por el cual se decretó la providencia de que se trata. Sirve de base a este criterio la siguiente tesis jurisprudencial, que es:

Una de las finalidades del proceso penal es investigar la existencia de los delitos, sus circunstancias y la responsabilidad de los inculcados; por eso los hechos que constituyen la materia del mismo son siempre los delitos de los cuales se acusa a los procesados; en esa virtud, para que el proceso tenga unidad y fijeza, se deben determinar con toda precisión, en el auto de formal prisión, los delitos materia de la instrucción, los cuales deben conocer los inculcados para poder defenderse. Nuestra Constitución tiene que ceñirse a la opinión que emita el Representante Social cuando ejercita la acción penal, pudiendo modificarla sin invadir la esfera de la acusación, pues en ese momento sólo se consignan hechos; y el órgano y la ocasión para sentar las bases del procedimiento, son el juez y el vencimiento del término constitucional de tres días después de la detención, cuando ya se perfeccionan los datos de la averiguación previa.

Amparo directo 1980/71. Jose Piedra Niebla. 26 de agosto de 1971. Mayoría de votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Primera Sala. Informe 1971.

Es importante precisar que el Juez en el auto de formal prisión o en el de sujeción a proceso, puede cambiar la calificación del tipo penal hecha por el Ministerio Público en la consignación, siempre de que se trate de los mismos hechos, ya que el delito por el cual se ha de seguir el proceso, se define en el auto de formal prisión y no antes, lo anterior es así si partimos del supuesto de que la palabra "delito" debe ser tomada en su acepción de "un hecho", tomando en consideración que hecho, debe ser empleado no en el sentido que le da el maestro Porte Petit al referirse a la conducta, sino a la clasificación de los hechos o acontecimientos en un tipo penal, entonces, sí puede haber discrepancias de opinión entre el Juez y el agente del Ministerio Público, pues lo que uno

considere como abuso de confianza, el otro podrá estimar como fraude, o lo que para uno constituye violación para el otro será estupro.

5).- El nombre del Juez que dicta el auto y del secretario que lo autoriza. Hay que señalar que el legislador al señalar al nombre del Juez, no se esta refiriendo al nombre de pila de la persona física que ocupa el cargo, sino al Organó Jurisdiccional, verbigracia: *Juez Primero Penal del Distrito Federal*; y si bien es verdad se trata de una persona física que es quien firma el documento, sin embargo esa persona es quien en ese momento se encuentra de titular en el juzgado, la cual en un momento dado podría sustituida del cargo por otra persona física. En cuanto al Secretario cabe el mismo razonamiento.

6).- Otro requisito es que el delito sea sancionado con pena privativa de libertad, empero esto solo para el pronunciamiento de un auto de formal prisión, pues si el pronunciamiento es un auto de sujeción a proceso, tal requisito no se debe colmar.

Es preciso señalar antes de concluir este tópico que éstos mismos requisitos se deben colmar para emitir un auto de sujeción a proceso, con excepción del requisito señalado en el inciso 6), esto en virtud de que como se ha señalado, una de las cualidades de éste tipo de resoluciones es que el delito no tenga señalada pena privativa de libertad; Asimismo también es de indicar, que por cuanto hace a la resolución de libertad por falta de elementos para procesar, únicamente se deben colmar como requisitos de forma, los señalados en los incisos 3) y 5).

III.B. Consecuencias jurídicas.

En mi opinión las consecuencias jurídicas del auto de término constitucional, pueden agruparse en relación a estas tres personas:

- 1).- En relación al Juzgador;
- 2).- En relación a las personas encargadas de los establecimientos donde se encuentre recluido el indiciado; y.
- 3).- En relación al probable responsable.

III.B.1. En relación al Juzgador.

En el caso de que el juez no dictará el auto de formal prisión, o libertad de un detenido como presunto responsable de un delito, dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que fue puesto a su disposición, salvo que el indiciado hubiera solicitado

la duplicidad del término constitucional, cometería el delito contra la administración de justicia que tipifica el artículo 225, fracción XVII del Código Penal, y que sanciona con pena de prisión de 4 a 10 años y de 200 a 400 días multa, además de privación del cargo, e inhabilitación para el desempeño de uno nuevo, por el lapso de uno a diez años.

III.8.2. Respecto a los carceleros (custodios).

El párrafo segundo del artículo 19, de la Constitución Federal, señala:

"La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad."

Del anterior texto se desprende que las personas encargadas del establecimiento en que se encuentre interno el indiciado, y que en el caso del Distrito Federal, serán los custodios del Reclusorio Preventivo respectivo donde se encuentre interno el probable responsable, si no reciben copia autorizada del auto de formal prisión de un detenido, dentro de las setenta y dos horas que señala el artículo 19, contados desde que aquél este a disposición de su juez, deberán llamar la atención de éste sobre dicho particular, en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, a excepción de que el indiciado o su defensor haya solicitado la ampliación del término constitucional, lo pondrán en libertad, y en caso de no hacerlo serían responsables del delito de abuso de autoridad, tipificado por el artículo 215, fracción VII, del Código Penal para el Distrito Federal, pues, teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad, no la hicieran cesar inmediatamente, estando esto en sus atribuciones. Este delito está sancionado con prisión de dos a nueve años, de setenta a cuatrocientos días multa y destitución e inhabilitación de dos a nueve años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

III.8.3. Correspondientes al indiciado.

Dentro de las consecuencias para la persona a quien se le imputa el delito, tenemos las siguientes:

1).- Justifica la prisión preventiva del sujeto, sólo en los delitos que tienen señalada pena privativa de libertad.

Las medidas limitativas de la libertad de la persona en este procedimiento de preinstrucción, es sin lugar a dudas una medida cautelar, pues tiende a garantizar la efectividad de la sentencia, así como la de seguir el procedimiento hallándose el probable responsable presente, es decir obligan al aseguramiento de la persona. Estas se obtienen mediante la detención y la prisión preventiva, derivadas la primera del artículo 16 y la segunda del 19, ambos de la Constitución General de la República, cabe señalar que ambas tienen carácter preventivo y no sancionador, aunque si bien el tiempo que hayan durado se abone al sujeto en el caso de ser condenado, sin embargo, originalmente estas medidas como se anotó son preventivas, pues obligan a seguir el procedimiento hallándose la persona presente, medidas preventivas que se convierten en penas a posteriori y sólo cuando al sujeto se le condene.

2).- Tan luego se dicte el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, ha de procederse a la identificación del probable responsable por el procedimiento administrativo que fija la ley -ficha dactiloantropométrica- (artículo 298 del C.P.P.D.F.).

3).- Determina si se puede o no conceder al detenido la libertad provisional durante el proceso, esto en virtud de que al haberse precisado el delito por el cual se deberá seguir el proceso, entonces se sabrá si el mismo es o no grave.

4).- Suspense las prerrogativas del ciudadano.

Del artículo 38, fracción II, de la Constitución General de la República, resulta que, por estar sujeto a un proceso criminal, por delito que merezca pena corporal, se suspenden los derechos y prerrogativas del ciudadano, a contar desde la fecha del auto de formal prisión. El artículo 35 de la propia Constitución Federal otorga al ciudadano las siguientes prerrogativas: I) Votar en las elecciones populares; II) Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, y nombrando para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las cualidades que establezca la Ley; III) Asociarse para tratar los asuntos políticos del país; IV) Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes, y V) Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.

Aunado a las anteriores consecuencias que se derivan para el indiciado, existen otras que si bien es cierto se refieren a la actividad procesal, sin embargo las mismas inciden directamente en la persona del indiciado, y dentro de éstas tenemos las siguientes:

1).- Fija el juicio que ha de seguirse, ordinario o sumario.

2).- Da lugar a la iniciación de la instrucción ó el proceso abriendo el término de la fracción VIII del artículo 20.

En efecto desde la fecha del auto de formal prisión se computan los términos señalados en la fracción VIII del artículo 20 de la Constitución General de la República para el efecto de que el proceso quedé concluido antes de cuatro meses, si se trata de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena máxima excediere de ese tiempo. Los términos constitucionales mencionados están fijados en beneficio del procesado, quien para su mejor defensa, puede renunciar a ellos, concluir el proceso dentro de dichos términos, contra la voluntad del procesado, equivaldría a desconocer la garantía que le otorga la Carta Magna, pues la referida fracción VIII, del propio artículo 20 constitucional, señala: "...salvo que solicite mayor plazo para su defensa;".

Por último, cabe señalar que por decreto de reforma al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 21 de septiembre del año 2000, e iniciación de vigencia a partir del 21 de Marzo del 2001, se deroga el ultimo párrafo del artículo 20 de la Constitución Federal, y se reforma el párrafo inicial y la fracción IV del artículo 20 del mencionado Ordenamiento, se agrupa el contenido en un Apartado "A" y se adiciona un Apartado "B"; y del cual se desprenden diversas consecuencias para la víctima o el ofendido del delito, siendo las siguientes:

"Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

...B De la víctima o del ofendido:

I Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente; tanto en la averiguación previa como en el

proceso, y a que se desahogen las diligencias correspondientes.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa.

III Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculcado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y

VI Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio."

Derechos que le podrán ser informados a la víctima en el delito en el auto de término constitucional, ello de conformidad con el artículo 80 del C.P.P.D.F., que señala:

"Artículo 80. Todas las resoluciones deberán ser notificadas al Ministerio Público, al procesado, a la víctima u ofendido del delito, o al coadyuvante del Ministerio Público, en su caso, y al defensor o cualquiera de los defensores, si hubiere varios."

CAPITULO IV.- LA LIBERTAD ABSOLUTA DEL INDICIADO, DENTRO DEL TERMINO CONSTITUCIONAL.

