



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN

“IMPERANTE NECESIDAD DE AMPLIAR EL TERMINO
ESTABLECIDO EN EL ART. 286 BIS PARRAFO SEXTO DEL
CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL
DISTRITO FEDERAL, CUANDO EXISTA DELITO GRAVE”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

CANDIDO VELAZQUEZ GUADARRAMA

ASESOR: LIC. EDUARDO TEPALT ALARCON

SAN JUAN DE ARAGON, ESTADO DE MÉXICO

2005



m. 348689



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.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: CANDIDO VELAZQUEZ
GUADALUPE

FECHA: 30 SEP 05

FIRMA: Candido Velazquez

AGRADECIMIENTOS

A DIOS

Cuando el apóstol pablo habló, refiriéndose a Dios menciono: de verdad os digo que hablo cosas verdaderas y sensatas. Por que dios es libertad, misericordia y amor por que a través de su energía, nacen estos valiosos sentimientos en el ser humano, si así se desea.

A ti dios que en todo momento has sido mi padre y a la ves mi amigo (gracias)

A MIS PADRES

Con todo mi amor. Para mi padre el señor AGUSTÍN VELÁZQUEZ QUIROZ (que en paz descanse) quien en un ayer me dijo que le echará muchas ganas, que en esta vida el que trabaja logra y se merece todo lo que se propone a uno mismo. Y a la señora MAGDALENA GUADARRAMA CURIEL que en la ausencia del padre es la que me escucha y me brinda un abrazo y las palabras en señal de apoyo. Deseó expresar mi agradecimiento nuevamente a Dios por haberme brindado unos padres como ustedes. (Papas los amos).

A MIS HERMANOS

A sí mismo agradezco su apoyo incondicional a todos hermanos(as) SILVIA, AGUSTIN, AURELIO, TEODORO (que en paz descansa LOLO donde quiera que tu te encuentres yo siento que estas presente y que me estas observando, AMALIA, GLORIA, BALBINA, ARMANDO, ALMA NANCY, ALMA NELLY. Hermanos(as) considérenme su amigo y siempre cuenten con mi apoyo y comprensión.

A MI HIJO

FRANCISCO AXEL VELÁZQUEZ RAMÍREZ y a F. FLOR RAMÍREZ MORALES con quienes he compartido los momentos maravillosos que he tenido yo en esta vida, y el cual es mi aliento para seguir adelante en mis objetivos como ser humano.

AL LICENCIADO

EDUARDO TEPALT ALARCÓN. Quien me oriento y motivo para terminar esta faceta tan importante en mi vida "LA TITILACIÓN" (gracias).

A UN AMIGO

JUAN CARLOS VAZQUEZ LÓPEZ. Solamente por el hecho de impulsar mi imaginación a una realidad y poder ver una virtud en las personas “la comprensión una virtud que tienes tú” (Gracias por ser así conmigo y considerarme por siempre tu amigo).

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Es mi deseo expresar un agradecimiento especial a mi querida facultad de estudios superiores Aragón por haberme abierto las puertas de principio a fin y nuevamente expreso mi orgullo por pertenecer a la misma

ÍNDICE

NOTA ACLARATORIA.....	6
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPITULO PRIMERO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.....	11
1.1 FUNDAMENTOS LEGALES.....	12
1.2 FORMALIDADES DE PROCEDIBILIDAD.....	15
1.2.1 LA DENUNCIA.....	15
1.2.2 LA QUERRELLA.....	19
1.3 EL CUERPO DEL DELITO.....	22
1.3.1 ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL CUERPO DEL DELITO.....	25
1.4 LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.....	26
CAPITULO SEGUNDO	
ASPECTOS GENERALES DE LA TEORÍA DEL DELITO.....	29
2.1 EL DELITO.....	35
2.2 ELEMENTOS FUNDAMENTALES DEL DELITO.....	36
2.2.1 ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO.....	36
2.2.2 ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO.....	60
2.3 DELITOS GRAVES Y NO GRAVES EN EL DISTRITO FEDERAL.....	69
CAPITULO TERCERO EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.....	71
3.1 CONSIGNACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.....	77
3.2 AUTO RADICACIÓN.....	78
3.2.1 EFECTOS DEL AUTO DE RADIACIÓN.....	81
3.2.2 RADICACIÓN CON DETENIDO Y SIN DETENIDO.....	82
3.3 DECLARACIÓN PREPARATORIA.....	84
3.3.1 TERMINO CONSTITUCIONAL.....	88
3.4 REQUISITOS PARA GIRAR LA ORDEN DE APREHENSIÓN.....	91

CAPITULO CUARTO

4. PROBLEMÁTICA EN EL PLAZO PARA RESOLVER LA ORDEN DE APREHENSIÓN EN EL DELITO GRAVE.....	95
4.1 PRECEDENTES REGULATORIOS DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN	98
4.2 PLIEGO DE CONSIGNACIÓN.....	109
4.3 OBSEQUIO DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN.....	111
4.4 CUMPLIMIENTO DEL PLAZO LEGAL SEÑALADO EN EL ARTICULO 286 BIS PÁRRAFO SEXTO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	123
4.5 MOTIVACIÓN	126
4.5.1 EXISTENCIA REAL, DE LA DIFICULTAD QUE TIENE EL JUEZ PARA GIRAR LA ORDEN DE APREHENSIÓN EN EL DELITO GRAVE.....	131
4.6 CONFRONTACIÓN DEL TERMINO DEL ART. 286 BIS PÁRRAFO SEXTO DEL C.P.P.D.F. CON LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN OTROS ESTADOS.	132
4.7 PROPUESTA.....	134
4.8 AMPLIAR EL PLAZO EN QUE SE GIRE LA ORDEN DE APREHENSIÓN EN EL DELITO GRAVE POR CONSIDERARLO INSUFICIENTE.....	135
4.9 CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN LA ORDEN DE APREHENSIÓN CUANDO NO SE REALIZA EN EL PLAZO SEÑALADO POR LA LEY.....	136
CONCLUSIONES	138
BIBLIOGRAFÍA	141
LEGISLACIÓN.....	143

NOTA ACLARATORIA

Se informa al consultante que en fecha 23 de junio del año 2003, se registro en la dirección de esta facultad este tema que lleva como titulo " IMPERANTE NECESIDAD DE AMPLIAR EL TERMINO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 286 BIS PARRAFO SEXTO DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL CUANDO EXISTA DELITO GRAVE ".

En ese tiempo en el año 2003 el artículo 286 bis párrafo sexto del mismo código establecía: tratándose de consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada, inmediatamente debe radicarse el asunto **y dentro de las 24 horas siguientes** la autoridad resolverá sobre el impedimento de la orden de aprehensión. Si el juez no resuelve oportunamente sobre estos puntos el Ministerio Público procederá en los términos previstos en el cuarto párrafo de este artículo.

Se hace la aclaración en virtud de que en el presente trabajo de tesis se propuso en ese tiempo que los jueces contaran **con un término de 5 días hábiles** para que se estuviera en mejores posibilidades de realizar un estudio pormenorizado de las constancias existentes, y así dictar una resolución con mejor apego a la ley, referente a girar o no la orden pribatoria de la libertad. Mismo término que debería comenzar a contar a partir del momento en que se haya acordado en el juzgado correspondiente la radicación del asunto. Sustituyendo **el de 24 horas que tenía el juez** y que establecía dicho artículo por considerarlos insuficientes para poder resolver las peticiones del representante social, de todo esto se propuso **el término de 5 días hábiles a partir del auto radicación del asunto.**

De igual manera y durante la realización del presente trabajo de tesis, dicho término es considerado de suma importancia por los legisladores y en efecto **dicho término que establecía 24 horas es modificado y reformado,** quedando actualmente de la siguiente manera:

Artículo 286 bis párrafo sexto. Tratándose de consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada inmediatamente debe radicarse el asunto y **dentro de los 6 días siguientes**, la autoridad resolverá sobre el pedimento de la orden de aprehensión, si el juez no resuelve oportunamente sobre estos puntos el Ministerio Público procederá en los términos previstos en el cuarto párrafo de este artículo. Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal con fecha del día 4 del mes de junio del año 2004.

INTRODUCCIÓN

A causa de la convivencia de los integrantes que conformamos una sociedad ha sido necesario regular nuestros actos para que se nos respeten nuestros derechos otorgados como tales.

Cuando se ven agredidos o violados estos derechos el estado a través del Ministerio Público como Institución representante de los intereses de la sociedad, será la encargada de defender, representar a aquellos que han sido afectados por motivo de la violación de las normas jurídicas establecidas.

Esta garantía de derecho se encuentra plasmada en nuestra Ley máxima que es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 16 párrafo segundo estableciendo que:

Uno de los actos que mas trascendencia tiene en nuestra sociedad, es sin duda alguna lo relativo a la orden de aprehensión, en virtud de que con ello se afecta a uno de los derechos fundamentales que tiene todo ser humano y que es su libertad física. Por ello, es que Muestra Carta Magna, ha puesto especial énfasis en este sentido, al ordenar, primeramente al Agente del Ministerio Público, y posteriormente a los Jueces en materia Penal, funden y motiven debidamente el pedimento al auto que resuelven la orden de aprehensión, respectivamente.

El artículo 286 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, concretamente el párrafo sexto, le otorga al Juzgador un término de veinticuatro horas para resolver sobre el pedimento de la orden de aprehensión en caso de delitos graves, previstos estos, en el artículo 268 párrafo quinto del Cuerpo de Leyes antes invocado. Término anterior que, como se podrá ver en el cuerpo del presente trabajo, resulta a todas luces insuficiente para que un Juez emita una resolución apegada a la legalidad, ya que como es de la opinión publica, la delincuencia que azota a la Capital del País y zonas conurbanas del Estado de

México, ha ido en aumento, originando con ello un excedente de trabajo en los diferentes Juzgados Penales, por lo tanto los titulares de los mismos deben contar con un término mayor, para resolver tales situaciones.

Lo anterior es, en general, la finalidad que se busca con el presente trabajo, y que es, como ya se dijo, que se amplié el término con que actualmente cuentan los titulares de los Órganos Jurisdiccionales, para resolver sobre los pedimentos de las órdenes de aprehensión considerados por la ley como delitos graves.

Ante ello, se pone a consideración el presente trabajo, esperando sea de interés y de utilidad.

En este sentido en el Primer Capítulo exponemos el tema de Averiguación Previa se considera como la fase pre-procesal que tiene por objeto investigar una conducta que es o puede ser delictiva, realizando todas aquellas diligencias necesarias para acreditar en su caso los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, para poder resolver por el ejercicio de la acción penal o la abstención de esta.

En el Segundo Capítulo se consideran los aspectos generales de la teoría del Delito y exponemos que el delito es el acto típicamente, antijurídico, culpable sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable, a un sujeto y sometido a una sanción penal a nuestro juicio las características del delito son actividad, adecuación típica, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad y, en ciertos casos la condición objetiva de penalidad.

En el Tercer Capítulo se considera el ejercicio de la acción penal, como el derecho que tiene toda persona a la impartición de justicia, en los plazos y términos que fijan las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa; imparcial y gratuita de acuerdo a nuestra constitución en su artículo 17 derecho que es delegado al Ministerio Público, como representante de los intereses de la sociedad

de acuerdo al artículo 21 Constitucional es quien tiene la obligación de investigar la comisión de los hechos que se reputen como delictuosos y perseguir a los presuntos responsables, actos que integran una fase procesal llamada averiguación previa, y una vez integrada ésta, ejercitar ese poder ante el Órgano Jurisdiccional denominado Juez, solicitando la incoación del proceso respectivo, con todos sus actos inherentes, fungiendo desde el inicio de las causas hasta la última instancia con el carácter de igualdad en derechos y obligaciones del acusado.

En el Capítulo Cuarto consideramos la problemática en el plazo para resolver la orden de aprehensión en el delito grave y como ya se ha mencionado una vez realizada la consignación sin detenido, el juez deberá radicar el asunto de inmediato cuando el delito sea considerado como grave, mediante la radicación el juez tiene solamente 24 horas para emitir su resolución, resolviendo sobre el pedimento de la orden de aprehensión solicitada por el Ministerio Público, fundado y motivado conforme a derecho su decisión. (Aclarando que ahora es de 6 días de acuerdo a la reforma citada en la nota aclaratoria refiriéndonos al artículo 286 bis párrafo sexto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, publicada en la gaceta oficial del Distrito Federal con fecha de 4 de junio del año 2004).

CAPITULO PRIMERO

DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Para el maestro Colín Sánchez a la Averiguación Previa se le puede definir "Como la etapa procesal, por medio de la cual el agente del Ministerio Público, realiza diversas diligencias encaminadas a la investigación de conductas o hechos delictuosos, y quien o quienes son los probables responsables, es decir, realiza actuaciones encaminadas a comprobar el cuerpo del delito y la pregunta responsabilidad de los indiciados, para en su oportunidad ejercitar la acción penal correspondiente o en su caso abstenerse de ello".¹

En este sentido, sigue diciendo que "la Averiguación Previa es la etapa procedimental en la que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la Acción Penal, debiendo integrar, para esos fines, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad"².

También es la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para acreditar, en su caso los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad y optar por ejercicio o la abstención de la acción penal.

Es la fase pre-procesal que tiene por objeto investigar el delito y recoger las pruebas indispensables para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal.

De lo anterior se puede concluir lo siguiente, la Averiguación Previa es la fase mediante la cual el órgano investigador (Ministerio Público) se allega de los

¹ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, "DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES", México 1990, Editorial Porrúa. Edición Décimo Segunda, Pag. 17.

² Idem, Pag. 18

elementos necesarios para integrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, de una conducta o un hecho, atribuible a un sujeto imputable, ya sea por su acción o por su omisión, posiblemente constitutiva de un delito, apoyando por sus auxiliares directos que son la Policía Judicial y los servicios periciales, buscando ejercitar la Acción Penal.

1.1 FUNDAMENTOS LEGALES.

El artículo 14 Constitucional, se refiere al previo juicio para que pueda realizarse la potestad represiva en los casos concretos, en el cual solo podrá satisfacer su objetivo, que consiste en la materialización de la normas sustantivas que integran al Derecho Penal, si se logra que el procedimiento que exige la averiguación previa, se realice con estricta sujeción a las disposiciones legales que lo rigen, por que la práctica se ha podido comprobar que algunas veces los encargados de la investigación, por ignorancia negligencia o deshonestidad, dejan de practicar diligencias que son indispensables en el esclarecimiento de la verdad que se busca para poder deducir legalmente la acción penal en relación con el delito cometido y su autor; o en otras, las prácticas con todas esas anomalías que, a la postre, no se integra un proceso que pueda cumplir con su finalidad.