Como se señalo en el Capitulo III del presente trabajo dentro de las 72 horas (o su duplicidad) a que el indiciado fue puesto a disposición del Juez, éste debe resolver sobre la situación jurídica del aquel, en los términos del artículo 19 de la Constitución Federal. Ahora bien, este precepto indica que se dictará auto de formal prisión en caso de existir "datos que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad del acusado". Evidentemente, si esos datos resultan insuficientes, no se dictará dicho auto. La Constitución General de la República no consigna expresamente que clase de auto ha de dictarse en tal caso. El Código de Procedimientos Penales, en el Título Segundo, Sección III, Capitulo II, regula los autos "de formal prisión, de sujeción a proceso y libertad por falta de elementos para procesar". Específicamente, el artículo 302 dispone "el auto de libertad por falta de elementos para procesar no impedirá que posteriormente, con nuevos datos, se proceda en contra del indiciado". Justamente por esto, el auto de sentido opuesto al de formal prisión se ha denominado "auto de libertad por falta de elementos para procesar". Sin embargo, el auto de libertad puede ser, efectivamente por falta de elementos para procesar con las reservas de ley, cuando las pruebas que obran en esa averiguación son insuficientes para acreditar cuerpo del delito y probable responsabilidad, sin embargo con el desahogo de otras diligencias se pueden acreditar tales extremos, o bien, como lo sostenemos, también se puede dictar auto de libertad absoluta. En efecto cuando practicadas todas las diligencias en averiguación previa, o que dentro del periodo de la duplicidad del término constitucional se aportan pruebas por la defensa o el indiciado, que nos lleve a concluir que existe una causa de exclusión del delito, contenidas en el artículo 15, del Código Penal para el Distrito Federal (haciendo la aclaración que no todas estas causas excluyen el delito), o bien que exista una causa de extinción de la acción penal (prescripción, perdón del ofendido en los delitos perseguibles a petición de parte -querrela-, vigencia y aplicación de una nueva ley que suprima el tipo penal que se le imputa al indiciado, y existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos), se debe dictar en el auto de término constitucional "la libertad absoluta del indiciado", pues de dictarse la libertad por falta de elementos para procesar, daría lugar a que posteriormente el Ministerio Público siguiera actuando en esa averiguación, lo que resultaría ilógico, pues por

cuanto hace a los supuestos que extinguen la acción penal, lo que se elimina es precisamente la facultad que tiene el Estado a través del Ministerio Público para la persecución de los delitos, y en los supuestos de las causas de exclusión del delito, hay inexistencia del delito (haciendo la aclaración que no todas estas causas dan origen a la inexistencia del delito, como veremos cuando se analice el artículo 15, del Código Penal para el Distrito Federal), por lo que reiteramos en estos casos se debe dictar, desde nuestro punto de vista, la libertad absoluta del indiciado.

En este mismo sentido se expresan los maestros González Bustamante y Guillermo Colín Sánchez, al señalar el primero, que "Es cierto que el auto de soltura (refiriéndose al auto de libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley) no es la única forma procesal para integrar al inculcado en su libertad, sino que puede ser puesto en libertad absoluta al vencimiento del término constitucional, si ha quedado demostrada plenamente la concurrencia de alguna causa eximente o extintiva de responsabilidad"⁵⁷; en tanto que el segundo afirma: "En el supuesto de los aspectos negativos del delito: causas de justificación, causas de inculpabilidad, excusas absolutorias, etc., en el auto que se dicta al fenecer el término de 72 horas, se dice que, la libertad que se concede es con las reservas de ley. Esta forma de proceder, es indebida, porque, si se han agotado las pruebas que sirvieron para resolver la situación jurídica, lo procedente es decretar la libertad absoluta. Toda actuación distinta entraña un contrasentido, porque, si el aspecto negativo del delito está demostrado, resulta absurdo decir que: la libertad es con las reservas de ley. La resolución judicial, en estos casos, produce los efectos de una sentencia absolutoria, porque no resulta lógico, ni admisible, que pudiera volver a iniciarse un proceso en contra del mismo sujeto por esos hechos, o que se pretendiera, con posterioridad, continuar el proceso. Ni en uno, ni en otro caso, existen bases jurídicas de sustentación."⁵⁸

Una vez sentado lo anterior procederemos al estudio de las causas de extinción de la acción penal, siendo la primera de ellas "el perdón del ofendido" en los delitos perseguibles a petición de parte -querrela-.

IV.1. Perdón del ofendido.

57.- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan Jose. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Novena edición, porrua, Mexico 1988, pp. 196 y 197.

58.- COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Op. cit. pág. 394.

Una de las formas de extinción de la acción penal es que el ofendido por algún delito que es perseguido por querrela, otorgue el perdón al agente del delito. El artículo 93 del Código Penal para el Distrito Federal, en relación a esta figura jurídica, establece:

"Artículo 93. El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse.

Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por declaración de perjuicio o por algún otro acto equivalente a la querrela, siendo suficiente para la extinción de la acción penal la manifestación de quien está autorizado para ello de que el interés afectado ha sido satisfecho.

Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón solo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga.

El perdón sólo beneficia al inculcado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiará a todos los inculcados y al encubridor.

El perdón del ofendido y del legitimado para otorgarlo en delitos de los mencionados en los dos párrafos anteriores, también extinguen la ejecución de la pena, siempre y cuando se otorguen en forma indubitable ante la autoridad ejecutora."

Las características generales bajo las cuales opera el perdón del ofendido, como causa de extinción de la acción penal, es cuando se trate de delitos perseguibles por querrela de parte, caso en el cual se puede otorgar en cualquier estado del procedimiento hasta antes de dictarse sentencia de segunda instancia, como se desprende del primer párrafo del precepto transcrito, por lo tanto desde nuestro punto de vista no hay obstáculo alguno por el cual el perdón de la parte ofendida, no pueda operar cuando se dicte el auto de término constitucional o su duplicidad, por ser este parte del procedimiento; por lo que una vez otorgado el perdón del ofendido en este estado procedimental, de conformidad con el artículo 660 fracción II, del Código Procesal Penal para el Distrito Federal, procederá el sobreseimiento, en virtud, de que el perdón del ofendido esta comprendido como una de las causas de extinción de la responsabilidad penal, el cual una vez

decretado, el indiciado a cuyo favor se haya otorgado, será puesto en *libertad absoluta* (artículo 666 del C.P.P.D.F.), y una vez que cause estado el auto de sobreseimiento, surtirá los efectos de una sentencia absolutoria con valor de cosa juzgada (artículo 667, del C.P.P.D.F.); Por lo tanto y como hemos venido sosteniendo cuando se otorge el perdón del ofendido en el término constitucional o su duplicidad, si produce la libertad absoluta del indiciado.

Cabe destacar que el perdón de la parte ofendida, no solo extingue la responsabilidad, sino que también extingue la acción misma, es decir, la facultad que tiene el Estado para la persecución de los delitos.

Por otra parte y en relación a esta figura jurídica, cabe señalar que si son varios los ofendidos, el perdón opera sólo respecto de la persona a favor de quien se otorga y no respecto de los demás. Sin embargo, si el interés relacionado se encuentra totalmente satisfecho, entonces si beneficiaría a todos los inculcados y demás personas relacionadas con el delito, incluso al encubridor (párrafos tercero y cuarto del artículo 93, del C.P.D.F.).

IV.2. Prescripción.

El Código Penal para el Distrito Federal, en el Libro Primero, Título Quinto, Capítulo VI, hace referencia a la figura jurídica de la prescripción, señalando que ésta es un medio extintivo tanto de la pena como de la acción penal (artículo 100, del C.P.D.F.), y opera por el simple transcurso del tiempo (artículo 102, del C.P.D.F.).

Ahora bien, los problemas de prescripción, de los cuales únicamente haremos alusión en el presente tópico, por tener incidencia en el tema, son los referentes a la acción penal, en virtud de que estos eliminan la facultad que tiene el Estado, a través del Ministerio Público, para la persecución de los delitos, y por lo tanto desde nuestro punto de vista producen la libertad absoluta del indiciado en el término constitucional de las 72 horas (o su duplicidad).

En lo referente a la prescripción de la acción penal, tenemos los siguientes plazos: a) de un año cuando el delito se sancione con multa; b) de dos años si el delito mereciere destitución, suspensión, privación de derechos o inhabilitación; y, c) de un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de libertad que señale la ley para el delito de que se trate, pero sin que en ningún caso sea inferior a 3 años; artículos 104, 105 y 106 del Código

Penal para el Distrito Federal. Por lo que si el Agente del Ministerio Público ejercita acción penal, estando está prescrita, el Juzgador en el término constitucional o su duplicidad deberá decretar la libertad absoluta del consignado, en virtud de que al encontrarse prescrita la acción penal, traerá como consecuencia la extinción de la responsabilidad penal, y de conformidad con el artículo 660 fracción II, del Código Procesal Penal para el Distrito Federal, procederá el sobreseimiento, el cual una vez decretado, el indiciado a cuyo favor se haya otorgado, será puesto en libertad absoluta (artículo 666 del C.P.P.D.F.), y una vez que cause estado el auto de sobreseimiento, surtirá los efectos de una sentencia absolutoria con valor de cosa juzgada (artículo 667, del C.P.P.D.F.); Por lo tanto y como hemos afirmado cuando el Ministerio Público haya ejercitado acción penal en contra del indiciado, y el Juez vaya a resolver su situación jurídica y se percate que ha operado la prescripción de ésta, lo procedente es, como lo afirmamos, se decrete también la libertad absoluta del indiciado.

Otras causas que también extinguen la acción penal, y que desde nuestro punto de vista producen la libertad absoluta del indiciado en el término constitucional de las 72 horas o su duplicidad, son: a) Vigencia y aplicación de una nueva ley que suprime el tipo penal que se le impute al indiciado; y, b) Existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos.

La primera se encuentra prevista en el artículo 117, del Código Penal del Distrito Federal, la cual dispone: "La ley que suprime el tipo penal o lo modifique, extingue, en su caso, la acción penal o la sanción correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 56.", a su vez el mencionado artículo 56, expresamente señala "Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculcado o sentenciado. La autoridad que este conociendo del asunto o ejecutando la sanción, aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término mínimo y el término máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma.", es de señalar que en relación a esta figura, únicamente nos interesa lo relativo a que una ley que suprima el tipo penal y que de origen a la extinción de la acción penal.

Ahora bien, el segundo supuesto que extingue la acción penal, esta contenido en el artículo 118, del Código Penal para el Distrito Federal, que previene el caso de la existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos, es decir, el principio del *non bis in idem*, recogido en el artículo 23 de la Constitución Federal, aquí regulado como sigue: "Artículo 118.- Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Cuando se hubiese dictado sentencia en un proceso y aparezca que existe otro en relación con la misma persona y por los mismos hechos considerados en aquél, concluirá el segundo proceso mediante resolución que dictará de oficio la autoridad que esté conociendo. Si existen dos sentencias sobre los mismos hechos, se extinguirán los efectos de la dictada en segundo término."

Por lo tanto si el Agente del Ministerio Público ejercita acción penal, habiendo existido una ley que suprima el tipo penal que se le imputa al indiciado, o que exista una sentencia anterior por los mismos hechos, el Juzgador que conozca la situación jurídica de este sujeto, en el término constitucional de las 72 horas o su duplicidad, deberá decretar la libertad absoluta del consignado, en virtud de que ambos supuestos tienen como consecuencia la extinción de la responsabilidad penal, y de conformidad con el artículo 660 fracción II, del Código Procesal Penal para el Distrito Federal, también procederá el sobreseimiento, el cual una vez decretado, el indiciado a cuyo favor se haya otorgado, será puesto en libertad absoluta (artículo 666 del C.P.P.D.F.), y una vez que cause estado el auto de sobreseimiento, surtirá los efectos de una sentencia absolutoria con valor de cosa juzgada (artículo 667, del C.P.P.D.F.); Por lo tanto y como hemos afirmado, cuando exista una ley que suprima el tipo penal que se le imputa al indiciado, o que exista una sentencia anterior por los mismos hechos, da origen a la libertad absoluta del indiciado, en el término constitucional de las 72 horas o su duplicidad.

IV.3. Causas de exclusión del delito.

Las causas de exclusión del delito, están contenidas en el artículo 15, del Código Penal para el Distrito Federal, que establece:

"Artículo 15. El delito se excluye cuando:
 I El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;
 II Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate;

III Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien, y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. Se presume que hay consentimiento tácito cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento;

IV Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa, racionalidad en la defensa respecto a la amenaza y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o su defensor;

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetrar, sin derecho, al hogar del que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el inculpado tenga la obligación de defender, o a sus dependencias, o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

V Se abre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VI La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que éste último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

VII Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo a esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado

típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69-Bis de este Código.

VIII Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

IX Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X El resultado típico se produce por caso fortuito."

Estas causas de exclusión del delito las podemos ordenar en tres grupos, que son: A) causas atípicas, B).- causas que excluyen la antijuridicidad, y, C).- causas que excluyen la culpabilidad.

A).- CAUSAS ATÍPICAS.

Las causas de atipicidad son "aquellas situaciones que originan la falta de atribuibilidad al tipo del delito de que se trate, lo que implica la falta de tipicidad y, como consecuencia, la inexistencia del delito."59

La presencia de una causa de atipicidad, lo único que está afirmando es que la conducta objeto de análisis no es típica.

Dentro de las causas atípicas, tenemos las siguientes:

a).- Ausencia de Conducta, contenida en la fracción I del artículo 15, del Código Penal para el Distrito Federal, que establece:

"I El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;"

59.- MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Primera edición, porrúa, México 1997, pág. 371.

Como señalamos en el Capítulo III, del presente trabajo, cuando tratamos lo referente a la conducta, indicamos que esta se integraba por la voluntad del sujeto, por lo que si no hay voluntad en la persona no hay conducta, y por lo tanto no habrá delito, dando lugar, como anteriormente lo hemos afirmado, a que en este caso el Juez en el término constitucional de las 72 horas (o su duplicidad) decreta la libertad absoluta del sujeto. En este sentido se pronuncian los maestros *Porte Petit* y *Gustavo Malo Camacho*, al afirmar el primero "La conducta es factible de realizarse en forma activa o pasiva, es decir, por acción o por omisión, presentándose el aspecto negativo de la conducta cuando falte el elemento subjetivo, o sea, la voluntad" 60, en tanto que el segundo manifiesta "Si la conducta es la exteriorización de la voluntad finalísticamente determinada, o lo que es lo mismo, el actuar conforme a sentido y significación, naturalmente la ausencia o falta de acción o conducta, se da en aquellos casos en donde precisamente no se da la voluntad de la persona. Así, cuando la conducta productora de un resultado material, evidentemente siempre derivada del hombre, resulte ser consecuencia de su solo actuar sin voluntad, es decir, sin sentido y significación, se estará en el caso de inexistencia de un delito por atipicidad, por ausencia de la acción." 61

En esta fracción que se comenta, se regulan los casos de ausencia de conducta, como son entre otras la fuerza física irresistible (vis absoluta y vis maior), los actos reflejos y el sueño.

1).- *Fuerza física irresistible.* La fuerza física exterior irresistible a decir del maestro Malo Camacho, "...se presenta cuando una fuerza física exterior, actuando sobre una persona y siempre que sea irresistible, lo convierte en un mero instrumento o fuerza mecánica de un proceso causal, que produce como consecuencia un resultado lesivo a bienes jurídicos penalmente tutelados." 62

En este tema se presentan dos casos: la vis maior y la vis absoluta.

La vis maior es la fuerza física irresistible derivada de la naturaleza, en donde el sujeto queda convertido en un mero instrumento de la naturaleza, en tanto que la vis absoluta, implica también la fuerza

60.- PORTE PEIII CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Décimo Quinta edición, porrua, Mexico 1993, pag. 329.

61.- MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Op. cit. pag. 380.

62.- *Ibidem* pag. 381.

física exterior irresistible, pero no derivada de la naturaleza sino del hombre y en donde, el sujeto también queda convertido en mero instrumento pero ya no de la naturaleza sino de la acción de un tercero, razón por la cual, en ambos casos el sujeto no ha actuado con voluntad, y por lo mismo, no hay una conducta suya que pueda ser valorada como delito por ausencia de conducta.

En este sentido Porte Petit, afirma: "...Si comparamos la vis absoluta como en la vis maior, se observa que en ambas hay ausencia de voluntad, y por ende, la fuerza mayor igualmente constituye un aspecto negativo de la conducta."⁶³

2).- *Movimientos reflejos.* Los movimientos reflejos constituyen otro aspecto en donde no existe la conducta del agente por faltar la voluntad, y que también da origen a la inexistencia del delito.

Los movimientos reflejos son, "nos dice Antón Oneca, aquellos movimientos musculares, que son reacciones inmediatas e involuntarias a un estímulo externo e interno, sin intervención de la conciencia."⁶⁴

3).- *El sueño.* El sueño también constituye otra forma en donde no existe la conducta del sujeto por la falta de voluntad.

En relación a este tema Porte Petit, indica: "...el que está dormido o sea el durmiente, no tiene dominio sobre su voluntad y de aquí, la tajante diferencia entre el durmiente y el que se encuentra en estado de vigilia debiéndose concluir, que el sueño constituye indudablemente un aspecto negativo de la conducta, porque cuando se está en ese estado, no existe voluntad, la cual forma parte integrante de aquella como elemento de la misma."⁶⁵

b). Falte uno de los elementos del tipo penal, contenida en la fracción II del artículo 15, del Código Penal para el Distrito Federal, que ordena:

"El Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate;"

63.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Op. cit. pág. 324.

64.- ONECA, Antón, citado por PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Décimo Quinta edición, porrua, México 1993, pag. 324.

65.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Décimo Quinta edición, porrua, México 1993, pág. 325.

Para mejor entendimiento de la fracción del artículo que se comenta, primeramente debemos tener presente el concepto de tipo penal, así como el de tipicidad, por estar ambos íntimamente ligados; la doctrina ha considerado que tipo penal es la descripción legal que hace el legislador de una conducta delictuosa, en tanto que por tipicidad, que desde nuestro punto de vista coincide con el cuerpo del delito, es la adecuación de la conducta desplegada al tipo penal; y si ponderamos que el cuerpo del delito, de acuerdo al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, esta conformado por el conjunto de elementos objetivos, subjetivos y normativos, entonces nos es dable señalar que el tipo penal esta conformado por esos elementos de carácter objetivos, subjetivos y normativos; elementos que también debemos tener presentes que disminuirán o aumentarán según el tipo penal de que se trate; Y así tenemos por ejemplo, que en el ilícito de homicidio en relación al parentesco (antes parricidio), contenido en el artículo 323 del Código Penal para el Distrito Federal, si no se constata esa relación de parentesco, no se integrará el delito, sin embargo aquí hay que tener presente que la conducta, puede dar lugar a la existencia de otro delito, como sería el homicidio, en este caso el Juez de conformidad con el artículo 304-Bis-A, del Código Procesal Penal para el Distrito Federal, deberá reclasificar los hechos al tipo penal que corresponda, pues el citado dispositivo ordena: *"El auto de formal prisión o el auto de sujeción a proceso se dictarán por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación, y considerando el cuerpo del delito y la probable responsabilidad correspondientes aun cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores."*

Conforme a lo anterior nos es valido afirmar que la no acreditación de todos los elementos del tipo penal da lugar, ya sea a la no integración del delito, caso en el cual podrá dictarse la libertad absoluta del indiciado, o a la existencia de otro delito, caso en el cual se deberá decretar en el término constitucional (o su duplicidad) auto de formal prisión o sujeción a proceso, según sea el caso, por el delito que realmente aparezca comprobado.

c).- **Consentimiento del ofendido, contenida en la fracción III, del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, que ordena:**

"III Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente

para otorgarlo, siempre y cuando se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien, y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. Se presume que hay consentimiento tácito cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento;"

En relación al consentimiento el maestro Gustavo Malo Camacho, afirma:

"El límite del consentimiento, debe estar determinado por la base misma que lo fundamenta: la libertad de la persona. Así, el consentimiento no puede ser tal, que implique la negación total de la libertad (Vgr.: no parece lógico pensar como admisible el consentimiento de la persona acerca de su propia esclavitud)."66

En efecto como lo señala el maestro Malo Camacho, el Consentimiento se vincula directamente con la libertad de la persona, libertad que otorga el Estado al individuo para disponer libremente de ciertos derechos, sin embargo esa disposición no puede ser tal que el sujeto ilegale incluso a renunciar a sus derechos fundamentales, es decir, a sus derechos que como persona tiene en la sociedad, y que el Estado a través del Ordenamiento Jurídico se encuentra interesado en proteger, como sería su propia libertad o la vida, de ahí que el consentimiento se encuentre estrechamente relacionado con los bienes jurídicos disponibles y no disponibles; en este sentido y desde nuestro particular punto de vista los bienes jurídicos disponibles son aquellos en los cuales el titular del bien jurídico, o del legitimado legalmente para otorgarlo, a través de su consentimiento acepta la lesión al bien jurídico que le infiere el agente activo del delito con su conducta típica, en esta dirección, el consentimiento proveniente del titular del bien jurídico, o del legitimado legalmente para otorgarlo, lo puede ser por: a) un acuerdo previo de voluntades, entre activo y pasivo; y, b) que el titular del bien jurídico se adhiera al comportamiento delictuoso. Desde esta perspectiva, el titular del bien jurídico renuncia a la aceptación que a través de las disposiciones penales le

brinda el Estado, cosa contraria, sucede con los bienes jurídicos no disponibles, en los cuales el consentimiento del titular del bien protegido no tiene el mayor relieve; en virtud, de que es el propio Estado a través del ordenamiento jurídico quien se encuentra directamente interesado en proteger esos bienes, dado la gran valoración que tienen los mismos dentro del grupo social. Así, por ejemplo tenemos que bienes jurídicos disponibles lo sería el patrimonio, y en cuanto a los no disponibles lo sería la libertad, o la vida.

En términos de lo anteriormente expuesto, el consentimiento, genera también una causa de atipicidad, y por ende la inexistencia del delito, siempre y cuando el bien jurídico penalmente protegido sea disponible, que se tenga la capacidad jurídica para disponer de ella, y que dicho consentimiento sea expreso o tácito, caso en el cual el probable responsable que se encuentre en estas circunstancias deberá ser puesto en libertad absoluta, al resolverse su situación jurídica por el Juzgador dentro del término constitucional de las 72 horas o su duplicidad.

d).- Caso fortuito, contenido en la fracción X, del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, que ordena:

"X El resultado típico se produce por caso fortuito."