La Averiguación Previa, en la que solo tiene intervención el Ministerio Público en su calidad de autoridad especial, se inicia a partir del momento en que este órgano toma conocimiento a través de la denuncia o de la querrela, de que se ha cometido o que se pretende cometer un hecho que la ley penal sanciona como delito; y termina cuando, del resultado de la averiguación respectiva se acreditan los elementos que permiten a ese órgano legalmente ejercitar la acción penal que corresponda ante la autoridad judicial competente, o de lo contrario se archive lo actuado, determinación esta ultima que no tiene el carácter de definitiva, porque si aparecieren nuevos elementos que lo justifiquen, podrá reanudarse la averiguación para sus trámites legales.

Lo anterior encuentra sustento jurídico en el artículo 262 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, que a la letra dice:

“ARTICULO 262. Los agentes del Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo a la órdenes que reciban de aquellos, están obligados a proceder de oficio a la averiguación de los delitos del orden común de que tenga noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

- I. Cuando se trate de delitos en los que solo se puede proceder por querrela necesaria, si no se ha presentado esta; y
- II. Cuando la ley exija algún requisito previo, y este no se ha llenado.”

El artículo 16 Constitucional “Es uno de los preceptos que imparten mayor protección a cualquier gobernado, sobre todo a través de la garantía de la legalidad que consagra, la cual dada su extensión y efectividad jurídica, pone a la persona a salvo de todo acto de mera afectación a su esfera de derecho que no solo sea arbitro a cualquier precepto, independientemente de la jerarquía o naturaleza del ordenamiento a que pertenezca.”³

El artículo 21 Constitucional. “Consiste en que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, ninguna otra que no sea esta, puede imponer pena alguna, que solicitara el Ministerio Público.”⁴

Por su parte Moisés Hernández, señala que “ La fase de preparación del ejercicio de la acción penal denominada, por la ley, de averiguación previa – tiene por objeto acreditar los elementos del tipo penal respectivo y la probable responsabilidad del imputado, para ejercitar la acción ante los tribunales, según lo dispuesto por los artículos 16, párrafo inicial, de la Constitución Política de los

³ BURGOA. Ignacio, LAS GARANTIAS INDIVIDUALES, 28ª Edición, Editorial Porrúa, México 1996, Pag. 281.

⁴ Ibidem, pag. 274

Estados Unidos Mexicanos, y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.”⁵

“Es verdad que en la especie no se faculta al Ministerio Público para dictar sentencia como tribunal jurisdiccional, pero si para el efecto de recibir, admitir, desahogar y desechar pruebas aportadas por el presunto responsable o su defensor, sin la intervención de un órgano tercero que juzgue sobre tales pruebas, sino que ese “cuasi proceso”, se lleva a cabo.”⁶

Los preceptos que regulan a la Averiguación Previa, son el 16 de la Constitución Federal; así como los artículos 1, 94 y siguientes relacionados del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

En consecuencia, los aspectos que comprende la Averiguación Previa no son mas que los requisitos de procedibilidad o condiciones legales que deben cumplirse por el Ministerio Público al integrar debidamente esa etapa procesal, así como sus auxiliares, cumpliendo estrictamente con los ordenamientos legales inherentes al caso, cuyos fundamentos fundamentales son la Denuncia y la Querrela.

Por lo antes expuesto, podemos afirmar que, la Averiguación Previa es de trascendental importancia jurídica como base del procedimientos penal que se instruye a una persona considerada como presunta responsable de determinado hecho delictuoso, y de su debida integración por parte del Representante Social, depende que el Juez, al resolver la situación jurídica del consignado, con fundamento en los extremos del artículo 19 Constitucional, determine decretar auto de formal prisión o de libertad por falta de elementos para procesar, esto en tratándose de consignaciones con detenido, o bien, con fundamento en el artículo

⁵ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, EL PROCEOS PENAL, 1ª Edición. Editorial Porrúa. México, 2000 Pag. 103

⁶ DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. 2ª. Edición. Editorial Porrúa, México, 1996 Pags. 96 y 97.

16 Constitucional y 132 de la Ley Adjetiva Penal, que se resuelva girar o no orden de aprehensión, comparecencia según sea el caso.

1.2 FORMALIDADES DE PROCEDIBILIDAD.

Como se dijo anteriormente para la debida integración de la averiguación previa, el Agente del Ministerio Público investigador, tiene que cumplir con ciertas formalidades de procedibilidad, señalados por la ley procesal. A las formalidades de procedibilidad son las condiciones necesarias reales que dan origen al inicio de la averiguación previa. La Constitución Política de la República establece en su artículo 16 como formalidades de procedibilidad la Denuncia y la Querrella.

Es decir, el Instituto Ministerial para fundar su actuación, necesitará de las formalidades de procedibilidad; ya que actúa en base a las denuncias y las querellas de personas dignas de fe, en hechos que son presumiblemente delictuosos responsabilidad del indiciado, a efecto de ejercitar la acción penal, o en su caso, abstenerse de ello.

Cabe hacer mención que en nuestra Carta Magna, durante mucho tiempo se manejó el término acusación, sin embargo dicho término era manejado como sinónimo de querrella, por lo que en la actualidad dicha figura jurídica ya no se maneja, en virtud de que su terminología quedaba subsumida ya sea en la querrella (en la propia denuncia). No obstante lo anterior, consideremos necesario señalar que a la misma se le consideraba como, una imputación directa en contra de una persona como autor en la comisión de un hecho o acto considerado como ilícito, formulada ante el Ministerio Público por quien se dice ofendido o agraviado, de una manera estricta o por medio de comparecencia personal, era pues, la acción de hacer saber a la autoridad correspondiente ciertos hechos delictuosos cometidos por una persona, en detrimento de quien comparece, con el deseo de que se le castigue a la reparación del daño, si procediere.

1.2.1 LA DENUNCIA.

Nos señala César Augusto Osorio y Nieto, que la DENUNCIA, "es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible de oficio."⁷

El profesor Guillermo Colín Sánchez, indica "que la palabra Denuncia o el verbo denunciar, desde el punto de vista gramatical significa: aviso, poner en conocimiento de la autoridad competente, verbalmente o por escrito, lo que se sabe respecto a la comisión de hechos que son o pueden ser delictivos."⁸

Esta denuncia (notitia criminis) del crimen, puede ser presentada por cualquier persona, nacional o extranjero; tampoco interesa el sexo o la edad salvo las excepciones previstas en la ley esta, se hará verbalmente o por escrito, ante el agente del Ministerio Público. Esto obliga a que "de oficio" proceda a la investigación de los hechos, siempre y cuando no se trate de infracciones, que requieran para su investigación, el cumplimiento de algún requisito de procedibilidad o, de que no haya un obstáculo procesal (Art. 262 y 274, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.)

Para Alberto González Blanco, " se entiende por denuncia al medio legal por el cual se pone en conocimiento del órgano competente la noticia de haberse cometido o que se pretende cometer un hecho que la ley castiga como delito, siempre que sean de aquellos que por disposición de la ley se persigue de oficio", o bien " la manifestación de la voluntad por la cual una persona lleva a conocimiento de la autoridad competente para recibirla, la noticia de un delito, la notitia criminis."⁹

⁷ OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto, LA AVERIGUACIÓN PREVIA, Editorial Porrúa. México 1981, Edición novena. Pag. 9

⁸ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. Pags. 317 y 318

⁹ GONZALEZ BLANCO Alberto. EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO 1ª Edición, Editorial Porrúa México 1975 Pags. 85 y 86.

Por su parte, respecto de este tema, Leopoldo de la Cruz Agüero, refiere que se considera a la denuncia "como la información que proporciona cualquier persona al Agente del Ministerio Público o a la policía Judicial, sobre la existencia de determinado hecho delictuoso, ya sea que se haya cometido o, se esté cometiendo o se vaya a realizar, facultad y obligación informativa o de comunicación que la Constitución Política otorga a todo ciudadano.

Cabe señalarse que en caso de que el ciudadano no actúe de esta manera, es decir, hace el conocimiento de autoridad competente, de los hechos de que tiene conocimiento, y que sean considerados como delictuosos, podría convertirse en cómplice o copartícipe e incurrir en responsabilidad penal, salvo las excusas que al efecto contempla la ley."¹⁰

Agrega que, se afirma también que la denuncia constituye un acto por medio del cual se hace saber a la autoridad, ya sea por escrito o por comparecencia personal, de la existencia de un hecho delictuoso para que la autoridad correspondiente proceda a su investigación. Finalmente señala que los elementos que constituyen el acto personal denominado denuncia, son:

- a) Comparecencias personal o por escrito ante el Ministerio Público o sus auxiliares;
- b) Estar formulada por persona física o moral, y;
- c) Una relación amplia de los hechos que se denuncian, de cuya síntesis el Ministerio Público pueda deducir elementos de convicción para la continuación de la investigación correspondiente.

Así mismo es de indicarse que doctrinalmente se ha hecho referencia a que se debe de diferenciar entre la denuncia como medio informativo y como requisito procesal.

¹⁰ DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo Ob. Cit. Pags. 96 y 97

Como medio informativo y como requisito procesal. Como medio informativo es utilizada para hacer del conocimiento del Agente del Ministerio Público, lo que se sabe acerca del delito; ya sea que, el propio portador de la noticia haya sido el afectado; o bien, que el ofendido sea alguna otra persona. Y desde el punto de vista técnico, es decir, como requisito de procedibilidad, incumbe únicamente al Procurador de Justicia o al Agente del Ministerio Público, por ser el primero su titular.

Como puede verse la denuncia puede presentarla cualquier persona, en cumplimiento de un deber impuesto por la ley.

El jurista CARLOS M. ORNOZ, la define como " la relación de hechos que se consideran como delictuosos ante el órgano investigador, quien inicia la diligencia que se conoce como Averiguación Previa."¹¹

EL DICCIONARIO DE DERECHO, define a la DENUNCIA "como el acto mediante la cual se pone en conocimiento de la autoridad la comisión de algún delito o infracción legal."¹²

Expone González Blanco que " para que los delitos no queden impunes, por los graves perjuicios que esto traerá consigo para la convivencia social, nuestra legislación procesal expone que tratándose de los delitos que se persiguen de oficio, se le concede facultad para denunciarlos, no solo a las personas directamente ofendidas, sino a cualquier otra que por cualquier medio tenga conocimiento de que o se pretende cometer un hecho delictuoso para que los denuncie al competente para los efectos legales."¹³

¹¹ ORNOZ SANTANA Carlos, MANUAL DE DERECHOS PROCESAL PENAL, Editorial Limusa, México 1999, Pag. 66

¹² DE PINA Rafael y DE PINA Rafael, DICCIONARIO DE DERECHO, Editorial Porrúa S.A. México, Edición Vigésima Cuarta Pag. 233

¹³ GONZALEZ BLANCO, Alberto. Ob. Cit. Pag. 86

Emilio O. Rabasa y Gloria Caballero, señalan " que se llama denuncia al hecho de poner en conocimiento del Ministerio Público la realización de actos que al parecer involucren la comisión de un delito en el que la sociedad o el interés social resulten afectados (delitos que se persiguen de oficio, por eso, aun cuando el denunciante quiera retirar, la denuncia no puede hacerlo."¹⁴

También Jesús Zamora Pierce, indica " que la denuncia es la noticia que da cualquier persona a la autoridad competente sobre determinado hecho posiblemente constitutivo de un delito perseguible de oficio. Esa noticia criminis, puede provenir tanto de la víctima de un delito como de un tercero, de un procesado, de un reo, de un nacional o de un extranjero, de un mayor o de un menor de edad, e incluso del propio autor del delito (autodenuncia)."¹⁵

Para concluir...José Ovalle Favela, nos indica que "la denuncia es el acto por medio del cual cualquier persona, haya o no resentido los efectos del delito, hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de hechos que puedan llegar a constituir un delito. La función del denunciante se limita a dar parte a la autoridad investigadora de la comisión de tales hechos; pero una vez presentada la denuncia, será dicha autoridad la encargada de cumplir sus funciones de averiguación y , en su caso, de ejercer la acción penal, sin que la voluntad del denunciante tenga legalmente relevancia alguna para suspender ni para poder terminar al procedimiento iniciado o al proceso promovido."¹⁶

1.2.2 LA QUERELLA

El maestro Colín Sánchez, define, " La querrela es el derecho o facultad que tiene una persona a la que se designa querellante, víctima de un hecho ilícito penal,

¹⁴ EMILIO O. RABASA Y GLORIA CABALLERO " COMENTARIOS DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS" México, 1984. Editorial Porrúa, Segunda Edición, Pag. 59.

¹⁵ ZAMORA PIERCE, Jesús. GARANTIAS Y PROCESO PENAL. Editorial Porrúa. México 1998. 9ª Edición, Pag. 15

¹⁶ OVALLE FAVELA, José. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO. Editorial Mc Graw Hill. México, 1996. Pág. 206

para hacer del conocimiento del Procurador de Justicia o del Agente del Ministerio Público, y con ello dar su anuencia para que se investigue la conducta o hecho y satisfechos que fueren los requisitos previstos en el artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, se lleve a cabo el proceso correspondiente".¹⁷

González Blanco, señala que "La querrela es otro de los medios legales, a que se recurre para poner en conocimiento del órgano competente, que se ha cometido o se pretende cometer un delito, pero con la particularidad de que puede recurrir a ella, la persona ofendida o su legítimo representante siempre que se trate de delitos que por disposición de la ley, sea de aquellos que se persigan a instancia de parte, y se exprese la voluntad de que se proceda en contra del responsable. La Querrela exige dos manifestaciones de voluntad; la de llevar a noticia de la autoridad competente el hecho considerado como delito; y la de ejercitar el derecho de Querrela, o sea de demandar que se proceda."¹⁸

También, Emilio O. Rabasa y Gloria Caballero, mencionan "que la Querrela consiste en poner en conocimiento de la autoridad competente un hecho posiblemente delictuoso que solo daña a intereses privados; por eso los ofendidos pueden otorgar el perdón a los responsables en cualquier momento procesal."¹⁹

La Querrela, al igual que la Denuncia se encuentran plasmadas en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se indica que: "No podrá otorgarse orden de aprehensión si no por la autoridad judicial y sin que preceda Denuncia o Querrela, de un hecho que la ley señala como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado"

¹⁷ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 31

¹⁸ GONZALEZ BLANCO, Alberto. Ob. Cit. pag.89

¹⁹ CABALLERO, Gloria y RABASA O, Emilio. Ob.Cit. pag.59.

Por lo que respecta a la legislación procesal, la Querrela se encuentra sustentada, principalmente, en los numerales 263 y 264, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y en el primero de ellos se establecen los delitos que se persiguen por Querrela necesaria, y en el segundo los términos en que se debe de realizarse la misma.

El artículo 263 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, refiere que solo se perseguirán por Querrela los delitos de:

- I. Hostigamiento Sexual, Estupro y Privación de la Libertad con propósitos sexuales;
- II. Difamación y Calumnia; y
- III. Los demás que determine el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal

El artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece:

ARTICULO 264.- Cuando para la persecución de los delitos sea necesaria la querrela de parte ofendida, bastará que esta, aunque sea menor de edad, manifieste verbalmente su queja para que se proceda en términos de los artículos 275 y 276 de este Código. Se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de querrela necesaria, a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta imputada al indiciado y tratándose de incapaces, a los ascendientes y a la falta de estos a los hermanos o a los que representen aquellos legalmente; cuando la víctima por cualquier motivo no se pueda expresar, el legitimado par presentar la querrela serán las personas previstas por el artículo 45 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Las querrelas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusulas

especiales, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del Consejo de Administración o de la Asamblea de socios o Accionistas ni poder especial para el caso concreto.