En el caso fortuito la conducta que produce un resultado típico, se lleva a cabo por mero accidente, es decir de manera casual o circunstancial, en el cual el agente no obra con dolo ni culpa. Por lo que si de acuerdo con el artículo 8, del Código Penal para el Distrito Federal, "Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.", entonces si no concurren ninguno de esos elementos subjetivos que caracterizan el delito, este no existe, y por consecuencia cuando un sujeto obra en estas circunstancias, se le debe decretar al mismo por el Juez que vaya a resolver su situación jurídica dentro del término constitucional de las 72 horas (o su duplicidad), su libertad absoluta, por no acreditarse el ilícito que se le imputa.

e).- Error de tipo -invencible- (inevitable), comprendido en la fracción VIII, inciso a), del artículo 15, del Código Penal para el Distrito Federal, que ordena:

"VIII Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

a) *Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal;...*

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;".

Ahora bien, en cuanto al error de tipo, debemos tomar en cuenta que esta figura se encuentra íntimamente ligada al elemento intelectual del dolo. Lo anterior es así, si tomamos en consideración que el elemento intelectual o de conocimiento del dolo, constituye una premisa fundamental para considerar a una conducta como dolosa; por lo que dicho conocimiento debe abarcar a todos y cada uno de los elementos objetivos del tipo penal. Consecuentemente, cualquier desconocimiento que se de en la esfera del sujeto respecto a un elemento objetivo del tipo penal en particular, trae como resultado que se presente la figura jurídica del error de tipo; y por ende la acción desplegada por el sujeto no podrá ser considerada como dolosa.

Este desconocimiento en el error de tipo puede presentarse a través de la ignorancia y del error. En el primer supuesto, es decir, en la ignorancia se presenta en el individuo una falta de conocimiento sobre algo (se presenta un no conocimiento sobre los elementos objetivos del tipo penal); en el error, el sujeto de la acción se representa un conocimiento falso en este supuesto a diferencia de la ignorancia si hay un conocimiento sobre los elementos conformadores del tipo penal, pero el mismo resulta ser falso); ambas figuras no ofrecen mayor dificultad pues las mismas generan el mismo resultado, es decir anulan el dolo, en este sentido Malo Camacho, afirma: "Si el error implica el falso conocimiento de algo, como a su vez la ignorancia implica la falta de ese conocimiento, lo cierto es que ambos eliminan el dolo y en consecuencia destruyen la tipicidad por falta del elemento subjetivo, salvo el caso del error vencible, punible en forma culposa".⁶⁷

En relación al error de tipo, es preciso también distinguir que en éste se presentan los supuestos de error vencible o evitable así como del error invencible o inevitable. Por cuanto hace al error vencible, el mismo se presenta en virtud de haberse dejado de observar por el autor la diligencia debida en su conducta (realiza su comportamiento sin cuidado; el error vencible se supera si el sujeto hubiera actuado con el cuidado debido que las circunstancias le marcaban); ahora bien, habrá error invencible, aun

cuando el autor de la conducta hubiese observado la diligencia debida (el sujeto actúa con el debido cuidado, pero aún así no se supera el error). En ambos casos desaparece la figura del dolo, pero con la nota característica de que el error invencible desaparece la total responsabilidad de la conducta por el delito doloso o culposo, lo cual resulta ser importantísima para nuestro presente trabajo, en virtud de que da origen a la inexistencia del delito, y por consiguiente al sujeto que se encuentre en estas circunstancias y el Juez que vaya a conocer de su situación jurídica en el término constitucional de las 72 horas (o su duplicidad), deberá decretar su libertad absoluta; contrariamente en el error vencible, de igual forma desaparece el dolo, pero no desaparece la responsabilidad de la conducta ya que la misma podrá ser responsabilizada a título de culpa, pero siempre y cuando el tipo penal en concreto admita la culpa. Lo anterior lo podemos esquematizar de la siguiente forma:

error invencible -inevitable- excluye el delito.

error vencible -evitable- no excluye el delito, en virtud de que se responsabiliza al agente del delito por delito culposo, siempre y cuando el tipo en concreto admita la culpa.

En este sentido el maestro Malo Camacho, señala "El error invencible elimina la tipicidad dolosa como, también, en su caso, la culposa; es decir, es una causa de atipicidad plena. El error vencible, en cambio, elimina la tipicidad dolosa, pero, en caso de que la ley prevenga la figura del tipo culposo, entonces, si aparecen integrados sus elementos, subsistirá, generando una responsabilidad a título de delito culposo."68

B).- CAUSAS QUE EXCLUYEN LA ANTIJURIDICIDAD O ANTIJURIDICIDAD.

Las causas de antijuridicidad o antijuricidad, también llamadas reglas de permisión o de permiso "...son aquellas que surgen de las valoraciones de la antijuridicidad y que derivan de todo el orden jurídico en general y que implican el reconocimiento a los derechos que tiene el individuo que vive y se desarrolla dentro de un complejo de relaciones sociales, para defenderse y para no quedar obligado a lo imposible o a sufrir injustos sin la posibilidad de reaccionar frente a ellos, cuando la propia sociedad no tiene la posibilidad de evitar su acontecimiento. Desde el punto de vista social, existe la necesidad de una valoración, por parte del Estado, acerca de la

naturaleza y la jerarquía de los bienes jurídicos que se protegen en función del fin de la convivencia; significa que frente a la valoración acerca de la conducta socialmente deseada de la norma, incorporada en los tipos penales, se de la valoración acerca de todos esas situaciones susceptibles de presentarse en la mirídica complejidad de la relación social y que pueden implicar situaciones de riesgo para los bienes de una persona, sin que exista otra forma de evitarlos, mas que, por vía de la conducta misma de la persona; conducta, está, que es permitida por el derecho, que valora y reconoce tales situaciones y el derecho que asiste a las personas para conducirse frente a ellas.

Por esto si el ámbito de la normatividad, analizada en la tipicidad, es el de la conducta social deseada, que implica la presencia de las normas que de manera general se imponen obligatoriamente, con la amenaza y fuerza de la coercibilidad penal, las permisiones, en cambio, no se imponen, sino que solamente se reconocen y por lo tanto permiten y autorizan. El Estado no ordena que se actúe de tal o cual manera, sino que se limita a permitir que se actúe en dicho sentido; no fomenta y no promueve la realización de dichas conductas, pero si las reconoce, las valora y las recoge jurídicamente a través de los permisos que implican las causas de justificación."69

Pues bien dentro de estas causas, tenemos las siguientes:

a).- **Defensa Legítima, incluida en la fracción IV del artículo 15, del Código Penal para el Distrito Federal, que dispone:**

"IV Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa, racionalidad en la defensa respecto a la amenaza y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o su defensor;

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al hogar del que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el inculpado tenga la obligación de defender, o a sus dependencias, o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión."

De acuerdo al texto transcrito, la legítima defensa implica dos acciones, diferentes. Primero, una agresión; segundo, una defensa, rechazo o reacción a esa agresión. Una y otra exigen determinados elementos: la agresión debe ser real, actual o inminente y sin derecho. La defensa debe ser necesaria y racional, siendo necesario que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata de parte del agredido, es decir, de quien actúa en legítima defensa, o bien de la persona a quien se defiende.

La agresión se ha entendido como la conducta con la cual el agente lesiona o pone en peligro un bien jurídico tutelado, así lo ha considerado la Suprema Corte de Justicia, al señalar:

Legítima defensa concepto de agresión. Para los efectos justificativos de la exculpante de la legítima defensa, por agresión se entiende el movimiento corporal del atacante que amenaza lesionar o lesiona intereses jurídicamente protegidos y que hace necesaria la objetividad de la violencia por parte de quien la rechaza.

Semanario Judicial de la Federación, jurisprudencia visible bajo el número 188, sexta época, primera sala, tesis 1072, apéndice 1988, segunda parte, p. 1704.

Ahora bien, en relación a los elementos de la agresión, tenemos que estos son:

1).- *Real*. El texto de la fracción IV del artículo 15, del Código Penal para el Distrito Federal, exige que se trate de una agresión real, es decir, que sea auténtica, cierta, no imaginaria; que no se encuentre sólo en la mente de quien se defiende sino que exista realmente.

2).- *Actual o inminente*. Por agresión actual se entiende que la agresión sea presente, es decir, contemporánea al acto de defensa, ni anterior ni posterior, porque en el primer caso podría darse la agresión pero ya no sería actual, ni podría explicar ni justificar la razón misma de la reacción que implica repeler el ataque, la actualidad de la agresión excluye dos momentos el pasado y el futuro. Asimismo, el propio texto de la fracción IV, del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, plantea que la agresión pueda ser no sólo actual sino también inminente; por inminente el Diccionario de la Lengua Española, establece: "adj. Que está muy próximo a suceder."70, de

lo anterior validamente podemos establecer que por inminente según el texto que se estudia, significa que la agresión no se hubiera iniciado, pero que las características de ésta sean ya evidentes, es decir, próxima a suceder, por lo que quien reacciona a esa agresión, no le queda mas alternativa que actuar para evitarla.

En relación a estos elementos de la actualidad y lo inminente, la Suprema Corte de Justicia a dispuesto:

Legítima defensa: El ataque es actual cuando reviste caracteres de inminencia o dura todavía, de tal suerte que lo que importa para los efectos del derecho penal, es la amenaza creada por aquél, y no la actualidad de la lesión que sufre quien se defiende, o en otros términos, lo que caracteriza a la legítima defensa es que el rechazo de la agresión se realice mientras ésta persista, esto es, en tanto que pone en peligro la integridad corporal o la vida de quien se defiende y aún la de un tercero.

Jurisprudencia visible en Semanario Judicial de la Federación, 8a. época, del segundo tribunal colegiado del sexto circuito, amparo directo 464/93, Pedro Garista Garista, 21 de octubre de 1993, unanimidad de votos.

Legítima defensa, existencial de la. La reacción defensiva efectuada cuando ya se habían consumado el ataque y el peligro que se pretende la motivaron, no puede considerarse como legítima defensa ni exime de responsabilidad penal al agente activo del delito.

Semanario Judicial de la Federación, jurisprudencia bajo el número 193, sexta época, primera sala, tesis 1076, apéndice 1988, segunda parte, p. 1713.

Legítima defensa, existencia de la. Los actos ejecutados en contra del ofendido con posterioridad a la consumación de la agresión realizada por éste no puede ya estimarse como evitativos que justificasen legítima defensa, sino actos de represalia o venganza cuya ilegalidad impide que la responsabilidad penal se excluya por tal concepto.

Semanario Judicial de la Federación, jurisprudencia ubicada en la sexta época, primera sala, tesis 1077, apéndice 1988, segunda parte, p. 1715.

3).- *Sin derecho.* La agresión debe ser sin derecho, es decir, que sea contraria a las normas jurídicas, lo que resulta lógico, toda vez que si quien agrede, lo hace cumpliendo un deber a su cargo, naturalmente no incurre en acción ilícita.

En relación a la Defensa, tenemos que el texto de la fracción IV del artículo 15, del Código Penal para el Distrito Federal, se desprende que sus elementos son: que sea necesaria; sea racional; y que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata de su parte o de la persona a quien se defiende y que hubiera sido la causa que originó la agresión que se repele.