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

Otro de los requisitos mas importantes que señala la Ley Adjetiva, Penal, respecto de las Denuncias y las Querellas, son los que en su párrafo primero y segundo establece, el artículo 276 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, que dice: "las denuncias y la querellas pueden formularse verbalmente o por escrito, se concretarán en todo caso, a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente y se harán en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición. Cuando la denuncia o querella no reúna los requisitos citados el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante o querellante para que la modifique, ajustándose a ellos, así mismo se informará al denunciante o querellante dejando constancia en el acta.

De todo ello se deduce que, la Querella es la manifestación de hechos considerados como delictivos a cargo de la persona directamente afectada u ofendida o a través de su legítimo representante, ante el Representante Social, ya sea de manera escrita o verbal, lo anterior con el fin de que se sancione el autor del ilícito en cuestión. Haciéndose la aclaración que este figura procesal se da principalmente en los delitos que no se persiguen de oficio.

1.3 EL CUERPO DEL DELITO

Por lo que respecta al cuerpo del delito y la probable responsabilidad, la infinidad de tratadistas sobre la materia difieren sobre la definición concreta, que no de

lugar a dudas sobre su contenido, tal vez ello se deba a que la ciencia del derecho es en la actualidad es una de las mas dinámicas y se encuentran en constante evolución, igual que las demás ciencias, disciplinas y ramas del arte relacionadas con aquella. En concreto la intención es la de exponer un concepto mas o menos práctico de lo que debe entenderse por elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpaado en la comisión u omisión del ilícito a el atribuido.

Tomando en consideración que la averiguación previa es la primera base del Procedimiento Penal, la misma debe estar conformada por un elemento ineludible e indefectible que lo es la comprobación del cuerpo del delito y, consecuentemente, como presupuesto de ello, la probable responsabilidad.

Se afirma, en términos generales, que "el cuerpo del delito es la concatenación de todos sus elementos materiales, tales como la conducta desplegada por el sujeto activo, el resultado que se produce de ese actuar ilícito y entre ambos elementos un nexo casual.

Comprobados esos elementos, la presunta responsabilidad del autor de un delito se deduce con toda facilidad."²⁰

Al respecto, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que por cuerpo del delito se debe entender el conjunto de elementos objetivos que constituyen la figura descrita concretamente por la ley, y la determinación que lo tienen por acreditado debe apoyarse en la demostración de la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley al considerarlo criminal y señalar la pena correspondiente.

Para ilustrar el criterio aludido, invocamos diversas tesis y jurisprudencias que a continuación transcribimos:

²⁰ DE LA CRUZ AGUERO, Leopoldo. Ob. Cit. Pág. 176

AUTO DE FORMAL PRISIÓN.- Para motivarlo, la ley no exige que se tengan pruebas completamente claras que se establezcan de modo indubitable la culpabilidad del reo; requiere únicamente, que los datos arrojados por la averiguación sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado.

JURISPRUDENCIA NUMERO : 34 (QUINTA EPOCA),

PAGINA: 84.

VOLUMEN: PRIMERA SALA, SEGUNDA PARTE

APÉNDICE: 1917-1975.

Lo anterior significa, que basta con que el Ministerio Público haya integrado una averiguación previa, que satisfagan los extremos del artículo 19 Constitucional, para que el juez que conozca del caso decrete auto formal prisión.

ARTÍCULO 19. Ninguna detención antes 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 auto de formal prisión en el que se expresan: 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.

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE.- Por cuerpo de delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal, y la determinación que tiene por acreditado el cuerpo del delito debe apoyarse en la demostración de la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley al considerarlo delictivo y señalar la pena correspondiente.-

A. D. JOSE SUAREZ PALOMARES. (SÉPTIMA EPOCA).

PAGINA:27

VOLUMEN 58, SEGUNDA PARTE, PRIMERA SALA.

APÉNDICE: 1724/1973

CUERPO DEL DELITO.- Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren solo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito.

JURISPRUDENCIA NUMERO:312

PAGINA: 603

APÉNDICE AL TOMO CXVIII.

En nuestra opinión el cuerpo del delito viene a ser simple y llanamente la descripción total del delito, es el delito realmente cometido.

1.3.1 ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL CUERPO DEL DELITO

Cesar Augusto Osorio y Nieto considera " que el cuerpo del delito se integra con el total de elementos contenidos en el tipo penal, objetivos o externos; subjetivos y/o normativos.

- a) Los elementos subjetivos o externos constituyen la materialidad del delito
- b) Prevé que cuando la ley tipifica una conducta, incorpore un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, o sea como elemento del tipo, será, necesaria (entendemos como indispensable), la acreditación de ese elemento subjetivo o, normativo para la comprobación del cuerpo del delito²¹.

²¹ OSORIO Y NIETO. Cesar Augusto Ob. Cit. Págs.29 y 30

Se fija la atención en la esencia del delito y sus elementos integrantes que son:
Una conducta típica, antijurídica y culpable; la punibilidad es una consecuencia y, por lo tanto, no forma parte de él.

En cuanto a los tipos penales, estos contienen elementos diversos y son los que conforman el núcleo mismo del tipo; por ende, partiendo de esto último, su constitución no es uniforme, sino variable.

CUERPO DEL DELITO O CORPUS DELICTI

Es un concepto de importancia capital en el Derecho de Procedimientos Penales, debido a que, la comprobación de un hecho ilícito, descrito por el legislador y entendido como un todo unitario en los elementos que lo integran, es la base en que se sustenta; sin ello no habrá posibilidad alguna de dictar auto de formal prisión o, en su caso, una sentencia en donde se declare a una persona culpable y se le imponga alguna pena.

Tipo penal y hábeas delicti, son conceptos relacionados íntimamente uno del otro, el primero se refiere a la conducta, considerada antijurídica pro el legislador; y el segundo, a la realización del delito; en consecuencia, para que exista el cuerpo del delito determinado, deberá contarse con el tipo penal correspondiente.

1.4 LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

La probable responsabilidad, es otro de los requisitos de fondo, señalados en la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos, vigente, para que proceda, el ejercicio de la acción penal, la orden de aprehensión, el auto de formal prisión, etc. (Art. 16 y 19).

Tanto en la práctica como en la doctrina, se hace referencia indistintamente a la responsabilidad probable o presunta de una persona; ambos calificativos son

sinónimos, significan: lo fundado en razón prudente o, de lo que se sospecha, por tener indicios. En consecuencia, "existe probable responsabilidad, cuando haya elementos suficientes para suponer que una persona pudo haber tomado parte, de alguna manera en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, antijurídico y culpable."²²

La determinación de la presunta responsabilidad del proceso corresponde, fundamentalmente, al juez; sin embargo, también concierne al Ministerio Público.

Es indudable que, durante la averiguación previa, para estar en posibilidad de resolver, si procede la consignación o la libertad del sujeto, se lleve a cabo una valoración de los hechos y de todas las pruebas recabadas, porque, aun integrado el cuerpo del delito, si no hay probable responsabilidad, no se podrá ejercitar la acción penal.

El juez, por imperativo legal, en diversos momentos procesales habrá de estar cierto de que existe probable responsabilidad, para decretar la orden de aprehensión y, en su momento, un auto de formal prisión.

En ambos casos, el juez hará un análisis, lógico y razonado, de todos y cada uno de los hechos consignados, en autos; no debe en forma arbitraria tener por demostrada la probable responsabilidad de ninguna persona.

Se dice de quienes opinan que, durante el término de setenta y dos horas solo se debe atender a las "pruebas de cargo"; tal criterio, es contrario al principio de legalidad y a la imparcialidad, como base sólida de sustentación entre otros elementos de las resoluciones judiciales.

²² COLIN SANCHEZ, Guillermo. Op. Cit.pag.386

Al resolver el juez la situación jurídica del procesado, durante el término de setenta y dos horas, pro primera vez, estudia las modalidades de la conducta o hecho, para terminar, hasta donde es posible en ese momento:

1. En cual de las formas de culpabilidad, dolosa o culposa, debe de situar al probable autor de las mismas, y
2. La ausencia de presunta responsabilidad por falta de elementos, o la operancia de una "causa de justificación" o cualquiera otra "eximente"

La importancia de los primeramente indicado, es obvia, porque la penalidad probable para la conducta o hecho, motivo del proceso, será distinta para cada supuesto.

CAPITULO SEGUNDO

2. ASPECTOS GENERALES DE LA TEORIA DEL DELITO

La teoría del delito es, según Carlos Juan Manuel Daza Gómez "un instrumento conceptual, mediante el cual se determina si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal prevista en la ley."²³

Francisco Muñoz Conde, manifiesta "que esta se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito. Sigue manifestando que, para cada delito en particular también existen características, pero que los hacen diferenciarse unos de otros, para el estudio de las características en común, primeramente señaladas, se encarga la teoría general del delito, es decir la parte general, y para las características de los delitos en particular, se encarga la parte especial."²⁴

Autor, intencionado o negligente, del delito cometido, dada la relación de causalidad existentes entre el agente y su acción. Punible, por que esta sancionado expresamente con una pena señalada en la norma penal."²⁵

No obstante la multiplicidad de clasificaciones del delito normalmente se conocen las siguientes:

"Dolosos, que son los cometidos con conocimiento e intención de ejecutar la acción delictiva y de causar el daño efectuado; Culposos, que se cometen al ejecutar un hecho negligente o sin prudencia; de lesión, que causan un daño directa y efectivamente, como es el delito de robo, homicidio, etc; de Peligro, que no causan daño en el bien u objeto jurídicamente protegido, pero lo ponen en

²³ DAZA GOMEZ, Carlos Juan Manuel. TEORIA GENERAL DEL DELITO. 2ª Edición. Editorial Cárdenas, Editor y distribuidor. México, 2001. Pág.36

²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. TEORIA GENERAL DEL DELITO 2ª Edición. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999. Pág. 1

²⁵ DIAZ DE LEON, Marco Antonio. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL. Editorial Porrúa. Tomo I. Edición 2ª México 1989. Pga. 101

peligro inminente, como lo es el delito de abandono de personas; instantáneos, la violación de la ley se extingue después de consumado del delito; permanentes, la violación perdura aun después de consumada la acción, como en el delito de privación ilegal de la libertad; Materiales, precisan que se realice el propósito del delito para su consumación, como es el pérdida de la vida en el homicidio.”²⁶

Por su parte, Luis Jiménez de Asúa, señala que el delito “ es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.”

A nuestro juicio, en suma, las características del delito serian estas: actividad, adecuación típica, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad y, en ciertos casos, la condición objetiva de punibilidad.

De igual forma, el maestro Francisco Muñoz Conde, refiere que “desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta humana que el legislador sanciona con una pena. Esto es consecuencia del principio nullum crimen sine lege que rige al derecho penal y concretamente el español, y que impide considerar delito toda conducta que no caiga en los marcos de la ley penal.”²⁷

Eugenio Raúl Zaffaroni, señala, que “dogmáticamente y atendiendo al funcionamiento armónico de las disposiciones del texto legal, se ha distinguido entre delito stricto sensu y delito lato sensu. Por el primero se ha entendido, que es el que presenta todos los caracteres a que nos referimos en el desarrollo de esta parte (aspectos positivos), en tanto que el delito lato sensu sería la conducta típica o la conducta típica y antijurídica- que llamamos “injusto penal”, es decir, le falta antijuricidad y culpabilidad o la culpabilidad solamente.”²⁸

²⁶ JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis. LECCIONES DE DERECHO PENAL. Editorial pedagógica Iberoamericana. 1995. Pág. 133

²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. It. Pág. 1

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. TRATADO DE DERECHO PENAL, Parte General. Tomo III, Editorial. Cárdenas. Editor y Distribuidor. Pág. 12

Sigue señalando que “aparte de que pueda entenderse que hay dos conceptos del delito, no puede con ello esquivarse tampoco la consecuencia de que hay hechos que no tienen relevancia penal, en el sentido de que quedan comprendidos dentro de las facultades jurisdiccionales del juez penal o bien en el que son requeridos para individualizar conductas prohibidas, pero que ni en el mas amplio o alto sentido pueden ser llamados “delito”. Da como ejemplo a los hechos de los sujetos incapaces de voluntad, puesto que sin voluntad no hay conducta humana, sin embargo, refiere, el juez penal puede ordenar la internación del sujeto, aunque esta no es una medida penal, sino una medida administrativa que la ley pone dentro de las facultades jurisdiccionales del juez penal.”²⁹

En este mismo contexto, al exponer el tema del delito, el Doctor Fernando Castellanos Tena, indica que “la palabra delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.”³⁰

Respecto a lo que debe entenderse por delito, en el Derecho Romano, nos explica Teresa Jiménez Candela que “ El delito (*delictum*) es un acto ilícito contra la propiedad o la integridad física o moral de los particulares, que esta sancionado con una acción penal, derivante del *ius civile* o del Edicto del pretor. En época clásica, el delito pertenece a la esfera del derecho privado, mientras que los crímenes (*crimina*) son actos ilícitos especialmente graves, que atentan contra bienes o valores comunes de la sociedad, castigados con una pena pública, por medio de tribunales

Especiales (*quaestiones perpetuae*), cuya creación, funcionamiento y desarrollo sigue las pautas del derecho público. Ambos conceptos, *delictum* y crimen, concluyen en suponer un acto ilícito tipificado (*sic*), atentatorio respectivamente contra los intereses de los particulares o de la sociedad, que inicialmente

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Ob. Cit. Pag. 12

³⁰ castellanos Tena Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL DERECHO PENAL. 26ª Edición. Editorial. Porrúa. México, 1989. Pag. 125

presupone la malicia del delincuente (dolus), pero se diferencian en que los delitos (delicta), generan una obligación privada que se resuelve mediante la imposición de una poena pecuniaria, en la que se multiplica (por el doble, el triple, el cuadruplo) el valor del perjuicio causado a la víctima. Los crimina, en cambio, originan una persecución pública (iudicia publica)".³¹

Siguiendo el Derecho Romano, tenemos que el tratadista Pedro Bonfante señala que " Delito es todo acto ilícito que es castigado con la pena. Como en los actos ilícitos en general, se precisan, por tanto, dos elementos en el delito: la lesión de un derecho y la intención o sea, la culpa. Los efectos específicos son mayores, ya que en el delito la ravedad del acto para el orden social hace que a la obligación del resarcimiento se unida también para una pena. "sigue indicado que: " Se distinguen los delitos públicos y privados. En los primeros, la pena tiene carácter publico, o sea, que es sufrida con relación al Estado (poena publica), sean o no sean de acción publica, en lo segundos, que son los únicos de los cuales aquí es necesario tratar, la pena, reducida en época histórica a una composición pecuniaria, se debe al particular"³²

Otra vez indica el profesor español Eugene Petit, que: "El delito es un hecho ilícito una infracción castigada por la ley. Los romanos han considerado el delito como una fuente de obligación civil, pero las consecuencias jamás han sido las mismas, que en nuestro derecho moderno. Hay que hacer, a este respecto, una distinción entre los delicta privada y lo delicta publica. Los delitos privados consistían en hechos ilícitos que causaban un daño a la propiedad o a la persona de los particulares, pero sin turbar directamente el orden publico. Los delitos públicos eran los que directa o indirectamente atacaban el orden publico, o a la organización política, o a la seguridad del Estado. Daban lugar a la persecución criminal, ejercida según reglas propias, ante una jurisdicción especial. El derecho

³¹ Jiménez-candela, teresa. DERECHO ROMANO PROVADO. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 1999. pag. 385

³² BONFANTE, Pedro. INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO. Instituto Editorial Reus, S.A. Madrid, 1999. Pag. 528

de intentar esta demanda estaba abierta a todo ciudadano aunque hecho, nada mas que los personajes de cierta importancia osaran asumir el papel de acusador.”³³

Los procesos que tendían a reprimir estos delitos eran los llamados crimina o judicial publica. Algunas leyes penales fijaban para cada delito publico penas mas o menos graves.