1).- *Necesidad de la defensa.* La legítima defensa se explica, en efecto como la necesidad de responder a una agresión para salvaguardar bienes jurídicos; es exigencia, en consecuencia, que se de esta necesidad de la defensa empleada, es decir, que quien actúe no tenga más alternativa que reaccionar como lo hace, a fin de salvaguardar sus derechos. En relación a este elemento "La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que "se entiende por legítima defensa, la que es necesaria para rechazar un ataque antijurídico, actual, dirigido al que se defiende o contra un tercero. Es decir, que la situación fundamentadora de la legítima defensa se caracteriza por el ataque actual y antijurídico. *Semanario Judicial de la Federación, CXIX, p. 2128.*"⁷¹

2).- *Racionalidad en la defensa respecto a la amenaza.* Es indispensable que exista además de la necesidad en la defensa, una cierta racionalidad en la defensa en relación a la agresión del agente, es decir, una proporcionalidad entre la reacción que implica la defensa, con las características de la agresión sufrida. Por tanto, la necesidad de la defensa debe estar complementada con la racionalidad del medio empleado, en virtud, de que debe existir un equilibrio entre la necesidad de la defensa y la racionalidad de la misma, o en otra palabras debe existir una proporción entre la necesidad de la defensa y el medio empleado en la misma. En este sentido Porte Petit, afirma: "...debemos advertir que para estructurar correctamente a la legítima defensa, hay que considerar como se expresa en la doctrina- que "lo importante en esta materia, es conectar la necesidad y la proporción de la defensa, a la entidad del bien jurídico amenazado, de modo que guardadas dichas necesidad y proporción, no debe de haber inconveniente en amparar legítimamente todos los derechos, tanto los de mayor rango como los de naturaleza ideal o puramente instrumental."⁷²

3).- *No medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a*

71.- PORTE PETIT CANOAUADAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Op. cit. páq. 394.

72.- *Ibidem*, págs. 410 y 411.

quien se defiende y que hubiera sido la causa que originó la agresión que se repele.

La fracción IV del artículo 15, del Código Penal para el Distrito Federal, exige para la existencia de la legítima defensa que no medie *provocación dolosa suficiente* por parte de quien se defiende, es decir, es necesario que quien lleva a cabo la defensa no haya provocado la agresión contra la cual reacciona. Asimismo señala que la *provocación sea inmediata*, con lo que se presupone que esa provocación del agredido o de la persona a que se defiende, debe ser anterior a la agresión, y además que esa provocación sea la causa que origine la agresión por parte del agente; Por lo que la persona quien repele la agresión o a la que defiende, obra bajo estas circunstancias, tiene como consecuencia la inexistencia de la legítima defensa. Así lo ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente jurisprudencia: "*Si el quejoso se colocó en una actitud de provocación, de allí sólo cabe concluir que con ello se colocó fuera de la ley y, en consecuencia, infundadamente pretende que puede operar en su favor la excluyente de legítima defensa, la cual puede proteger a quien por actos propios se ha constituido en un estado contrario a derecho. Semanario Judicial de la Federación, CX, p. 1065.*"73

Por último cabe señalar que los bienes jurídicos sujetos de protección por la legítima defensa, son todos, y pueden ser tanto propios como ajenos, así lo señala la fracción IV del artículo 15, del Código Penal para el Distrito Federal, cuando ordena "...en protección de bienes jurídicos propios o ajenos..."; Es importante también mencionar que si bien todos los bienes jurídicos son sujetos de protección de la legítima defensa, sin embargo, no hay que pasar por alto que en relación del bien jurídico amenazado por el agresor, debe existir en la conducta que despliega el agredido una conexión con la necesidad y proporcionalidad de la defensa, pues si no la hay, entonces estaremos ante un caso de exceso en la legítima defensa, la cual genera responsabilidad del delito culposo, como lo señala el artículo 16 del Código Penal para el Distrito Federal, al establecer "*Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V, VI del artículo 15, se le impondrá la pena del delito culposo.*", empero si no se da esta particularidad y se han a corroborado con todos los medios de prueba que se han aportado, tanto por el Ministerio Público en la averiguación previa, o las que

aporte la defensa en esa averiguación o en la ampliación del término constitucional, que el agente actúe en legítima defensa, entonces el Juez que vaya a resolver sobre la situación jurídica del agredido, en el término constitucional de las 72 horas, o su duplicidad, deberá emitir auto de libertad absoluta, por no ser la conducta que desplegó el agente, antijurídica y por ende origina la inexistencia del delito. Sostienen nuestro criterio la siguientes tesis jurisprudenciales:

"Es cierto que la excluyente de la legítima defensa puede ser estimada a través del auto de prisión preventiva; pero para ello, es necesario que tal eximente se compruebe con nitidez absoluta, o lo que es lo mismo, por algún medio de convicción que plenamente obligue a admitirla, pues en caso contrario, debe reservarse su estudio para cuando se falle el proceso en definitiva; momento en el cual el juzgador dispone de un mayor acopio de elementos demostrativos para decidir el caso justiciable. (Informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 1944, pp. 54-55). No es exacto en términos absolutos, que corresponda exclusivamente al juez de la causa apreciar la eximente de responsabilidad que asista al acusado, hasta después de concluida la instrucción, porque excepcionalmente pueden presentarse ocasiones en que, dentro del término constitucional señalado para determinar la prisión preventiva o la excarcelación del acusado, se demuestre mediante prueba plena, de manera fehaciente, la existencia de dicha eximente, y en estas condiciones, se incurriría en una verdadera injusticia admitiendo la tesis contraria, esto es, que haya que esperarse hasta la sentencia definitiva para establecer la procedencia de la excepción, con lo cual se irrogarían molestias y perjuicios al inculpaado. Sin embargo, este criterio se apoya en la existencia de pruebas que sin género de duda establezcan la excepción en favor del encausado, pues surgiendo cualquiera incertidumbre, el juzgador no incurre en irregularidad alguna, posponiendo el análisis de la eximente para cuando se disponga de mejores datos probatorios, esto es, una vez que redondeada la instrucción, se halle el proceso en estado de fallarse en definitiva. (Informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 1942, p. 72). La Suprema Corte de Justicia ha sustentado el criterio de que dentro del término constitucional de la detención de un acusado, sólo pueda admitirse la existencia de alguna excluyente de responsabilidad penal, cuando prácticamente, dentro del propio término, haya quedado agotada la averiguación, y de las pruebas aportadas se desprende con nitidez que en realidad se destaque tal excluyente, pero esto no puede fundarse

sólo en la confesión del acusado. (Semanao Judicial de la Federación, LXXXI, p. 6306, 5ª época).⁷⁴

b). Estado de Necesidad Justificante, comprendido en la fracción V del artículo 15, del Código Penal del Distrito Federal, que manda:

"V Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo."

A esta fracción se le conoce como estado de necesidad; En relación al estado de necesidad se conocen primordialmente dos teorías: la teoría de la unificación, en el cual el estado de necesidad opera respecto de todo tipo de bienes jurídicos, siempre que sean de igual o menor jerarquía; y la teoría de la diferenciación, que estima que si se afectan bienes jurídicos de menor jerarquía, estaremos frente una causa de justificación que elimina la antijuridicidad (estado de necesidad justificante), en tanto que si afecta bienes jurídicos que son de igual o superior jerarquía, entonces su análisis debe hacerse como causa de inculpabilidad dentro de las causas que originan la no exigibilidad de otra conducta y no como justificante (estado de necesidad exculpante). Consideramos, desde nuestro punto de vista, que debe aceptarse ésta última teoría que reconoce la diferenciación que existe entre el estado de necesidad justificante, que afecta bienes de menor jerarquía para salvaguarda de bienes de mayor jerarquía, respecto del estado de necesidad exculpante que deriva de la afectación de bienes que son de igual y aun de superior jerarquía. En este apartado únicamente estudiaremos el estado de necesidad justificante, por ser una de las causas que eliminan la antijuridicidad.

Así tenemos que para la existencia del estado de necesidad justificante, se requieren dos acciones: a) la existencia de un peligro; y b) la lesión de un bien jurídico de menor jerarquía, ante la posibilidad de peligro para otro bien jurídico de mayor jerarquía.

En relación al peligro el Diccionario de la Lengua Española, establece "*Peligro s. m. Situación en la que es posible que ocurra algún mal.*"⁷⁵. Por lo tanto el peligro que establece esta fracción debe entenderse

74.- *Ibidem*, págs. 417 y 418.

75.- Larousse. Diccionario de la lengua Española. Op. cit., pag. 499.

como el posible mal a un bien jurídico, o como señala Porte Petit, "El peligro, consiste en una probabilidad de daño." 76 Este peligro puede provenir de un tercero, de la naturaleza o de los animales. Además el peligro a que se refiere el estado de necesidad justificante, debe ser 1).- real; 2).- actual o inminente; y, 3).- no debe de ser ocasionado dolosamente por el agente.

1).- *Real*. En relación a este elemento, al tratar la legítima defensa, establecimos que era aquello que es auténtico, cierto, no imaginario; por tanto, si no tiene realidad el peligro, el sujeto no puede ampararse en el estado de necesidad.

2).- *Actual o inminente*. En relación a este elemento también dejamos asentado, que actual significaba lo presente y no pasado ni futuro, y que inminente implicaba aquello que está próximo a suceder, por lo tanto el peligro que establece el estado de necesidad, debe ser presente o que esté próximo a suceder.

3).- "*no ocasionado dolosamente por el agente.*" También requiere el estado de necesidad justificante que el peligro no lo hubiere ocasionado dolosamente el agente, es decir, que no haya creado el peligro de manera intencional el sujeto, ya que de haberlo creado no existirá el estado de necesidad justificante.

En relación al requisito de que se lesione un bien jurídico de menor jerarquía, ante la posibilidad del peligro para otro bien jurídico de mayor jerarquía, tenemos como primer elemento:

1).- *La necesidad*. En relación a este requisito tenemos que la necesidad debe ser tendiente a impedir que se materialice el peligro en el bien jurídico salvaguardado, lesionando otro bien jurídico de menor valía que el salvaguardado, y siempre que el medio empleado sea el más práctico y menos perjudicial; pero además la necesidad debe ir conectada a la inevitabilidad del peligro, ya que si existe posibilidad de evitar el peligro, es indudable, que, de no hacerlo el sujeto, no puede acogerse al estado de necesidad.

2).- *que no tuviere el deber jurídico de afrontar.*

En relación a este requisito, se requiere que el titular del bien jurídico que se va a salvaguardar, sea

76.- PORTE PETIT CANDAUOAP, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Decimo Quinta edición, porrua, Mexico 1973, pag. 438.

quien lesione el bien jurídico de menor valía, e inclusive puede llevarse a cabo en favor de un tercero.