Una vez expuesto el Derecho Romano, la Enciclopedia Encarta 2001, señala que “Delito, acción u omisión penada por la ley.”³⁴

El concepto esta sometido por completo al principio de legalidad, de tal forma que el principio acunado por los juristas romanos nullum crimen sine lage, es su regla básica, por esto resulta irrelevante el intento de averiguar una noción sustancial del delito, como puede ser en otras épocas el delito natural, pues delito es solo aquello castigado por la ley. Por otro lado, también resulta evidente que la ley penal no puede ser arbitraria y castigar respondiendo al criterio exclusivo de poner a prueba a los ciudadanos, sino que pretende la defensa de bienes jurídicos concretos. Los delitos se clasifican en delitos graves y menos graves, en atención a la pena que se impone, utilizándose por tanto un principio mas cuantitativo (gravedad de la pena que se señala cada código), que cualitativo.

Desde una perspectiva mas técnica se define el delito como acción y omisión típica, antijurídica, culpable y penada por la ley. La acción es un hecho previsto en la ley penal y dependiente de la voluntad humana.

La acción delictiva puede consistir en un acto en sentido estricto, cuando hay una realización de un movimiento corporal; en una omisión para o propia si se trata de uno de no hacer algo, o una combinación de ambas posibilidades, llamada

³³ PETIT, Eugene. DERECHO ROMANO. Editor y Distribuidos. México, 1993. Pag. 127

³⁴ ENCICLOPEDIA ENCARTA 2001

comisión por omisión u omisión impropia. La acción debe depender de la voluntad de una persona, por lo que se excluyen de las tipificaciones delictivas supuestos tales como los movimientos reflejos, los estados de inconciencia como el sueño, la narcosis, el sonambulismo, la embriaguez letárgica o los estados hipnóticos, o cuando hay una violencia irresistible que impulsa al actor a ejecutar actos donde la voluntad se halla sometida, anulada o dirigida.

La conducta debe ser contraria a lo que el derecho demanda y encontrarse recogida por la ley. La tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad imperante en el Código Penal. El legislador se debe valer de la abstracción y el lenguaje para definir el tipo, por lo que siempre se distingue la tensión entre el casuismo exagerado y la vaguedad que no permite definir los límites de cada supuesto. De entre los elementos del tipo se pueden distinguir: los descriptivos, integrados por los de carácter objetivo (procedentes de la realidad perceptible, como por ejemplo matar) y los subjetivos (integrantes del mundo psíquico, como tener la finalidad de algo o actuar contra la voluntad de alguien); los elementos normativos que exigen valoraciones, como los calificativos: ajeno, inmoral, peligroso... y los elementos negativos del tipo que lo excluyen por implicar la ausencia de los fundamentos de la antijuricidad. Las causas de exclusión de la antijuricidad son la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el cumplimiento de un deber de tal forma que tanto el deber deriva del ordenamiento jurídico, legítimo de un derecho, el oficio (la profesión médica por ejemplo) o el cargo, y la obediencia debida.

La culpabilidad es otro elemento del delito, de tal forma que se puede afirmar que no hay pena sin culpa (*nullum sine culpa*). Con carácter general, existe culpabilidad cuando existía la opción de haber actuado en forma diferente a como se hizo, lo cual supone situar en el fundamento de la misma a la libertad y exige la imputabilidad, definida en concreto como la capacidad de actuar de forma culpable. Así, una persona es imputable cuando por sus caracteres biopsíquicos y

de acuerdo con la legislación vigente es capaz de ser responsable de sus actos. Las formas, que se excluyen a si mismas, son el dolo y la culpa.

“El dolo caracteriza a quien actúa sabiendo lo que hace y con intención, mientras que la culpa se produce cuando quien actúa omite la diligencia debida.”³⁵

Finalmente por todo eso, creemos conveniente concluir con la definición, que respecto del delito dan los juristas Carranca y Rivas y Carranca y Trujillo, quienes señalan que : “El Delito, es siempre una conducta (acto u omisión) reprobada o rechazada (sancionados). La reprobación opera mediante la amenaza de una pena (por las leyes penales). No es necesario que la conducta tenga eficaz secuencia en la pena; basta con que esta amenace, es decir, se anuncie como la consecuencia misma, legalmente necesaria.”³⁶

2.1 EL DELITO

2.2.1 CONCEPTO

Para Marco Antonio Diaz de Leon, el delito es “el acto u omisión que sanciona las leyes penales”.³⁷

Además refiere que es la “Acción punible entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena”. Infracción culpable de la norma penal. Infracción culpable de la pena. Su concepto ha variado en el tiempo, según la doctrina y las legislaciones. Sin embargo, en términos generales, se le reconocen las siguientes características partiendo de su definición mas común: Delito es la acción típica, antijurídica, culpable y punible, de esto se deduce: es una acción penal humana; lo que no es acción no interesa al derecho penal. Típica, porque la acción tiene que recordar con lo descrito pro la norma penal. Antijurídica, porque la acción

³⁵ IDEM. Pag. 19

³⁶ CARRANCA y RIVAS, Raul y CARRANCA y TRUJILLO Raul. DERECHO PENAL MEXICANO Parte General. 19ª EDICIÓN. Editorial Porrúa México 1997 Pag. 222

³⁷ DIAZ LEON. Marco Antonio. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL. TOMO I. 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1989. Pag. 241.

penal debe oponerse al orden jurídico penal vigente y no estar justificada, por una causa de exclusión del injusto. Culpable, porque puede imputarse al sujeto.

A continuación realizaremos un estudio de sus elementos.

2.2 ELEMENTOS FUNDAMENTALES DEL DELITO

2.2.1 ELEMENTOS POSITIVOS

Tomando en cuenta, a los diversos criterios de los autores consultados en el presente trabajo, tenemos que los elementos del delito, son las partes que conforman a este, de igual manera, se considera el estudio de los siguientes elementos positivos del delito.

Conducta, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, punibilidad y condición objetiva de penalidad.

CONDUCTA

Algunos autores utilizan a este elemento del delito (conducta), como acción, acto o hecho, para el estudio del presente trabajo, utilizaremos el término "conducta". Siendo esta analizada dentro del ámbito del derecho penal, se ha considerado como un elemento fundamental que estructura al delito y que contribuye con las demás partes que lo constituyen para integrarlo. Puesto que, para que el delito exista, es necesario que se produzca una conducta humana, la conducta es así, el elemento básico del delito.

El maestro Fernando Castellanos Tena define "a la conducta como el comportamiento humano voluntario pasivo o negativo" encaminado a un propósito."³⁸

³⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. Cit. Pag. 149

Es la conducta, el Licenciado Osorio y Nieto, nos refiere conceptos de acción omisión, resultado y nexos casual, explica "acción es el movimiento corporal, el hecho voluntario del hombre, la actividad volitiva humana. Los elementos componentes de acción... son el acto de voluntad corporal, el resultado y el nexos casual."³⁹

Por lo que respecta a la omisión es a la conducta negativa, la falta de actividad corporal, el no hacer, la abstención de actuar, contraria a la obligación de obrar y que produce un resultado. Los elementos de la omisión son: abstención; resultado y nexos causal: el resultado material es el efecto causado por un delito y que es perceptible por medio de los sentidos. El nexos casual es la vinculación, estrecha ineludible, indispensable, entre la conducta realizada y el resultado producido es la relación de causa efecto.

De igual manera, en forma sencilla tenemos que la conducta es un comportamiento (voluntario) activo u omisión y la integran dos fundamentales elementos:

A) ELEMENTO PSÍQUICO O INTERNO

Todo comportamiento humano implica una consciente dirección finalista. El jurista Jiménez de Asúa, señalaba que el que actúa debe querer "algo" y el que omite no querer "algo". De esta manera toda acción lleva consigo de acuerdo con la naturaleza antológica (esencial) un carácter final. En esta tendencia o actitud ciudad, humana, que consiste en dirigirnos hacia "algo" (fin) en una orientación de nuestras actividades en determinado sentido finalista, aparece la voluntad ocupando primerísimo grado y destacándose con sus respectivos matices.

³⁹ OSORIO y NIETO, Sesar agosto. Ob. Cit. Pag. 55

La voluntad no solo es la disposición de tomas posturas o actitudes frente a los objetos y personas, sino que es también el poder psíquico que impulsa al sujeto a realizar externamente su ideación.

No se debe confundir la voluntad con la decisión y la intención. La decisión que se hace con base en el conocimiento de un hecho, es la resolución, la determinación de realizar la conducta y el resultado. Intención es el querer referido, el fin presupuesto: es concretar inconscientemente el conocimiento sobre el cual verso la decisión. La voluntad, en cambio, es la libre fuerza que motiva la decisión e impulsa al sujeto a obrar.

De todo ello se deduce que, la voluntad supone la conciencia y el conocimiento de la conducta a realizar. Se obra conscientemente, cuando la decisión y el actuar se funda en el conocimiento y fin propuesto y de los medios empleados.

La voluntad, o es consciente o no es voluntad, por ello se ha venido repitiendo que la conducta es manifestación de voluntad.

Toda realización externa queda fuera del concepto conducta cuando no puede ser atribuida en su causa interna a la voluntad. Afirmándose entonces que se tiene una multitud de movimientos corporales en los cuales no ocurre la voluntad, tales como los denominados actos reflejos y automáticos, donde la excitación de los nervios motores no están sometidos a un control anímico.

B) ELEMENTO MATERIAL O EXTERNO

La conducta, para que no configure su intención completa, debe reflejarse en hechos externos; un hacer o un no hacer "algo". Este elemento material lo son movimientos corporales, que van desde la palabra pronunciada hasta la emisión de complejos actos. La inactividad que es un modo de comportarse frente al mundo externo, entra también en este elemento.

El concepto de conducta incorpora, pues, el elemento psíquico interno, fundado en la voluntad, y la actuación externa del sujeto que puede ser activa u omisiva.

La conducta delictiva revista dos formas: acción y omisión. La acción. Consiste en un hacer, en una actividad voluntaria, expresada mediante movimientos corporales, con violación a una norma prohibida penal.

Con motivo de esto, se desprende los elementos con figurativos de la acción:

- I. Actividad o movimiento corporal
- II. Voluntariedad en el actuar

Este hacer positivo se integra ocasionalmente con el solo acto o movimiento corporal, y frecuentemente se presenta en forma de un procedimiento compuesto por una multiplicidad de actos.

La omisión. Algunos tratadistas han dividido la omisión en:

- I. Omisión simple; y
- II. Comisión por omisión u omisión impropia

La primera radica en una abstención voluntaria en un no hacer aquello que se debe ejecutar por imponerlo así la ley penal, y la segunda radica en que el agente viola una norma prohibitiva, omitiendo realizar la conducta que evitaría la producción del resultado dañoso.

En consecuencia, no esta por demás señalar que se ha entendido a la acción, como la fijación de la meta, la selección de los medios por parte del activo, la producción del resultado y sus efectos concomitantes, esto es, la acción en el caso concreto empieza con la anticipación mental del activo de la meta, siguiendo

con la elección de los medios necesarios para la consecución de la misma y concluye con la realización de la voluntad de la acción del suceder real.

TIPICIDAD

RAUL ZAFFARONI, lo define como: "La adecuación de la conducta a un tipo"⁴⁰

En forma similar, debemos tener en cuenta la definición de tipo " que es " la descripción legal de una conducta estimada como delito que lesiona o hace peligrar bienes jurídicos protegidos por la norma penal.

Además expone que: "... a los dispositivos que la ley utiliza para individualizar conductas penadas los llamamos tipos. Estos tipos, que se hallan en la parte especial y en las leyes penales especiales tiene carácter predominantemente descriptivo. De este carácter no puede deducirse que los tipos individualicen "exterioridades" de conducta y prescindan de lo subjetivo, se puede describir lo objetivo como lo subjetivo."

Sigue opinando que: "... el segundo paso será, pues, averiguar si la conducta que investigamos esta o no individualizada por alguno de estos tipos penales. En caso de estarlo, se llamara tipicidad a la característica que por esta circunstancia reviste la conducta y se llamara típica a la conducta. Cuando la conducta no sea típica, diremos que hay atipicidad de la conducta, o sea, se trata de una acción atípica".

Concluye observando que el tipo, por lo tanto, "cumple la función de individualizar las conductas que pueden ser delito: es un dispositivo legal que solo puede hallarse en la ley penal (puede haber tipos en otras leyes (civiles, administrativas, etc.), en cuanto traten de individualizar materia prohibida, pero no serán tipo penales), para fijar las conductas que nos pueden interesar como delitos. los dos

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Ob. Cit. Pag. 389

caracteres del delito que nos restan por enumerar no son exclusivamente penales, pero la tipicidad sí lo es.⁴¹

El autor Fernando A. Barrita López, señala que “para el sistema casualista, la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, para el sistema finalista es la realización o concretización de los elementos al tipo legal, y para el modelo lógico, es la correspondencia unívoca uno a uno entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito.”⁴²

De todo ello se deduce que la tipicidad es la adecuación exacta y plena de la conducta al tipo. Se afirma que la conducta es típica cuando se superpone o encuadra exactamente a la prevista. La tipicidad exige, para su conformación, un agotamiento exhaustivo de la conducta en concreto a la descrita abstracta e indeterminadamente en la ley.

ANTI JURICIDAD

“Desde el punto de vista penal, se puede entender a la antijuricidad como lo contrario a la norma penal; la conducta antijurídica es aquella que viola una norma penal tutelar de lo jurídico.”⁴³

Al tratar el presente tema, es necesario señalar lo que al respecto indican los profesores Carranca y Trujillo, ya que los mismos refieren que: “... se deben clasificar las leyes en dos grandes ordenes: las físicas y las culturales. Las primeras expresan condiciones del ser, su cualidad es la permanencia, por lo que el hombre no puede sustraerse de ellas. Las culturales expresan el deber ser por fuerza de la necesidad moral y tan solo aspiran a la permanencia, pues el hombre puede dejar de someterse a su imperio; se inspiran tan solo en una cierta

⁴¹ IDEM. Pag. 393

⁴² BARRITA LOPEZ, Fernando A. AVERIGUACIÓN PREVIA 5ª. Edición Editorial Porrúa México, 2000. Pags. 28 y 29

⁴³ ORELLANA WARCO Octavio Alberto, TEORIA DEL DELITO, novena Edición, Editorial, Porrúa, México. 1999. Pag. 98

valoración de conducta humana; son reglas de conducta denominadas "normas", para diferenciarlas de la leyes física; su finalidad es la comunidad de hombres libres, y son obligatorias por exigencia de la vida en sociedad humana. Tales son las normas de cultura."⁴⁴

Por lo que la antijuricidad es la oposición a las normas de cultura, reconocidas pro el Estado. Se le denomina también "ilicitud", palabra que también comprende el ámbito de la ética; "ilegalidad", palabra que tiene una restricta referencia a la ley; "entuerto", palabra denominada por los tratadistas italianos y que en español, constituye un arcaísmo, e "injusto", preferida por los alemanes para referir lo contrario al derecho, equivalente a lo antijurídico. Es la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado.

Cuando se señala oposición a las normas, no es la ley. Es en cuanto a las norma de cultura, o sea áquellas órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a sus intereses. Cuando estas normas de cultura son reconocidas por el Estado la oposición a ellas constituye lo antijurídico.

Cuando la norma de cultura ha sido recogida por el ordenamiento jurídico, se hace posible la antijuricidad, o sea la violación u oposición o negación de la norma. La norma crea lo antijurídico; la ley el delito.

Solo es antijurídica la acción que lesiona normas de cultura, reconocidas por el Estado. Este ultimo concepto puede ampliarse mas; la lesión o riesgo de un bien jurídico será en contradicción con los fines de orden jurídico que regulan la vida común; esta lesión o riesgo será materialmente legitimo, a pesar de ir dirigido contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida que responda a esos fines del orden jurídico y, por consiguiente, a la misma convivencia humana.

⁴⁴ CARRANCA y RIVAS, Raul y CARRANCA Y TRUJILLO, Raul. Ob. Cit. Pag. 353

Aunque sin declarar expresamente la antijuricidad de las acciones que caen dentro del campo penal, en nuestro derecho se la presupone por el solo hecho de tipificarlas y de sancionarlás, así, toda acción típica y punible, según la ley, es antijurídica una acción que por ella no este tipificada y sancionada, así sea, desde el punto de vista ético, de limitada gravedad. Esto mismo se consagra en la misma Constitución al que prescribe que, si no es por la ley expedida con anterioridad al hecho y exactamente al delito de que se trata, no podrá imponerse pero alguna (art. 14 constitucional).

En este tema el tratadista español Francisco Muñoz Conde, expone que: "la antijuricidad es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico.

La antijuricidad es un concepto unitario valido para todo el ordenamiento jurídico, de tal forma que lo que es antijurídico en una rama del derecho lo es también para las restantes ramas del ordenamiento jurídico"⁴⁵

Sin embargo, no todo comportamiento antijurídico es penalmente relevante. Por imperativo del principio de legalidad y de la idea de seguridad y certeza jurídica solo los comportamientos antijurídicos que, además, son típicos pueden dar lugar a una reacción jurídico- penal.

El término antijuricidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuricidad no es un concepto específico del derecho penal sino un concepto unitario, valido para todo el ordenamiento jurídico. Aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo.

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit. Pag. 32

El derecho penal no crea la antijuricidad sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos antijurídicos, generalmente los más graves, combinándolos con una pena. Normalmente la realización de un hecho típico genera la sospecha de que ese hecho es también antijurídico (función indicaria de la tipicidad); pero esta presunción puede ser desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuricidad.

La antijuricidad es un predicado de la acción, atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico. Es una cualidad de la acción común a todas las ramas del ordenamiento jurídico.

A la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico se llama antijuricidad formal. La antijuricidad no se agota, sin embargo, en esta relación de oposición entre acción y norma, sino que tiene también un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger. Se habla en este caso de antijuricidad material. Antijuricidad formal y material no son sino aspectos del mismo fenómeno.

Una contradicción puramente formal entre la acción y la forma no pide ser calificada de antijurídica, como tampoco puede ser calificada como tal la lesión de un bien que no está protegido jurídicamente. La esencia de la antijuricidad es, por consiguiente, la ofensa de un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción. En la medida en que no se de esa ofensa al bien jurídico no podrá hablarse de antijuricidad, por mas que aparente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción.

Quien realiza dolosamente un tipo penal actúa, por regla general, con conocimiento de la ilicitud de su hacer. Así como decíamos antes que la tipicidad es un indicio de la antijuricidad, podemos decir ahora que la realización dolosa es un tipo penal casi siempre va acompañada de la conciencia de que se hace algo prohibido, tanto mas cuanto el bien jurídico protegido en el tipo en cuestión sea

uno de esos fundamentales, para la convivencia y en cuya protección tiene su razón de ser en el derecho penal.

No obstante, el conocimiento de la antijuricidad no es un elemento superfluo de la culpabilidad sino, al contrario, un elemento principal y el que le sea su razón de ser. Este conocimiento de la antijuricidad no es necesaria, sin embargo, que vaya refiriendo al contenido exacto del precepto penal infringido o a la penalidad concreta del hecho; basta con que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido esta jurídicamente prohibido y que es contrario a las normas mas elementales que rigen la convivencia.

En cuanto a este elemento del tipo penal, Niguel Angel Cortez Ibarra, nos indica que:

"La antijuricidad es otro de los elementos esenciales del delito. La conducta, además de típica, ha de ser antijurídica, esto es contraria al orden jurídico. La primera, dentro de la dogmática jurídica del delito, reúne características formales; pro lo que, para determinar la antijuricidad de la conducta, debe constatarse si esta contradice al orden jurídico, independientemente de que existan o no violaciones a normas de cultura".⁴⁶

La antijuricidad presenta un carácter eminentemente objetivo. No le interesan aspectos finalísticos de la conducta o si esta proviene de un incapaz, basta constatar, emitiendo un juicio, que la acción es contraria al orden jurídico.

Frecuentemente se presentan concretos casos, que por las justificadas circunstancias en las cuales obra el autor, y apreciando el valor de los bienes en pugna, se excluye de toda responsabilidad al agente. Estas son causas de

⁴⁶ CORTEZ IBARRA, Miguel Angel. DERECHO PENAL, Parte General, 4ª Edición, Editorial Cardenas Editor y distribuido México, 1992 Pag. 183

justificación, que eliminan la antijuricidad, dejando subsistente la tipicidad. Entre ellas señalamos la legítima defensa, estado de necesidad, ejecución de la ley, etc.

Ahondando más en este tema el precitado autor Cortés Ibarra, señala que “los elementos del delito pertenecen a un todo estructural, encontrándose estrechamente entrelazados dentro de una prelación lógica presupuesta. Así, no existe tipicidad sin conducta; la antijuricidad exige una conducta típica; la culpabilidad en el sujeto, solo se presenta cuando se ha realizado una conducta típica antijurídica; la punibilidad supone una conducta típica, antijurídica y culpable. Dentro de esta prelación lógica, los elementos del delito mantienen sus peculiares rasgos e independientes.”

“Tampoco se puede concebir al tipo exclusivamente como concreción de la antijuricidad, prescindiendo de su función indiciaria. Concretar significa delimitar, y lo que encierra el tipo no es lo antijurídico; la antijuricidad se presenta en concreto, no es abstracto, como el tipo; este existe aun no realizándose la conducta que describe; la antijuricidad, en cambio, exige para su existencia la realización positiva de una concreta conducta. Lo mismo sucede en la tipicidad, se da en concreto, nunca en abstracto.”

Este citado autor sigue indicando que: “Concebir a la antijuricidad incorporada al tipo, o en otros términos, estimar el tipo como descripción de lo antijurídico, es reducir equivocadamente a la antijuricidad a un concepto abstracto e hipotético que no lo tiene en su esencia.”⁴⁷

Con esta observación, podemos conceptualizar a la antijuricidad, como toda conducta contraria al orden jurídico penal. Ahora, para considerar a la conducta contraria al derecho, se requiere la reunión de los siguientes elementos:

⁴⁷ IBIDEM. Pag. 190

1. Que la conducta se típica
2. Que no exista causa de justificación (aspecto negativo).

En conclusión, el tipo contiene aquellas conductas o hechos considerados en abstracto como socialmente dañosos (delitos). La tipicidad simplemente satisface la función descriptiva del delito y se presenta en concreto. La antijuricidad es la oposición de la conducta a la ley, teniendo como presupuesto lógico a la tipicidad, sin confundirse con ella.

IMPUTABILIDAD

Dentro del campo del derecho penal, la imputabilidad se considera como la capacidad de entender y querer, del sujeto, como se observa dicha capacidad la integran dos elementos específicamente y estos elementos son:

1. El intelectual, referido a la comprensión del alcance que tienen los actos, que uno realiza, y
2. La voluntad de determinarse a ciertos actos, deseando un resultado.

El tratadista español MUÑOZ CONDE, indica que “la culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del tipo de injusto, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivadas en sus actos por los mandatos normativos”.

“Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico, se le llama imputabilidad, o más moderadamente, capacidad de culpabilidad. Quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir graves alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más que estos sean típicos y antijurídicos. El concepto de imputabilidad o de capacidad de culpabilidad es, pues un tamiz que

sirve para filtrar aquellos hechos antijurídicos que puede ser atribuidos a su autor y permite que, en consecuencia, este pueda responder a ellos”.

Las facultades intelectivas y volitivas humanas están condicionadas por otra serie de factores, que también deben ser relevantes pero la determinación de la capacidad de culpabilidad (factores psíquicos y socio culturales). Por eso, no puede considerarse actualmente que la capacidad de culpabilidad sea únicamente un problema de facultades intelectivas y volitivas del sujeto, sino algo mucho más complejo. En el proceso de interacción social supone la convivencia, el individuo, obligado por sus propios condicionamiento al intercambio y a la comunicación con los demás, desarrolla una serie de facultades que le permiten conocer las normas que rigen la convivencia en el grupo al que pertenece y regir sus actos de acuerdo con dicha normas. Se estableció así un complejo procesado de interacción y comunicación que corresponde con lo que en la psicología moderna se llama motivación.

Es pues. “la capacidad de motivación a nivel individual, la capacidad para motivarse por los mandatos normativos, lo que constituye la esencia de ese elemento de culpabilidad que llamamos imputabilidad. En la medida en que esa capacidad no haya llegado a desarrollarse por falta de madurez o por defectos psíquicos de cualquier origen, no podrá hablarse de culpabilidad.”⁴⁸

Los juristas Carranza y Rivas y Carranza y Trujillo, por su parte señalan que: “para que la acción sea inculpada, además de antijurídica y típica ha de ser culpable. Ahora bien, solo puede ser culpable el sujeto que sea imputable”⁴⁹

“Imputar es poner una cosas en la cuenta de alguien, lo que no puede darse sin este alguien; y para el derecho penal solo es alguien que, sus condiciones psíquicas, es sujeto de voluntariedad. Ahora bien, por voluntad se entiende la

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, Ob. Cit. Pag. 107

⁴⁹ CARRANCA Y RIVAS, Raul y CARRANCA Y TRUJILLO. Raul Ob. Cit. Pag. 430

libertad de elegir, que con la libertad de obrar es lo que se le ha llamado concurso de voluntad. Será pues, imputable, todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigüidad, abstracta e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente, todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida, en la sociedad humana.

Como fundamento de la imputabilidad se han sostenido los principios del libre albedrío, y de la responsabilidad moral que, estimándolos inmutables, al mantener que la libertad es un atributo indispensable de la voluntad, de tal suerte que esta no puede existir sin aquella. La imputabilidad se fundó, en el concurso de inteligencia y de la libre voluntad humana. En consecuencia, donde faltara el libre albedrío o la libertad de elección, no cabía aplicación de pena alguna, cuales quiera que fueran las circunstancias de la acción y las condiciones propias del sujeto.

“Para la defensa social son imputables todos los que cometen hechos punibles, prescindencia del problema de si obraron libre y espontáneamente, la imputabilidad deriva de la existencia misma de la sociedad, por que el sujeto es causa física de la infracción, el hombre es penalmente imputable por que lo es socialmente y por que vive en sociedad y mientras viva en ella”

“La imputabilidad es consecuencia de la personalidad del infractor, frente a la cual reacciona la sociedad con medidas adecuadas”⁵⁰

Por lo que respecta al Código Penal del Distrito Federal tras de admitirse como base de la imputabilidad la voluntad, tampoco se mantuvo como base de la culpabilidad el estado peligrosos por oponerse a ello las garantías individuales que la constitución consagra; pero el C.P.D.F. se inspiro también en la defensa social reconociendo en la peligrosidad un elemento fundamentalmente aprovechable

⁵⁰ IDEM 432

para la fijación de la pena o medida de seguridad en vista de las tendencias antisociales reveladas por el delincuente mediante el delito mismo, no antes de aquí la adaptación de la pena a la persona cuyo peligrosidad que de relevada; en efecto, fundamental importancia adquieren los artículos 70 y 72 del C.P.D.F. el primero de los cuales dispone que (regla general). Dentro de los límites fijadas por la ley, los jueces y tribunales impondrán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiaridades del delincuente en los términos del artículo 72 de este código; y el segundo que, en consecuencia en la aplicación de dichas sanciones deben tenerse en cuenta.

- I. La naturaleza de la acción y omisión y los medios empleados para ejecutarla;
- II. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que este fue colocado;
- III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado;
- IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo como su calidad y la de la víctima u ofendido;
- V. La edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado permanezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos o costumbres;
- VI. Las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que encontraba el activo en el momento de la comisión del delito;
- VII. Las circunstancias del activo y pasivo antes y durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualizar la sanción, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VIII. Las demás circunstancias especiales del agente que sena relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes.

La imputabilidad hace referencias a propiedades también de tipo psicológico, que en el sujeto deben concurrir al momento de cometerse la infracción para tenerlo como sujeto apto o capaz de responder ante el Estado de su ilícito obrar.

Con frecuencia se le identifica la "capacidad" del Derecho civil o Privado; así como un sujeto debe tener capacidad para celebrar actos jurídicos, así en el Derecho Penal, el sujeto debe tener esas cualidades de aptitud psíquica exigidas por la ley para responder de su conducta delictuosa.