El estado de necesidad, al igual que la legítima defensa, si se llevo a cabo en exceso, de acuerdo con el artículo 16 del Código Penal para el Distrito Federal, generara la responsabilidad del delito culposo, pero si se llevo a cabo con todos los requisitos que implica el estado de necesidad justificante, entonces estaremos ante la inexistencia de un delito, por no ser antijurídica la conducta desplegada por el sujeto, y como consecuencia tiene, que la persona que obra bajo esa circunstancia, y el juez que conozca de su situación jurídica en el término constitucional de las 72 horas o su duplicidad, deberá decretarle auto de libertad absoluta.

c). **Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, contenidos en la fracción VI del artículo 15, del Código Penal para el Distrito Federal, que establece:**

"VI La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que éste último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;".

Del anterior texto, se desprenden otras dos causas de justificación, estas figuras son el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.

En relación a estas excluyentes del delito la Suprema Corte de Justicia a establecido que para que operen, es necesario que ese derecho o ese deber, se encuentren establecidos en un ordenamiento jurídico positivo, como se desprende del siguiente criterio jurisprudencial.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO, NATURALEZA DE LAS EXCLUYENTES DE. Para que la causa de todo un deber o el ejercicio de un derecho produzca sus efectos excluyentes de responsabilidad penal, es necesario que los deberes y derechos estén consignados en la ley."

Semanario Judicial de la Federación, jurisprudencia visible en la sexta época, primera sala, tesis 571, apéndice 1988, segunda parte, p. 980.

1).- Cumplimiento de un deber.

Ahora bien, en relación al cumplimiento de un deber, tenemos, que para que opere esta justificante,

la conducta desplegada por el agente, como señalamos en líneas anteriores, debe estar contenida en una norma, es decir, la conducta que el agente debe cumplir debe ser ordenada por la norma, pero además el agente debe tener una calidad específica, esto es, tiene que ser un servidor público o bien tener calidad específica de garante; en este sentido Rainieri nos dice, que *"hay cumplimiento de un deber, cuando alguien debe comportarse como se comporta, porque una norma jurídica o una orden obligatoria de la autoridad pública se lo impone, sea por razón de su oficio, sea por su situación subjetiva de subordinado."*⁷⁷; Y así tenemos el ejemplo que el maestro Malo Camacho nos señala, en el sentido de que *"...el artículo 302 del Código Penal prohíbe privar de la vida y, por otra parte, el Código Militar, ordena defender la seguridad externa del país frente a un enemigo exterior, obligando, incluso, en su caso, a disparar y matar al enemigo."*⁷⁸, aquí en este ejemplo, aparecen dos normas encontradas una que prohíbe matar y la otra ordenando matar en tales características. El orden jurídico, aquí, debe entenderse en el sentido de que sólo uno de éstos deberes puede subsistir; así, el militar que priva de la vida al enemigo, no comete una conducta típica de homicidio, en virtud de que el propio ordenamiento jurídico le imponía cumplir dicho deber.

2).- Ejercicio de un derecho.

Como señalamos anteriormente el ejercicio de un derecho, parte de la preexistencia de una norma jurídica que prohíbe u ordena una cierta conducta, pero a diferencia del cumplimiento de un deber, en el ejercicio de un derecho el agente que lo lleva a cabo puede serlo cualquier persona, pero siempre y cuando como se ha señalado este autorizada su conducta por la norma. Cabe señalar que el ejercicio de un derecho no solo se encuentra recogido en la ley penal, sino en todo el ordenamiento jurídico, y por ejemplo tenemos que el artículo 2669, del Código Civil para el Distrito Federal, establece que *"Lo equipajes de los pasajeros responde preferentemente del importe del hospedaje; a ese efecto, los dueños de los establecimientos donde se hospeden podrán retenerlos en prenda hasta que obtengan el pago de lo adeudado."*, por lo que si el encargado de un hotel en caso de que una persona no pague el importe del hospedaje, podrá retener el equipaje de éste, sin que pueda ser acusado del delito de robo, acogiéndose al llamado derecho de retención, que *"...nos dice*

77.- RAINIERI, citado por PORTI PÉREZ CANABUAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Decimo Quinta edición, porrua, Mexico 1993, pág. 475.

78.- MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Op. cit. pag. 425.

*Rojina Villegas, es un "recurso creado por la ley, para garantizar al creador de un posible incumplimiento de las obligaciones por parte de su deudor, conservando determinadas cosas que obran en su poder y que están relacionados con dichas obligaciones."*79

Cabe señalar que tanto el cumplimiento de un deber como el ejercicio de un derecho, no deben llevarse a cabo con el propósito de perjudicar a otro, ya que si acredita que el agente actúa con la sola intención de dañar a otra persona, entonces ya no se pueden invocar dichas justificantes.

Por último, es de destacar que si el agente se excede en las hipótesis de el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, genera la responsabilidad del delito culposo, ello en términos del artículo 16 del Código Penal para el Distrito Federal, empero si dichas figuras se llevaron a cabo por el agente sin excesos, entonces dará origen a que el Juez que conozca de su situación jurídica, dentro del plazo constitucional de las 72 horas o su duplicidad, pronuncie auto de libertad absoluta, en virtud, de que al sujeto al haber llevado a cabo su conducta obrando en cualquiera de estas dos hipótesis, dará origen a la inexistencia del delito, toda vez, que su conducta se encuentra amparada en un derecho consignado en la ley, y por lo tanto su conducta no puede ser antijurídica.

C).- CAUSAS QUE EXCLUYEN LA CULPABILIDAD.

Culpabilidad, como se señaló en el capítulo III, es el reproche hecho a una persona por haber realizado una conducta típica y antijurídica, y cuyos elementos son:

- 1) La imputabilidad;
- 2) La conciencia de la antijuridicidad; y,
- 3) La exigibilidad de otra conducta.

Anteriores elementos que como también señalamos, dan contenido a la culpabilidad; Sin embargo, de no colmarse éstos dan origen a las causas de inculpabilidad, y por ende a la inexistencia del delito. Causas que serán motivo de estudio en los subsecuentes tópicos, y las cuales, son:

a) La inimputabilidad (que impide la imputabilidad);

79.- ROJINA VILLEGAS, citado por PORTE PEIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Decimo Quinta edición, porrua, Mexico 1993, pag. 466.

b) La inexigibilidad de la conciencia de la antijuridicidad, determinada por el error de prohibición; y.

c) La no exigibilidad de la conducta.

a). Inimputabilidad, incluida en la fracción VII del artículo 15, del Código Penal para el Distrito Federal, que establece:

"VII Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo a esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69-Bis de este Código."

Como señalamos en el Capítulo III, del presente trabajo para acreditar la imputabilidad, era necesario que el sujeto tuviera la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y, además, la capacidad de conducirse de acuerdo con esa comprensión; pues bien para que 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. Por lo tanto la imputabilidad implica límites de insuficiente desarrollo biológico y de las características psicológicas de las personas.

a) Dentro de los ámbitos de insuficiente desarrollo biológico, se tiene que el sujeto debe ser mayor de 18 años, por lo que si una persona que comete una conducta delictuosa, es menor de esta edad no podrá ser culpable penalmente, y por ende da origen a la inexistencia del delito, supuesto en el cual desde nuestro punto de vista al menor que fuera consignado por el Ministerio Público, y el Juez que conociera de su situación jurídica, debería decretar en el término constitucional de las 72 horas o su duplicidad, su libertad absoluta; Aquí cabe señalar que si bien el menor no resulta ser culpable penalmente, sin embargo, se le sigue un procedimiento especial contenido en la "Ley de Menores Infractores", dando origen a una "responsabilidad social", y a la imposición de una de las medidas de

orientación, de protección y de tratamiento externo o interno, contenidas en el Título Quinto de la mencionada "Ley de Menores Infractores".

b) Ahora bien, dentro de las características psicológicas de las personas, tenemos que el sujeto además de tener 18 años de edad, no debe padecer perturbaciones psíquicas, es decir, que no padezca trastorno mental o desarrollo intelectual retardado. El maestro Gustavo Malo Camacho, señala una clasificación de diversas enfermedades mentales o situaciones de insuficiente desarrollo de las facultades mentales, susceptibles de originar causas de inimputabilidad, las cuales son las siguientes:

1. Trastornos metales orgánicos;
 - Demencia involutiva;
 - Reacción orgánico cerebral aguda "delirio".
2. Trastornos producidos por las drogas.
3. Trastornos mentales orgánicos e inorgánicos (deficiencia y retardo mental generalmente orgánicos o por ambiente poco apto).
4. Epilepsia sistemática (orgánica esencial);
5. Trastornos de personalidad;
 - Orgánicos (algunos)
 - De carácter social (la mayoría);
6. Esquizofrenia paranoide;
7. Trastornos sexuales (orgánicos y sociales);
8. Trastornos funcionales;
 - Esquizofrenias (pensamiento, afectividad y conducta);
 - Enfermedades afectivas;
 - Manías depresivas;
 - Estados paranoicos;
 - Neurosis (en discusión). "80

En estas características psicológicas de las personas, tenemos que el sujeto aunque siendo mayor de 18 años, no podrá ser culpable penalmente, y por ende da origen a la inexistencia del delito, supuesto en el cual se le debe decretar desde nuestro punto de vista al agente que en estas circunstancias actúa, y que fuera consignado por el Ministerio Público, y el Juez que conociera de su situación jurídica, deberá decretar en el término constitucional de las 72 horas o su duplicidad, su libertad absoluta; lo cual en la praxis no ocurre, en virtud de que a ese sujeto se le sigue un procedimiento especial contenido en el Código Penal del Distrito Federal, Libro Primero, Título Tercero, Capítulo V, denominado "TRATAMIENTO DE INIMPUTABLES Y

DE QUIENES TENGAN EL HABITO O LA NECESIDAD DE CONSUMIR ESTUPEFACIENTES O PSICOTROPICOS, EN INTERNAMIENTO O LIBERTAD", que abarca los artículos 67 a 69 Bis, dando origen a una "responsabilidad social", y a la imposición de una "medida de seguridad".

En relación a las características psicológicas de las personas, cabe señalar, que la última parte del primer párrafo, de la fracción VII, del artículo y Ordenamiento que se comenta, establece "...a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.", se refiere a la figura de las acciones libres en su causa, originadas dolosa o culposamente por el agente, y que no los exime de responsabilidad en el delito.

Por último establece el párrafo segundo de la fracción VII del artículo 15, en relación al 69 Bis, ambos numerales del Código Penal para el Distrito Federal, que si el sujeto al momento en que llevo a cabo la conducta delictuosa, tenía su capacidad de autodeterminación considerablemente disminuida, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o bien de la medida de seguridad, o bien ambas en caso de ser necesaria. En relación a la capacidad de autodeterminación disminuida el maestro Malo Camacho, señala: "Es el caso en que la ley recoge situaciones de miseria o condiciones específicas derivadas de las etnias, para ser tomadas en consideración al momento de cometer el juicio de reproche; es el caso que en México la ley penal recoge en lo dispuesto en el artículo 69 bis, en relación con lo dispuesto en la fracción III, del artículo 15, del mismo ordenamiento que establece las bases para considerar la imputabilidad disminuida y semi-imputabilidad." 81

b) La inexigibilidad de la conciencia de la antijuridicidad, determinada por el error de prohibición, comprendida en la fracción VIII, inciso b), del Código Penal para el Distrito Federal.