La imputabilidad se presenta en abstracto, no es concreto, como la culpabilidad. Un sujeto puede ser imputable y jamás cometer un delito alguno; en cambio, la culpabilidad reclama necesariamente una conducta típica y antijurídica.

Son imputables aquellos sujetos que por reunir las condiciones psíquicas de madurez y salud mental que ley reclama, se encuentran capacitados para entender, querer y responder así ante el Estado y al sociedad de sus acciones contrarias al ordenamiento jurídico penal. Así mismo señala que de las diversas tendencias para definir a la culpabilidad se infieren las siguientes conclusiones diversas:

- a) Se acepta como presupuesto del delito. Antes de analizar la existencia del delito mismo, se procederá si el autor es o no imputable. Si es imputable,

resulta, inútil, superfluo, examinar la presencia de los constitutivos elementos del ilícito penal, con motivo de ausencia de su presupuesto lógico fundamental que es la imputabilidad. Si la conducta deriva de un sujeto imputable, opera el análisis de dichos elementos, en este pensamiento, la conducta típica, antijurídica culpable y punible, se encuentra supeditada y condicionada por la imputabilidad.

Esta vertiente doctrinal destruye la contemplación objetiva de la imputabilidad como presupuesto para integrar sus respectivas existencias. Si un imputable infringe la ley Penal, su conducta es objetivamente típica y antijurídica: típica, porque se ajusta a la hipótesis abstracta; antijurídica, porque la conducta contradice al orden jurídico. La apreciación objetiva de estos elementos, que pueden exigir sin la imputabilidad, le resta seriedad y consistencia jurídica a esta tendencia.

- b) Se acepta como elemento de la culpabilidad en unión del dolo y la culpa. Los resultados son los siguientes: se respeta la apreciación objetiva de los elementos conducta, tipicidad y antijuricidad, ya que en jerarquía y dentro de la prelación lógica son anteriores a la culpabilidad. Al analizar este elemento, vemos que la imputabilidad, el dolo y la culpa, tiene valor equivalente dentro la misma estructura orgánica de la culpabilidad, dejando de estar al faltarle cualquiera de estos ingredientes. De lo anterior se desprende que los enajenados, los infantes no son culpables, por ser imputables, pudiendo obrar con dolo o culpa.

Los conceptos “dolo y culpa”, son institutos jurídicos que suponen a un sujeto con capacidad de discernimiento normal, a un sujeto con aptitud psíquica de querer y entender. Si bien un imbecil “quiere”, esa intención no es dolosa jurídicamente, en virtud de que el dolo implica un dañoso propósito, una obrar consciente y definido hacia un fin delictuoso del cual carecen los imputables. Es inaceptable también este pensamiento.

c) Se acepta como presupuesto la culpabilidad. Esta posición nos parece correcta. La conducta antes de reputarse culpable, debe provenir de sujeto imputable. El dolo y la culpa, que son formas de culpabilidad tienen como presupuesto a un sujeto capaz y no a un atrofiado. Los enajenados y los infantes existentes a la culpabilidad. Esta tendencia deja subsistente la valoración objetiva de la conducta, tipicidad y antijuricidad, por lo que un inimputable puede actuar típica y antijurídicamente, mas no es responsable por ser imputable, siendo en tal caso, inútil entrar al estudio de la culpabilidad, por ausencia de su esencial presupuesto.

CULPABILIDAD

La culpabilidad es una posición psicológica del sujeto, valorada jurídicamente, que lo liga con su acto o resultado. Pero esta posición no presenta exclusivos aspectos psicológicos, sino que algo de "normativismo". Es decir debe contemplarse jurídicamente. De ahí que no podemos hablar de culpabilidad penal, sin relacionar el hecho psicológico de la norma jurídico penal, la culpabilidad, así entendida y dentro de la estructura dogmática del delito, supone una conducta típica antijurídica. Es superfluo proceder al análisis del elemento la existencia de los restantes ingredientes esenciales del ilícito penal.

La culpabilidad no es un concepto psicológico "puro", sino que también inmerso en su forma esencialidad un inminente carácter jurídico.

Solo se es culpable de conductas reconocidas por el Derecho Penal con delictivas.

Sin substraernos del aspecto jurídico, esa posición del sujeto, ese nexo psicológico que lo vincula con el hecho realizado, reviste dos clásicas formas: dolo y culpa.

Solo aquel que, siendo imputable general, deba responder en concreto del hecho penal determinado que se le atribuye, es culpable. Mientras la imputabilidad es una situación psíquica en abstracto, la culpabilidad es la concreta capacidad de imputación legal, declarable jurisdiccionalmente, por haber motivo legal de exclusión con relación al hecho de que se trate.

Imputabilidad y culpabilidad concurren a integrar la responsabilidad penal: declaración jurisdiccional de una persona imputable y culpable por una acción determinada y, como consecuencia, sujeto de una pena cierta. En otras palabras: juicio valorativo de reproche.

Así, es evidente que la imputabilidad y la culpabilidad deben ser colocadas después de la antijuricidad y de la tipicidad, entre los elementos del delito: la culpa criminal sin un obrar antijurídico y típico es una ilusión.

Ahora bien, por su parte MUÑOZ CONDE, señala al respecto que " para la imposición de una pena principal consecuencia jurídico penal del delito, no es suficiente con la comisión de un hecho típico y antijurídico. Como se deduce de algunos preceptos del derecho penal vigente en cualquier país civilizado, la comisión de un hecho delictivo, en el sentido de un hecho típico y antijurídico, no acarrea automáticamente la imposición de una pena al autor de ese hecho. Existen determinados casos en los que el autor de un hecho típico y antijurídico queda exento de la responsabilidad penal. Ellos demuestran que junto a la tipicidad y la antijuricidad debe darse una tercera categoría en la teoría general del delito, cuya presencia es necesaria para imponer una pena. Esta categoría es la culpabilidad. Es una categoría cuya función consiste, precisamente en acoger aquellos elementos que, sin pertenecer al tipo de injusto, determinan la imposición de una pena."⁵¹

⁵¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit. Pags. 101, 104

"Actúa antijurídicamente quien, sin estar autorizado, realiza un tipo jurídico penal y ataca con ello un bien jurídico penalmente protegido. Actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico pudiendo actuar de modo indistinto, conforme a derecho."

La culpabilidad es un fenómeno individual, sino social. No es una cualidad de la acción sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella. Es pues la sociedad o mejor su Estado representante, producto de la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado, quien define los límites de lo culpable, de la libertad y de quien define los límites de lo culpable, de la libertad y de la no libertad. De ahí se deriva que el concepto de culpabilidad tienen un fundamento social, antes que psicológico y que no es una categoría abstracta o histórica al margen, incluso, como algunos creen, contraria a las finalidades preventivas del derecho penal, sino la culminación de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por que y para que, en un momento histórico determinado se recurre a un medio defensivo de la sociedad tan grave como la pena y en que medida debe hacerse uso de ese medio.

Así mismo indica que existen elementos de la culpabilidad de una persona que, en el caso concreto, ha cometido un hecho típico y antijurídico, es necesario que se den en esa persona una serie de requisitos sin los cuales no se puede hablar de culpabilidad. La comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma solo puede darse si el individuo tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, conoce su contenido sin grandes en una situación en la que puede regirse, sin grandes esfuerzos, por ella.

Si por el contrario, el individuo por falta de madurez, por defecto del psíquico, por desconocer el contenido de la prohibición normativa o por encontrarse en una situación en la que no le era exigible un comportamiento distinto, no puede ser motivado por la norma o la motivación se altera gravemente, faltará la culpabilidad,

es decir el hecho típico y antijurídico no podrá atribuirse a su autor y, por tanto este tampoco podrá ser sancionado con una pena.

“De aquí se deduce que la culpabilidad, junto a ese fundamento material antes aludido de participación de los bienes jurídicos protegidos y motivación racional de los mandatos normativos, tiene unos elementos específicos, sin cuya presencia no podrá formularse juicio de atribución que implica y estos elementos son:

- A) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad, bajo este término se incluyen aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse (edad, enfermedad mental, etc.). es evidente que si no tienen las facultades psíquicas suficientes para poder ser motivado racionalmente, no puede haber culpabilidad.
- B) El conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido la norma penal solo puede motivar al individuo en la medida en que pueda conocer, a grandes rasgos el contenido de sus prohibiciones. Si el sujeto no sabe que hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; a norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede atribuírsele a título de culpabilidad.
- C) La exigibilidad de un comportamiento distinto. Normalmente el derecho exige la realización de comportamiento mas o menos incómodos o difíciles, pero no imposibles. El derecho no puede sin embargo, exigir comportamiento heroico; toda norma jurídica tiene ámbito de exigencia, fuera del cual no puede exigirse responsabilidad alguna. Esta exigibilidad, aunque se rija por patrones objetivos es, en última instancia un problema individual; es el autor concreto, quien tiene que comportarse de un modo u otro. Cuando la obediencia de la norma pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad faltara ese elemento y con el, la culpabilidad.

Y finaliza manifestando que “estos tres elementos son elementos graduales (excepto en el caso de la minoría de edad penal) y por eso, cuando hay alguna causa que los modifica o desdibuja, estas causas pueden tener, son un efecto atenuante de la culpabilidad cuando no tienen la entidad suficiente para excluirla totalmente.”⁵²

PUNIBILIDAD

Respecto a lo esencial de la punibilidad, Carranca y Rivas y Carranca y Trujillo, nos indica que: “La acción antijurídica y culpable para ser inculpada ha de estar conminada con la amenaza de una pena es decir; que ésta ha de ser la consecuencia de aquella, legal y necesaria. En nuestro derecho se señala al acto o la omisión para ser delictuosos, el estar sancionados por las leyes penales, lo que hace que según nuestra ley positiva el concepto de delito se integre con el elemento “acción” como presupuesto del elemento “punibilidad”, que es su predicado.”⁵³

En otras palabras, la punibilidad es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole una norma.

“Debe de reconocerse que la noción del delito se integra, no con la pena aplicada o no en la realidad de la vida a la acción descrita por la ley, ni con la sola amenaza de tal pena, o la conminación de punibilidad, independientemente de que la pena misma se aplique o se deje de aplicar.

De donde resulta que la punibilidad no es un elemento esencial de la noción jurídica del delito”.⁵⁴

⁵² IDEM. PAG. 105

⁵³ CARRANCA Y RIVAS Y CARRANCA Y TRUJILLO Ob. Cit Pag. 431

⁵⁴ IDEM. 432

Puede decirse que en todos los casos la ley exige para que exista punibilidad de la acción; un conjunto de condiciones objetivas seleccionadas en los tipos, pero en ocasiones también fijan otras condiciones objetivas; así las tenemos en los casos de delinquentes que hayan cometido infracción en el extranjero y que deban ser sancionados en la República, para lo cual es requisito que la infracción de que se le acusa tenga el carácter de delito en el país en el quien se ejecuto y en la República (artículo 4 fracción III del Código Penal Federal).

Siguen refiriendo que “En ciertos delitos, los llamados privados, es condición de procedibilidad de la acción penal, que prácticamente entraña condición de punibilidad, la querrela del ofendido o de sus representantes legales, se funda prácticamente la excepción a la persecución de oficio en los graves daños, apreciables por el ofendido mejor que por nadie mas, que se causarían sobre determinados bienes o en la escasa cuantía de los intereses lesionados y el escaso aprecio que de ellos puede hacer el propio ofendido.”

Desde el punto de vista jurídico cabe establecer que en ciertos delitos su condición de punibilidad radica en el agravio que la acción causa, y la ausencia de querrela del ofendido es prueba de tácito consentimiento del agravio cualesquiera que sean los motivos practico en que el consentimiento se funde, lo que jurídicamente debe producir la consecuencia de impunidad.

De ahí que “la punibilidad desaparece en ciertos casos que la ley considera, por razón de las personas y de la utilidad social de la impunidad, como no sancionables. Tal como ocurre en las cusas de exclusión del delito.

“Mención somera merecen los llamados delitos putativas o imaginarios, en los que el agente realiza una acción que cree delictuosa no asiéndola en realidad, o cuando la acción es indidonea para producir el resultado previsto, no estando considerada por la ley como delictuosa. Si la acción no es punible, no podrá

integrar delito; solo lo integrara cuando entre en la amplia formula adoptada en nuestro derecho para la tentativa que incluye el delito imposible.”⁵⁵

La conducta delictiva señalan, que es inconcebible imaginar la estructura típica del delito prescindiendo de uno de sus caracteres fundamentales, que es la punibilidad. Y que no confundamos la pena en ejecución y fin resocializador, que si es consecuencia del delito, con la punibilidad.

La pena a diferencia de la punibilidad, entendida como forma de reacción que emplea el Estado para reprimir y prevenir la criminalidad, es consecuencia del delito.

El delito se integra al concurrir sus elementos constitutivos que son: la conducta, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad. Esto es lo normal; sin embargo, en no frecuentes casos exige, además, especiales circunstancias ajenas a la voluntad del autor, que son indispensables para hacer efectiva la punibilidad. Como ejemplo tenemos el caso previsto en el artículo 4, Fracción III, del C.P.F. que impone como requisito para el delincuente sea juzgado en nuestro país, que la infracción de que se le acusa tenga también en el carácter del delito en el país que se ejecuto.

Se ha reputado condición objetiva de punibilidad, el requisito de procedibilidad llamado querrela. En algunos delitos como (fraude, y abuso de confianza) para que la autoridad pueda legalmente perseguir al delincuente, se requiere previa querrela del ofendido.

Las condiciones objetivas de punibilidad no constituyen un ingrediente esencial del delito; las condiciones para hacer efectiva la punibilidad, no se encuentra en forma constante sino ocasional y lo que no es constante en el todo, no puede formar parte de su esencia, por otra parte no se refieren al concepto mismo del delito, sino que son intrínsecos a el, norman un requisito de procedibilidad.

⁵⁵ CARRANCA Y RIVAS, Raul y CARRANCA Y TRUJILLO, Raul. Ob. Cit. Pags. 424,426

Luego el jurista MUÑOZ CONDE señala que “ la PENALIDAD o PUNIBILIDAD es, una forma de recoger y elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador, por razones utilitarias, que difieren en cada caso, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que solo tienen en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la culpabilidad, y su carácter contingente, es decir, solo se exigen en algunos delitos concretos. También en la penalidad existen causas que la fundamentan y estas son las llamadas condiciones objetivas de penalidad, y causas que excluyen y estas son, las llamadas causas de exclusión o anulación de la penalidad o excusas absolutorias.”⁵⁶

Para concluir ... refiere que “las CONDICIONES OBJETIVAS DE PENALIDAD. Son circunstancias que, sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena. Al no pertenecer tampoco al tipo, no es necesario que se refieran al dolo o la imprudencia del autor, siendo indiferente que sean o no conocidas por él. De ellas se distinguen las condiciones objetivas de procedibilidad o perseguibilidad, que condicionan, no la existencia del delito sino procedimiento penal. Se trata de obstáculos procesales que en el fondo tienen la misma función que las condiciones objetivas de penalidad”.⁵⁷

2.2.2 ELEMENTOS NEGATIVOS

Dichos elementos se encuentran en el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal. En su Capítulo V (CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO). El delito se excluye cuando:

- I. (Ausencia de conducta). La actividad o inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente;

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit. Pag. 134

⁵⁷ IDEM. 136

II. (Atipicidad). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito que se trate;

III. (Consentimiento del titular) Se actué con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado o legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible;
- b) Que el titular del bien jurídico, o quien este 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, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundamentalmente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien este legitimado para consentir, estos hubiesen otorgado el consentimiento;

IV. (Legítima defensa). Se repela una aprensión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del aprehendido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien sin derecho por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de lo que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño cause a un intruso al momento de

sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión;

V. (Estado de necesidad). Se abre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, a actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo;

VI. (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). 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 o ejercerlo;

VII. (Imputabilidad y acción libre en su causa) Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que le sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentra considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código,

VIII. (Error de tipo y error de prohibición) Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible respecto de:

- a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o
- b) La ilicitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o por que crea que esta justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos en el son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código,

IX. (Inexigibilidad de otra conducta). En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no se racionalmente exigible al sujeto de una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.

Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso.

Si en los casos de la fracciones IV, V y VI de este artículo el sujeto se excediere, se estará a lo previsto en el artículo 83 de este Código.

AUSENCIA DE CONDUCTA

Entre las causas que excluyen la conducta, la mas importante es la fuerza exterior irresistible o bis absoluta.

Es la bis absoluta, el movimiento corpóreo o la abstención que condiciona materialmente la producción del resultado, no obedece aun proceso volitivo, sino a una fuerza exterior que construyen físicamente al sujeto anulado su libre determinación.

También se presenta en omisiones productoras de resultados dañosos; en estos casos, el empleo de la "fuerza física" impide la actuación al sujeto.

La bis absoluta es las mas importante de las causas excluyentes de la conducta, advirtiendo que existen otras como lo son los actos reflejos " que son reacciones involuntarias originadas en tendencias instintivas".

El Profesor Castellanos Tena indica que también “se señalan como factores eliminatorios de la conducta bis mayor (fuerza mayor) y a los movimientos reflejos. Operan, por que su presencia demuestra la falta del elemento volitivo, indispensable para la aparición de la conducta. La bis absoluta y la bis mayor difieren por razón de la procedencia; la primera deriva del hombre, la segunda de la naturaleza, en su energía no humana, los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios (si el sujeto ya no funcionaba como factores negativos del delito.”⁵⁸

El Código Penal del Distrito Federal, en su artículo 29 fracción I, nos indica:

- I. (Ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realice sin la intervención de la voluntad del agente.

En conclusión la ausencia de conducta “Es el aspecto negativo del elemento conducta. En ocasiones, un sujeto puede realizar una conducta de apariencia delictuosa pero dicha conducta no puede atribuirse a la persona como hecho voluntario, tal será el caso de la naturaleza o de los animales, el hipnotismo y el sonambulismo”⁵⁹

AUSENCIA DE TIPICIDAD

La ausencia de tipicidad determina la negación del delito, y por lo tanto, la irresponsabilidad del sujeto.

La atipicidad es la ausencia de la adecuación de la conducta del tipo. Suele distinguirse entre ausencia de tipo y tipicidad; la primera se presente cuando el legislador deliberada o inadvertidamente no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catalogo de los delitos. En cambio la

⁵⁸ CASTELLANOS TENA. Ob. Cit. Pag. 256

⁵⁹ OSORIO Y NIETO Ob. Cit. Pag. 52

ausencia de tipicidad surge existe el tipo, pero no se amolda a el la conducta dada.

En el fondo, de toda atipicidad hay una falta de tipo, si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de el no existe tipo. La conducta, pues, es atípica cuando no se subsume plenamente a la descrita en la ley, por no complementarse cualquiera de los elementos que el tipo contiene. El Código Penal del Distrito Federal, en su artículo 29 fracción II, nos indica:

II. (Atipicidad). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate.

En este aspecto debemos tener en cuenta, uno de los principios fundamentales del Derecho Penal "nulla crimen, sine lege" es decir no existe delito sin ley, por lo tanto estamos frente al aspecto negativo de la tipicidad, toda vez "que cuando el legislador no describe una conducta dentro de la leyes penales, tal conducta no e delito, es decir hay ausencia de tipo cuando no existe descripción legal; existe tipo pero encuadramiento de la conducta al marco legal constituido por el tipo."⁶⁰

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Las causas de justificación eliminan la antijuricidad de la conducta. La eliminación de este esencial elemento del delito, requiere de una expresa declaración legal que opere como causa de justificación.

Se ha sostenido la concepción formal de la antijuricidad; ahora bien la oposición de la conducta al orden jurídico, no se presenta cuando así lo determina la propia ley. Esto no sucede con los elementos conducta, imputabilidad, y culpabilidad y por no constituir elementos formales, se trata de puras esencias que se desintegran al influir circunstancias o condiciones especiales.

⁶⁰ IBIDEM. Pag. 58

El legislador enumera y especifica estas causas, que se fundan en el principio de interés social preponderante. La conducta típica de la gente, adquiere plena justificación por presentar un interés superior a aquel destruido, obra por consistir la conducta lesionadora en el rechazo de una agresión ilegítima (legítima defensa), por permitirse en una coalición de intereses y la destrucción de un bien objetivamente inferior al salvaguardado, o por actuar a la gente ejecutando la ley que le impone un deber o la facultad para ejercer un derecho.

- a) Legítima defensa; es la reacción necesaria y racional en los medios empleados contra una agresión no provocada, sin derecho y actual, que amenaza con inminencia causar un daño en los bienes del agredido.
- b) Estado de necesidad; es un estado peligroso actual para legítimos intereses que únicamente puede conjugarse mediante la lesión de los intereses legítimos de la otra persona.
- c) Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho; a este respecto podemos decir que, la conducta de quien obra conforme a derecho, esto es, realizando lo que el ordenamiento jurídico ordena o permite, no puede ser reprochada como antijurídico, esto es cuanto al primer supuesto, y por lo que respecta al segundo, se anota que, si una persona ejerce de manera legítima su propio derecho, mal va a poder decirse que actúa antijurídicamente.

CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

El carácter negativo de la imputabilidad "es la imputabilidad puesto que, es la incapacidad para entender y querer en materia penal."⁶¹

Se ha afirmado que la imputabilidad es la capacidad volitiva e intelectual legalmente reconocida que condiciona la culpabilidad del agente; pues bien, cuando esa aptitud psíquica o capacidad de comprender la ilicitud de actuar es

⁶¹ IBIDEM. Pag. 62

inexistente por encontrarse gravemente alterada o inmadura, se dice que es sujeto inimputable y, por lo tanto inimputable.

Estas causas son de un carácter especial y anulan el estado de imputabilidad.

- A) Minoría de edad
- B) Enajenación mental;
- C) Trastorno mental transitorio (esquizofrenia, desarrollo intelectual retardado).

CAUSAS DE INCULPABILIDAD

La inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad para que un sujeto sea culpable se debe precisar en su conducta la intervención del conocimiento de la voluntad; esto es, la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos, siendo el primero de estos el intelectual y el segundo el volitivo. También toda causas eliminatoria de alguno o de ambos debe ser considerada como causa de inculpabilidad.

Las causas eliminatorias de la culpabilidad atacan directamente al contenido subjetivo del delito dejándolo insubsistente. El sujeto, sin perder su imputabilidad, actúa sin conciencia de ilicitud, por ignorar los esenciales elementos constitutivos del tipo penal o por encontrarse coaccionada la voluntad.

Existen diferencias notables entre las causas de inimputabilidad y de inculpabilidad. En las primeras el sujeto es incapaz, se encuentra; por su minoridad de edad, impedido psicológicamente para comprender la significación del acto realizado o teniendo la edad legal requerida para llegar a la madurez mental, el inculpable obra conscientemente, pero sin dañada intención.

Entre las causas específicas que excluyen la culpabilidad tenemos los siguientes:

- Error.
- Error esencial e invisible.
- Coacción moral.
- No exigibilidad de otra conducta.

Para que un sujeto sea culpable según se ha dicho, precisa en su conducta la intervención del conocimiento de la voluntad; por lo tanto la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos, intelectual y volitivo.⁶²

También toda causa eliminatoria de alguno o de ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Son causas que fundadas en necesidades sociales que eliminan la punibilidad, consecuentemente, al delito mismo, excluyendo la incriminación de la conducta, relevando al autor de toda responsabilidad.

En estos se presume que el activo no revela seria peligrosidad como para hacerse merecedor de la pena.

En síntesis, son aquellas circunstancias específicas en la que el legislador ha considerado no aplicar sanciones a conductas consideradas como delitos, en determinados casos concretos, existiendo el carácter delictivo junto con sus elementos que lo constituyen, sin modificaciones; pero sin ser punibles. Como ejemplo encontramos:

El artículo 148 del Código Penal del Distrito Federal. Considera como excluyente de responsabilidad penal en el delito de aborto.

⁶² CASTELLANOS TENA. Ob. Cit. Pag. 258

- I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial a que se refiere el artículo de este Código.

ASPECTO NEGATIVO DE LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PENALIDAD

Con motivo de que la mayoría de los autores niegan de que se trate de un verdadero elemento del delito, se ha incluido en el tema de la punibilidad por su relación estrecha con esta.

Al igual que la punibilidad, las condiciones objetivas, no son propiamente parte integrante y necesaria del delito; este puede existir sin aquellas.

Las condiciones objetivas, se encuentran constituidas por requisitos que la ley señala eventualmente para que el delito, pueda perseguirse. Algunos autores expresan que son requisitos de procedibilidad o perseguibilidad, mientras para otros son simples circunstancias o hechos adicionales.

2.3 DELITOS GRAVES Y NO GRAVES EN EL DISTRITO FEDERAL

En nuestra legislación, los delitos considerados como graves, se encuentran establecidos normativamente en el numeral 268 Fracción I y Párrafos IV, V, VI y VII, del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, que a continuación mencionamos:

Artículo 268. Habrá caso urgente cuando concurren las siguientes circunstancias:

Párrafo I. Se trata de delito grave así calificado por la Ley;

Párrafo IV. Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos no se otorgara el beneficio de la libertad provisional bajo sanción

previsto en la Fracción I del Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividir en dos.

Párrafo V. La tentativa punible de los ilícitos que se mencionan en el párrafo anterior también se considerara delito grave si el término medio aritmético de las dos terceras partes de la pena de prisión que se debiera imponer de haberse consumado el delito excede de cinco años.

Párrafo VI. Para calcular el término medio aritmético de la pena de prisión se tomaran en consideración las circunstancias modificativas de la penalidad del delito de que se trate.

Párrafo VII. Cuando se señalen penas en proporción a las previstas para el delito doloso consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquel.

CAPITULO TERCERO

EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL, se le considera como el derecho que tiene toda persona a que se le imparta justicia en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa, imparcial y gratuita, (de acuerdo al artículo 17 de nuestra Constitución), derecho que esta delegado en un órgano administrativo que el Ministerio Público o Representante de la sociedad (de acuerdo al artículo 21 de nuestra constitución), quien tiene la obligación constitucional de investigar la comisión de los hechos que se reputen como delictuosos y perseguir a los presuntos responsables, actos que integran una fase procesal llamada Averiguación Previa, y una vez integrada esta, ejercitar ese poder ante el órgano jurisdiccional denominado juez, solicitando la inoación del proceso respectivo, con todos sus actos procesales inherentes, fungiendo desde el inicio de la causas hasta la ultima instancia con el carácter de parte en igualdad de derechos y obligaciones con el acusado.

En relación a lo anterior, creemos importante anotar lo que al respecto refiere el profesor Sergio García Ramírez, quien en lo conducente indica: "En la doctrina, habida cuenta de las características del enjuiciamiento mixto, se suele plantear el problema del momento procesal al que corresponde el ejercicio de la acción: si al instante en que se inicia el sumario o instrucción, o al tiempo en que se pone en marcha el plenario, concretándose la acusación por hechos determinados y frente a una persona bien identificada."⁶³

EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL incumbe única y exclusivamente al Ministerio Público, mediante el acto de la consignación, ocurriendo ante el órgano jurisdiccional provocando la función correspondiente.

⁶³ GARCIA RAMÍREZ, Sergio. NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. 3ª Edición. Editorial. Porrúa. México 2001. Pag. 182

Es una atribución única y exclusiva del Ministerio Público por medio de la cual se le pide al juez que aplique el Derecho al caso concreto, para tal efecto se remite al juez la indagatoria con el pliego de consignación correspondiente y en su caso al indiciado, cuando la consignación sea contenido. El artículo 286 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, indica. "Cuando aparezca de la Averiguación Previa que exista denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previos que en su caso exija la ley y que se acredite la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indicado, el Ministerio Público ejercitara la Acción Penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda".

Para realizar el ejercicio de la acción penal, deben reunirse los requisitos que solicitan los artículos 16 (para solicitar la orden de aprehensión o comparecencia) y 19 (cuando las consignaciones son con detenido) de la Constitución Política, pero además los requisitos del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales (acreditar el cuerpo del delito que se trate y la probable responsabilidad del indiciado).

García Ramírez y Colin Sánchez, "entienden que son sinónimos los actos de ejercitar la acción penal y consignar, de donde resultaría que la consignación con la que se promueve el periodo instructorio, es el primer acto de ejercicio de la acción penal. En igual sentido se pronuncia González Bustamante, quien, sin embargo, distingue entre el ejercicio de la acción penal en abstracto, que se da durante el periodo instructorio, y el ejercicio de la acción penal y concreto, que se lleva a cabo en las conclusiones acusatorias, cuando el Ministerio Público cuenta ya con pruebas suficientes para ello. La Suprema Corte ha optado también por esa dirección, al entender que la consignación es lo que caracteriza el ejercicio de la acción penal, y que basta que el Ministerio Público promueva la incoación de un proceso para que se tenga por ejercitada la acción penal. No hay duda que la acción se pone en marcha cuando se consigna ante la autoridad judicial,

precisando hechos y participantes; acaso no ocurra lo propio en alguna hipótesis de la consignación anormal, bajo términos del artículo 4 del C.P.P.D.F.”⁶⁴

Ahora bien, de todo lo anterior se desprende que el único órgano administrativo titular para ejercitar la acción penal, por pertenecer al poder ejecutivo, es el Ministerio Público, esto con fundamento en lo establecido por el Artículo 21 de la Constitución Política Federal, cuyo monopolio queda bajo su tutela y potestad, operando la excepción a que se refiere el numeral 110 de la citada ley Máxima, en la que la Cámara de Diputados procederá a la acusación respectiva ante la Cámara de Senadores, las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inacatables.

En la comisión de los delitos cometidos por servidores públicos y aplicara las sanciones correspondientes, constituyendo el único límite de la acción penal y excepción a la regla.