Como señalamos anteriormente el segundo aspecto de la culpabilidad, es la posibilidad de exigir al sujeto la conciencia de la antijuridicidad, o por lo menos la posibilidad de conocer que su conducta es contraria a derecho, por lo que si la conciencia de la antijuridicidad es un requisito indispensable para conformar la culpabilidad del sujeto y poder afirmar el juicio de reproche que ésta implica, entonces sino se

tiene la conciencia de lo antijurídico, es decir, el sujeto si no tiene conocimiento de que su conducta es antijurídica, no se le podrá reprochar su conducta; Dicho desconocimiento se ha denominado error de prohibición, contenido en la fracción VIII, inciso b), del artículo 15, del Código Penal para el Distrito Federal, que señala:

"VIII Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:...

b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código:"

El error de prohibición recae, como se ha señalado, sobre el conocimiento de la antijuridicidad, y abarca, según el anterior texto, diferentes modalidades: a) derivadas del desconocimiento de la ley, denominado error de prohibición directo; y, b) derivadas de la falsa creencia de la existencia de una causa de justificación, denominado error de prohibición indirecto.

a) El error de prohibición directo, es aquel derivado del desconocimiento de la ley, se clarifica cuando recae sobre la licitud de la conducta a consecuencia del desconocimiento de la prohibición del tipo penal.

b) El error de prohibición indirecto, existe cuando se obra en una falsa creencia de la existencia de una causa de justificación, y se presenta porque erróneamente estime el autor que esta su conducta justificada, es decir, es la creencia del autor de que esta actuando dentro de los extremos de una regla permisiva que origina la licitud o justificación jurídica de la conducta.

Ahora bien, en relación al error de prohibición también se distingue entre error de prohibición vencible (evitable) e invencible (inevitable); en caso de presentarse el primero genera la responsabilidad del delito culposo, en tanto que si se presenta el segundo si excluye la responsabilidad tanto dolosa como culposa, es decir, es una causa plena de inculpabilidad, que genera la inexistencia del delito, y por lo tanto si el Ministerio Público consigno a una persona que haya actuado en estas circunstancias, el Juez que conozca de su situación jurídica en el término constitucional de las 72 horas o su duplicidad, le

deberá decretar su absoluta e inmediata libertad, por no existir delito.

c) La no exigibilidad de la conducta, establecida en la fracción IX del artículo 15, del Código Penal para el Distrito Federal, que establece:

La exigibilidad de otra conducta distinta a la que realizó el sujeto, se presenta, cuando éste reúne la capacidad de culpabilidad, es decir, resulto ser imputable y tuvo la posibilidad de conocer la antijuridicidad del hecho, entonces el Estado exige y 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, sin embargo, hay ocasiones en que el agente lleva a cabo su conducta, en circunstancias tales en que no se le puede exigir una conducta diversa a la que realizó, lo que se conoce como la no exigibilidad de una conducta o inexigibilidad de una conducta, contenida en la fracción IX del artículo 15, del Código Penal para el Distrito Federal, que ordena:

"IX Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho;".

La no exigibilidad de una conducta diversa, se presenta en el estado de necesidad inculpante o exculpante que es aquel que deriva de la coacción; ejemplo, la persona que se ve en la necesidad de dejar morir al compañero en el naufragio, porque la bolsa no soporta a más personas de las que ya se intenta salvar. Como se observa, en estos casos la persona obra ante la situación de peligro que lo amenaza, y que es la que determina su actuar, de manera tal, que no es posible exigirle una conducta diversa de aquella conforme a la que actuó, dando origen a la inexistencia del delito, y por lo tanto la persona que haya obrado bajo estas circunstancias, y el Agente del Ministerio Público lo haya consignado, no hay razón para que el juzgador no decrete, cuando conozca de su situación jurídica en el término constitucional de las 72 horas o su ampliación, su absoluta libertad. Cabe mencionar que al estado de necesidad exculpante rigen los mismos requisitos que al estado de necesidad justificante, con la diferencia de que, en el primero existe equivalencia entre el bien jurídico protegido que se lesiona y el que se salva, en tanto que en el segundo se salva un bien jurídico de mayor jerarquía, afectando uno de menor jerarquía.

IV.4. Libertad absoluta.

Como señalamos al iniciar el presente capítulo, la resolución del auto de libertad absoluta, si puede ser decretada por el Juzgador, cuando éste resuelva la situación jurídica del agente, en el término constitucional de las 72 horas o su duplicidad, siempre y cuando el indiciado obre amparado en las causas de exclusión del delito o de extinción de la acción penal que hemos señalado, pues en el primer caso hay inexistencia del delito (haciendo la aclaración, y que como a quedado de manifiesto al haber analizado las causas de exclusión del delito, que no en todas estas hay inexistencia del delito, pues algunas generan la responsabilidad del delito culposos), en tanto que en el segundo supuesto, se elimina la facultad que tiene el Estado a través del Ministerio Público, para la persecución de los delitos. Por lo anterior es que propongo que se agregue al artículo 302, del Código Procesal Penal para el Distrito Federal, un segundo párrafo, en el que se señale:

"El auto de libertad absoluta se fundará, cuando exista en favor del indiciado una causa de exclusión del delito, o que este extinguida la acción penal; Contendrá los requisitos señalados en las fracciones I y VII del artículo 297 de este Código."

Con lo anterior estimo, se evitaría en lo posible la terrible injusticia en que se deja al gobernado, de que el Juzgador no tenga en donde fundarse para decretarle su libertad absoluta, cuando de la averiguación previa o de la duplicidad del término constitucional, se han agotado todas las pruebas, y estas acreditan una de las causas de exclusión del delito, o que este extinguida la acción penal, por lo que resultaría ilógico y además injusto que el Juzgador decretara su libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley, dejando la posibilidad de que siguiera actuando el Agente del Ministerio Público, con la terrible amenaza que de un momento a otro volviera a actualizar su pliego consignatorio y solicitara al Organismo Jurisdiccional la orden de aprehensión o comparecencia, según sea el caso.

No pasa por inadvertido para nosotros, que en relación a las causas de exclusión del delito se haya señalado en la doctrina que las mismas son materia de estudio de la sentencia, por ser ese estadio procedimental, en el que se han desahogado todas las pruebas, sin embargo, el anterior argumento se derrumba, si tomamos en cuenta que el artículo 17 del Código Penal para el Distrito Federal, estipula:

"Las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento."

Analizando lo anterior tenemos que el juzgador, tiene la obligación de estudiar de oficio si opera o no a favor del indiciado cualquier causa de exclusión del delito en la etapa procedimental en que se encuentre, es decir, que las causales que excluyen el delito previstas en el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, deberán ser estudiadas y aplicadas de manera oficiosa por parte del Juzgador, en el término constitucional de las 72 horas o su duplicidad, por ser esta parte del procedimiento, e incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que dichas causas pueden ser materia de estudio desde el momento de la detención del sujeto, como se desprende del siguiente criterio jurisprudencial, el cual reza:

AUTO DE FORMAL PRISION. EN EL PUEDEN ESTUDIARSE LAS EXCULPANTES.

Las autoridades judiciales tienen facultad para declarar la procedencia de las eximentes de responsabilidad en cualquier estado del juicio, inclusive antes del auto de detención; pero para ello es preciso que se justifiquen en forma plena e indiscutible.

Quinta Epoca:

Amparo en revisión 1454/38. Gutierréz Isidoro. 9 de junio de 1938. Mayoría de tres votos.

Amparo en revisión 2132/38. Mazón Soto Jesús. 3 de agosto de 1938. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo en revisión 2303/39. Trujillo Gregorio. 14 de julio de 1939. Cinco votos.

Amparo en revisión 7027/42. Tenquedo Inés. 4 de diciembre de 1942. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo en revisión 7701/42. Cornejo de Méndez María Guadalupe. 4 de diciembre de 1942. Unanimidad de cuatro votos.

Primera Sala, tesis 285, Apéndice 1988, Segunda Parte, pág. 503.

De tal suerte que si en el estadio procedimental del término constitucional de las 72 horas o su ampliación ha quedado debidamente constatado de manera plena e indubitable una causa de exclusión del delito, es decir, la inexistencia de un ilícito, no existe obstáculo alguno por el cual no deba decretarse al indiciado su libertad absoluta, como se desprende de la siguiente tesis jurisprudencial, que reza:

EXCLOYENTES DEBEN PROBARSE PLENAMENTE. Las excluyentes de responsabilidad criminal deben comprobarse

plenamente para que el juzgado pueda otorgarles el valor absolutorio que legalmente les corresponde.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

amparo directo 413/88. Pedro Galán Tlatelpa. 21 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Martín Amador Barra.

amparo directo 55/90. José Francisco Ramos García. 10 de marzo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Roberto Javier Sánchez Rosas.

amparo directo 304/90. Guadalupe Lorenzo Bretón. 30 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Roberto Javier Sánchez Rosas.

amparo directo 267/91. Pedro Sánchez Pastrana. 8 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Gerardo Ramos Córdova. Secretario: Paulina Negreros Castillo.

amparo directo 511/91. Juan Hernández Morales. 30 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Martín Amador Barra.

APENDICE. GACETA DEL SEMANARIO JUDICIAL. No. 53. MAYO 1992. PAG. 57.

De todo lo anterior podemos colegir que las causas de exclusión del delito si deben ser estudiadas de oficio por el juzgado en la etapa procedimental del auto de término constitucional o su duplicidad, siempre y cuando las mismas estén plenamente acreditadas, lo que generara la libertad absoluta del indiciado, fundándose para ello en la reforma que propusimos en líneas anteriores, y quien debe decretarla lo es el Jefe Penal, pues es esta autoridad jurisdiccional, que de acuerdo con el artículo 21 de nuestra Constitución Federal y 10 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la única facultada para determinar la existencia o inexistencia del delito.

Por último cabe señalar, que si bien es verdad que hemos señalado que la libertad absoluta se deberá decretar, cuando exista una causa de exclusión del delito, y que también hemos manifestado que no todas las causas de exclusión del delito dan origen a la inexistencia del delito, originando algunas la responsabilidad del delito culposo, sin embargo esto de ninguna manera puede tomarse como una contradicción, en virtud, que el propio artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, señala cuales son los supuestos en que no se origina la inexistencia del delito. Por lo que reiteramos una vez mas en el término constitucional de las 72 horas o su duplicidad si se puede decretar la libertad absoluta del indiciado.

C O N C L U S I O N E S .

1).- La denuncia y la querrela constituyen la llamada "notitia criminis", así como también constituyen requisitos de procedibilidad, pues son condiciones que establece el artículo 16 de nuestra Constitución Federal, sin cuyo cumplimiento, no puede iniciarse la averiguación previa. La denuncia es la forma usual por lo que llega a conocimiento del Ministerio Público, la existencia de un hecho posiblemente delictivo, cuya investigación por parte de esta autoridad administrativa se vuelve obligatoria; en tanto que la querrela, es la potestad que tiene el ofendido o su representante legítimo de acudir ante el Agente del Ministerio Público, para hacer de su conocimiento una narración de hechos presumiblemente delictivos, con el fin de que se castigue al autor de los mismos.

2).- La "determinación de archivo", debe tener efectos definitivos y no provisionales como señala la Suprema Corte de Justicia, en virtud, que deja la posibilidad de que el Agente del Ministerio Público siga actuando, y que de nada valdría que de las pruebas que se recabaron durante el procedimiento penal de averiguación, haya quedado acreditado una causa de exclusión del delito, o se encuentre extinguida la acción penal.

3).- El período preinstructorio es un procedimiento autónomo al de la instrucción, con requisitos y objeto distinto; semejante en forma, ya que intervienen las mismas partes (juez, ministerio público y defensa), pero con esencia diferente, pues su objeto primordial no es el de sujetar a proceso a una persona, sino el determinarle su situación jurídica, eso si sujetándola a proceso o en su defecto decretándole su libertad. Por ello considero que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, así como hace una diferenciación de la averiguación previa de la instrucción, así también debe hacer una diferenciación con el período preinstructorio, ya que si bien del examen global del Ordenamiento citado, se llega a la conclusión de que en el mismo se distingue dicho procedimiento preinstructorio, sin embargo, al incluirlo en otras etapas, lo supedita y por lo tanto le niega autonomía, por lo que lo razonable sería, como se ha señalado hiciera una diferenciación con el

período preinstructorio, o por lo menos hubiese un artículo que señalara estos periodos del procedimiento.

4).- El plazo que señala el párrafo segundo del artículo 297, del Código Procesal Penal para el Distrito Federal, respecto a la ampliación del término constitucional de 72 horas a 144 horas, en la práctica resulta ser insuficiente para que el indiciado aporte las pruebas ofrecidas para desvirtuar el delito que se le imputa y alcance su libertad, por lo que es menester que se amplíe el término constitucional, para el efecto de que el probable responsable aporte y desahogue pruebas para que el Juez resuelva su situación jurídica, de 72 horas a 10 diez días, y con ello evitarse una prolongada prisión preventiva que conlleva un proceso, por lo cual propongo reformar el artículo 19 de nuestra Constitución Federal, así como el artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para insertar este plazo que señalo.

5).- El texto del artículo 19 de la Constitución Federal, así como el artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, utilizan la expresión "*auto de formal prisión*"; Expresión con lo cual no estamos de acuerdo, toda vez que la prisión no es el objeto principal de este tipo de resolución, sino el fincarle proceso a una persona, es decir, tanto el texto constitucional como el legal, le dan a esta determinación judicial el nombre de lo accesorio (prisión) cuando le deberían dar el nombre de lo principal (procesamiento), sin considerar por parte del legislativo federal y local, que la finalidad de esta resolución es precisamente el fincarle proceso a una persona y no la prisión, en virtud de que ésta sólo se aplica como una medida preventiva, pues sólo se impone para el efecto de que el indiciado no se sustraiga a la acción de la justicia y este presente durante todo el proceso, por lo que estimo que se debería de cambiar de nuestra Constitución Federal como de la Ley Adjetiva Penal, la expresión "*auto de formal prisión*" por el de "*auto de formal procesamiento con restricción de la libertad*".

6).- Del texto del párrafo tercero del artículo 19 de nuestra Constitución Federal, así como el artículo 304 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se desprende otra determinación con la que se termina el período preinstructorio, y que a saber es el "*auto de sujeción a proceso*", al cual nosotros denominaríamos "*auto de sujeción a proceso sin*

restricción de la libertad", en virtud de que si bien el objeto en este tipo de determinación, es fincarle proceso a una persona, pero en este caso no es aplicable la prisión preventiva como medida cautelar, pues en este sentido el artículo 18 de nuestra Carta Magna, únicamente señala que se aplica la prisión como medida preventiva, para los delitos que se sancionan con pena corporal, por lo que también propondríamos que se reformara el artículo 19 de nuestra Constitución Federal, en su párrafo tercero así como el artículo 304 bis del Código Procesal Penal para el Distrito Federal, para insertar la expresión que proponemos.

7).- La aplicación del artículo 36 del Código Procesal Penal para el Distrito Federal, deja al indiciado en desventaja jurídica por no tener artículo alguno para invocar el sobreseimiento del delito que se le imputa, y por otro lado al Ministerio Público le otorga un plazo muy amplio para llevar a cabo su investigación, teniendo como límites los plazos de la prescripción, por lo cual proponemos que se reforme el artículo 36, del Ordenamiento citado, por el texto anterior a las reformas del 17 de septiembre de 1999, que señalaba *"Cuando se haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia, o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, si no se aportan por el ofendido o por el Ministerio Público pruebas dentro de los sesenta días a partir del siguiente en que se les haya notificado estas resoluciones, o su desahogo, no son suficientes para librar las ordenes referidas, se sobreseerá la causa."*, disposición que desde mi perspectiva daba mayor equilibrio entre las partes, en virtud de que si el ofendido o el Ministerio Público no aportaban nuevas pruebas dentro del periodo perentorio de los 60 días a su notificación para subsanar las deficiencias que tuviera la consignación anteriormente hecha, se sobreseía la causa, y con ello alcanzaba los efectos de una sentencia absolutoria, con lo cual se daba mayor certeza a las resoluciones, en virtud de que el Ministerio Público no habría de estar a los límites de la prescripción, por haber quedado firme la resolución.

8).- Los jueces penales en el Distrito Federal, cuando una persona no esta detenida en virtud de que el delito tiene señalada pena alternativa o no privativa de libertad, acostumbran dictar *"auto de libertad por falta de elementos para procesar"*, fundándose en el artículo 302 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de no haber otro dispositivo en ese ordenamiento que haga mención alguna al respecto, lo que consideramos francamente impropio,

pues no cabe poner en libertad a quien no esta privada de ella, por lo que lo acertado aqui seria hablar de un auto de no sujeción a proceso, por lo anterior es que estimo que debería reformarse el artículo 302 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el que se insertará el auto que proponemos.

9).- La resolución del auto de libertad absoluta, puede ser decretada por el Juzgador, cuando éste resuelva la situación jurídica del indiciado, en el término constitucional de las 72 horas o su duplicidad, siempre y cuando el indiciado obre amparado en las causas de exclusión del delito o de extinción de la acción penal, pues en el primer caso hay inexistencia del delito, en tanto que en el segundo supuesto, se elimina la facultad que tiene el Estado a través del Ministerio Público, para la persecución de los delitos. Por lo anterior es que propongo que se agregue al artículo 302, del Código Procesal Penal para el Distrito Federal, un segundo párrafo, en el que se señale:

"El auto de libertad absoluta se fundará, cuando exista en favor del indiciado una causa de exclusión del delito, o que esté extinguida la acción penal; Contendrá los requisitos señalados en las fracciones I y VII del artículo 297 de éste Código."

10).- El auto de libertad absoluta debe decretarla el Juez Penal, pues es esta autoridad jurisdiccional, que de acuerdo con el artículo 21 de nuestra Constitución Federal y 10 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la única autoridad facultada para determinar la existencia o inexistencia del delito.

B I B L I O G R A F I A .

1. ARILLA BAS, Fernando. Procedimiento Penal en México. Décima cuarta edición, kratos, México 1992, 520 pp.
2. BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Segunda edición, editorial hammurabi, Argentina 1987, 437 pp.
3. BARRITA LOPEZ, Fernando A. Prisión Preventiva y Ciencias Penales. Segunda edición, porrúa, 1992, 220 pp.
4. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales. Vigésimo segunda edición, porrúa, México 1989, 772 pp.
5. CASTELLANOS IENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Trigésima sexta edición, porrúa, México 1996, 363 pp.
6. COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Décimo séptima edición, porrúa, México 1998, 885 pp.
7. DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. Procedimiento Penal Mexicano. Segunda edición, porrúa, México 1996, 626 pp.
8. GARCIA RAMIREZ, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Porrúa, México 1985.
9. GARCIA RAMIREZ, Sergio. Proceso Penal y Derechos Humanos. Segunda edición, porrúa, México 1993, 410 pp.
10. GARCIA RAMIREZ, Sergio y Victoria ADATO DE IBARRA. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. Octava edición, porrúa, México 1999, 1085 pp.
11. GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. Primera edición, textos universitarios, México 1976, 328 pp.
12. GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Novena edición, porrúa, México 1988, 419 pp.
13. GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. "Parte General y Parte Especial"; Cuarta edición, porrúa, México 1997, 1027 pp.
14. HERNANDEZ LOPEZ, Aarón. Los Delitos de Querrela en el Fuero Común, Federal y Militar. Porrúa, México 1998, 531 pp.
15. HERNANDEZ PLIEGO, Julio A. Programa de Derecho Procesal Penal. Segunda edición, porrúa 1997, México 329 pp.
16. JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo I, Tercera edición, porrúa, México 1980, 497 pp.
17. LARA ESPINOZA, Saúl. Las Garantías Constitucionales en Materia Penal. segunda edición, porrúa, México 1999, 385 pp.
18. LUNA CASTRO, José Nieves. El Concepto de Tipo Penal en México. "Un estudio actual sobre repercusiones de su aplicación en la legislación nacional"; porrúa, México 1999, 237 pp.

19. MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Primera edición, porrúa, México 1997, 714 pp.
20. MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal. Octava edición, porrúa, México 1998, 292 pp.
21. OSORIO Y NIETO, César Augusto. La Averiguación Previa. Segunda edición, porrúa, México 1986.
22. PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para Juristas. Nayo ediciones, México 1981, 1439 pp.
23. PALLARES, Eduardo. Prontuario de Procedimientos Penales. Quinta edición, porrúa, México 1977, 233 pp.
24. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Décimo Quinta edición, porrúa, México 1993, 508 pp.
25. REYES ECHANDIA. Tipicidad. Sexta edición, themis, Colombia, 229 pp.
26. RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. Decimioctava edición, porrúa, México 1989, 403 pp.
27. SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Harla, México 1990, 826 pp.
28. VARGAS MENCHACA, José Manuel. Manual para la Elaboración de Teisis Profesionales. Primera edición, talleres de gráfica, creatividad y diseño, México 1993, 110 pp.
29. WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Décima segunda edición, editorial jurídica de Chile, Chile 1987, 403 pp.
30. ZAMORA-PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Sexta edición, porrúa, México 1993, 571 pp.

L E G I S L A C I O N .

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Prólogo, Revisión y Comentarios Dr. MIGUEL TORRELL NAVARRO, Sista, México 2000.

2. Código Penal para el Distrito Federal. Sista, Comentarios a las Reformas: Lic. EFRAIN GARCIA RAMIREZ. México 2000.

3. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Sista, México 2000.

4. Código Civil para el Distrito Federal. Sista, Prólogo, Compilación y Comentarios por el lic. GABINO REJO GUERRERO. México 2000.