El ejercicio de la acción penal implica la consignación del hecho presumiblemente delictuoso ante el Órgano Jurisdiccional. En este caso se han reunido los requisitos del artículo 16 de la Constitución Federal, es decir se ha comprobado, hasta ese momento procesal, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del o los detenidos.

A través de la consignación, el Ministerio Público investigador que ejercita la acción penal, pone a disposición del juez, las diligencias y/o al indiciado, en su caso, iniciando con ello la función del Órgano Jurisdiccional.

El Maestro Colin Sánchez, nos indica “que la consignación, es el acto procesal, a través del cual, el Estado por conducto del agente del Ministerio Público ejercita

⁶⁴ IDEM. Pags. 221 y 222

acción penal. Para eso, remite al juez el acta de Policía Judicial y al indiciado, o en su caso únicamente a las diligencias, iniciándose con esto el proceso”⁶⁵

La fundamentación de la consignación en materia procesal, la hayamos en el numeral 286 Bis del C.P.P.D.F., en el que se alude que: “Cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previos que en su caso exijan la ley y que se ha acreditado la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercitara la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda.”

En el Distrito Federal, existen dos clases de jueces en materia penal, ante los cuales radica la consignación del fuero común o de paz, por lo que el Agente del Ministerio Público, ejercita la acción penal ante la Dirección General de Consignaciones del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el cual a su vez remite la consignación ante el juez correspondiente, ya sea el Fuero Común o de Paz.

Es importante dejar asentado que, como ya se apuntó con antelación, la consignación puede darse en dos formas: con detenido, o sin detenido.

Cuando la consignación es con detenido, el indiciado quedara a disposición del juez, en la cárcel preventiva (en el Distrito Federal existen tres Reclusorios, el Sur, Oriente y el Norte).

Cuando la consignación es sin detenido, se solicita al juez se gire la orden de aprensión, y si el delito es de los que se sancionan con pena alternativa, se realizara únicamente la petición de orden de citación o en su caso orden de comparecencia.

⁶⁵ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. Pag. 353

En este sentido, para realizar el ejercicio de la acción penal, deben reunirse los requisitos que solicita los artículos 16 (para solicitar la orden de aprehensión o comparecencia) y 19 (cuando las consignaciones son con detenido) de la Constitución, pero además los requisitos del artículo 168 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (acreditar el cuerpo del delito que se trate y la probable responsabilidad del indiciado).

En lo que respecta al Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en su artículo 2 nos refiere:

La institución del Ministerio Público en el Distrito Federal, estará a cargo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal y tendrá las siguientes atribuciones que ejercerá por conducto de su titular o de sus agentes auxiliares, conforme a lo establecido en esta ley y demás disposiciones aplicables;

- I. Perseguir los delitos del orden Común cometidos en el Distrito Federal;

El artículo 3ro. Del mismo ordenamiento, establece:

Las atribuciones a que se refiere la fracción I del artículo 2do. De esta Ley respecto de la averiguación previa, comprenden;

- I. Recibir denuncias o querellas sobre acciones y omisiones que puedan Constituir delito;
- II. Investigar los delitos del orden común con la ayuda los auxiliares a que se refiere del artículo 23 de esta ley, y otras autoridades competentes, tanto federales como las entidades federativas, en los términos de los convenios en colaboración;
- III. Practicar las diligencias necesarias para la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad que corresponda así, como la relación de los daños y perjuicios causados;
- IV. Ordenar la detención y en su caso la retención de los probables responsables de la comisión de delitos en los términos previstos en el

artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- V. Asegurar los instrumentos, huellas, objetos y productos del delito, en los términos que señalen las normas aplicables;
- VI. Restituir provisionalmente y de inmediato al ofendido en el goce de sus derechos, siempre y cuando no se afecte a terceros y este acreditado el cuerpo del delito de que se trate y, en su caso de considerarse necesario ordenara que el bien se mantenga a disposición del Ministerio Público exigiendo el otorgamiento de garantías que, de ejercitarse la acción penal se podrán a disposición del órgano jurisdiccional.

El artículo 4 del mismo ordenamiento establece:

Las atribuciones a que se refiere la Fracción I del artículo 2. de esta ley respecto de la consignación y durante el proceso comprenden:

I. Ejercer la acción Penal ante el Órgano Jurisdiccional competente por los delitos del orden común, cuando exista denuncia o querrela, este acreditado el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad de quien o quienes en el hubieran intervenido, solicitando las ordenes de aprehensión, de comparecencia o de presentación en su caso;

- I. Solicitar al Órgano jurisdiccional las ordenes de cateo, las medidas precautorias de arraigo y otras que fueren procedentes en los términos de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos.
- II. Poner a disposición de la autoridad judicial, a las personas detenidas y aprehendidas, dentro de los plazos establecidos por la ley;
- III. Solicitar el aseguramiento precautorio de bienes o la constitución de garantías para los efectos de la reparación de los daños y perjuicios, salvo que el inculpado los hubiese garantizado previamente;

- IV. Aportar los elementos pertinentes y promover las diligencias conducentes para la debida acreditación del cuerpo del delito de que se trate, de la responsabilidad penal, de la existencia de los daños y perjuicios y para la fijación del monto de su reparación,
- V. Formular las conclusiones en los términos señalados por la ley, y solicitar la imposición de las penas y medidas de seguridad que correspondan y el pago de la reparación de los daños y perjuicios, o en su caso, plantear las excusas de exclusión del delito o las que extinguen la acción penal.

3.1 CONSIGNACION DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

La consignación de la averiguación previa, es el acto mediante el cual el Ministerio Público ejercita acción penal, poniendo a disposición del juez al indiciado, fundamentándose en las diligencias realizadas.

La acción penal tienen su principio mediante el acto de la consignación de la averiguación previa. Este acto es el impulso, es el punto en el cual el Ministerio Público acude ante el órgano jurisdiccional; esta consignación es el primer acto de ejercicio de la acción penal y poder llevar a cabo este acto inicial de ejercicio de la acción penal, es necesario cumplir determinados requisitos contenidos en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el artículo 16 hace referencia al cuerpo del delito y la probable responsabilidad. Y un aspecto especialmente importante es el que hace referencia, al cuerpo del delito, entendiéndose este, que se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integren la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal.

La consignación se encuentra fundamentada principalmente por nuestra Constitución Política y demás leyes adjetivas, en tanto que, para que proceda es indispensable que en la averiguación previa se hayan practicado todas y cada una

de las diligencias necesarias para integrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Es decir si bien es cierto, la consignación de la Averiguación Previa, no requiere de formalidades especiales ya que la ley procedimental no exige ninguna, por lo tanto, el resultado de esto es que los únicos requisitos que deberán proceder son los establecidos en el artículo 16 de nuestra Constitución Política.

3.2 AUTORADICACION

Una vez que el juzgador toma conocimiento de la consignación. Este dicta su primera resolución, misma que se conoce como auto de inicio de incoación o de radicación y que en esencia contiene el señalamiento de que el juzgado ha recibido el expediente, indicándose en dicha determinación, el día y la hora en que se recibió, lo que reviste vital importancia en el proceso toda vez que desde ese momento el juzgador tiene cuarenta y ocho horas para tomar su declaración preparatoria al indiciado y cuenta con veinticuatro horas mas para resolver la situación de la persona o personas puestas a su disposición, siendo la suma de la mismas las ya famosas setenta y dos horas a que hace referencia el artículo 19 constitucional que estatuye en su parte medular que:

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 auto de formal prisión en el que se expresaran: el delito que se le impute al acusado; el lugar y tiempo y circunstancias de ejecución así como los datos que arroje la averiguación previa, lo que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer la probable responsabilidad del indiciado.

Lo anterior significa que desde el momento mismo en que la persona acusada (indiciado) queda a disposición del juez, debe resolverse su situación dentro de los

setenta y dos horas no importando que sea en las primeras o agotado el tiempo; lo que en realidad es relevante es que no se exceda la mismas.

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado en la forma en que señale la ley.

La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. 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 prorroga debería llamar la atención 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.

El auto de radiación tiene relevancia en cuanto fija la jurisdicción del juez; es decir, que el juzgador adquiere la obligación de decidir sobre las cuestiones jurídicas que sean sometidas a su consideración en cada caso concreto, ya que al consignársele un expediente no puede negarse a recibirlo y resolver sobre ese conflicto de intereses.

Así mismo, el auto de inicio vincula a las partes con el órgano jurisdiccional, lo que significa que tanto el Ministerio Público como el indiciado y su defensor podrán actuar únicamente ante el Juez que tiene el expediente y no ante otro, aun que sea de igual Jerarquía.

También el auto de inicio sujeta a los terceros ante el órgano jurisdiccional toda vez que este puede ordenar que concurran antes su presencia quieran o no, y lo que es mas tiene la autoridad necesaria para que por medios coercitivos sean presentados el día y hora que indique.

El auto de incoación abre el periodo de preparación del proceso ya que sin este no puede realizarse el mismo.

“Por todo ello, se puede decir que el primer acto del proceso es la radicación de la causa (o del expediente, como se acostumbra decir, confundiendo las constancias documentales del proceso con este mismo). Es erróneo afirmar que el proceso se inicia con el auto de formal prisión, que sobreviene varias horas o varios días después de que se ha radicado el asunto. Esta ultima posición no permite explicar satisfactoriamente la naturaleza de los múltiples actos, entre ellos la orden de aprehensión o de comparecencia y la declaración preparatoria, que suceden entre dicha radicación y el referido auto de formal prisión. Parece obvio que la relación jurídica procesal, sustancia del proceso se establece antes de este auto.”⁶⁶

La reforma del año 1993, introduce algunos cambios que dan lugar a dos sistema de radiación, que cabria denominar “diferido” e “inmediato”. En ambos supuestos se trata de consignaciones sin detenido, pues las que se practican con detenido no pueden estar sujetas a condiciones temporales que menoscaben las garantías de tiempo que consagra la Constitución.

- a) Radiación diferida. El texto actual del artículo 142 del Código Federal de Procedimientos Penales, concede dos días (primer párrafo)

Tratándose de consignaciones sin detenido, el tribunal ante el cual se ejercite la acción penal radicara el asunto dentro del término de dos días, salvo lo previsto en el párrafo tercero, abriendo expediente en el que resolverá lo que legalmente corresponda y practicara sin demora alguna todas las diligencias que promuevan las partes.

- b) Radicación inmediata. Se hará esta cuando venga el caso alguno de los delitos designados como graves por el artículo 194 a fin de abreviar los tiempos para la expedición de la orden de captura.

⁶⁶ GARCIA RAMÍREZ, Sergio. Ob. Cit. Pag. 62

Cuando la consignación se hace con detenido la radiación del asunto debe ser inmediata, prescribe el texto del cuarto párrafo del artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Si el ejercicio de la acción penal es con detenido, el tribunal que reciba la consignación radicara de inmediato, y se entenderá que el inculpado queda a disposición del juzgado para los efectos constitucionales y legales correspondientes desde el momento en que el Ministerio Público lo interne en el reclusorio o centro de salud correspondiente.

El Ministerio Público dejara constancia de que el detenido quedo a disposición dejara constancia de que quedo a disposición de la autoridad judicial y entregara copia de aquella al encargado del reclusorio o del centro de salud, quien asentara el día y la hora de la recepción.

3.2.1 EFECTOS DEL AUTO DE RADIACIÓN

El ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, obliga al órgano jurisdiccional a resolver sobre la petición que aquél deduce. En consecuencia, tan luego como el juez reciba la consignación, dictará auto de radicación, en los términos del segundo párrafo del artículo 286 Bis, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, "El juzgado ante el cual se ejercite la acción penal, radicara de inmediato el asunto, sin más trámite le abrirá expediente en el que se resolverá lo que legalmente corresponda y practicará, sin demora alguna, todas las diligencias que resulten procedentes. En el que resolverá si el ejercicio de la acción penal reúne o no los requisitos del artículo 16 constitucional

Este auto sujeta a las partes y a los terceros al órgano jurisdiccional e inicia el periodo de preparación al proceso. A partir del momento en que se reciba la consignación con detenido, el juez dispone de un término de cuarenta y ocho horas para tomar, dentro de el, la declaración preparatoria del consignado, y de

otro de setenta y dos horas para resolver, también dentro de el, si se decreta la forma prisión o la libertad de aquel. El artículo 19 Constitucional hace referencia de las setenta y dos horas.

3.2.2 RADICACION CON DETENIDO Y SIN DETENIDO

Se plantean, al respecto, dos hipótesis: a) Que la consignación se haya hecho, con detenido y; b) Que se haya hecho sin el. De aquí que, antes de entrar en materia, debemos examinar las diferentes hipótesis que plantea las disposiciones reguladoras de la detención.

Las medidas limitativas de la libertad personal impuestas por el Estado al sujeto pasivo de la acción penal, responden a necesidades de diversa índole. Tanto la de garantizar la efectividad de la sentencia, como la de seguir el procedimiento hallándose aquel presente, obligan al aseguramiento de su persona.

Esta se obtiene mediante la detención de prisión y provisionales. La primera deriva de la disposición del artículo 16 constitucional y la segunda del 19. ambas tienen, pues, carácter preventivo y no sancionador, aunque el tiempo que hayan durado se abone al sujeto que se convierte en penas a posteriori.

La detención y la prisión son resultados de actos jurisdiccionales: el auto de detención y el de formal prisión; respectivamente. Sin embargo, la primera de ellas por necesidad de orden social, puede ser ordenada por autoridades distintas de la judicial. No hay que confundirla, en ningún caso, con la aprehensión. Esta consiste en el acto material de prender a la persona, de asirla para privarla de la libertad, y aquella viene a ser el estado jurídico de privación de libertad que sigue a la aprehensión.

La aprehensión es, pues, un simple acto material, que se ejecuta:

- a) En caso del delito flagrante por cualquier persona, sea o no agente de la autoridad. Reza, en efecto, el artículo 16 constitucional que, en tal caso, "cualquier persona puede aprehender al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y esta, con la misma prontitud a la del Ministerio Público.

Se entiende al efecto que el indiciado es aprehendido en flagrante delito no solo cuando es arrestado en el momento de estarlo cometiendo, sino también cuando después de ejecutado el acto delictuoso el indiciado es materialmente perseguido y detenido en el curso de la persecución ininterrumpida (artículo 267 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal).

El acto material, de aprehender al delincuente in fraganti, que es legítimo por ministerio de la Constitución y no precisa, por lo tanto, de auto previo de la autoridad judicial es facultativo para el particular y obligatoria para la autoridad o sus agentes y;

- b) en caso de delito no flagrante, la aprehensión requiere previo auto de detención.
- c) Por regla general, este auto solamente puede ser dictado por la autoridad judicial a solicitud del ministerio Público, previa comprobación de los elementos exigidos por el artículo 16 constitucional, es decir "sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal (prisión o muerte), y sin que estén apoyadas aquellas por detención, bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado."

Por excepción dispone el propio artículo 16 constitucional que "Solo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado puede sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o

circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad ordenar su detención, fundado y expresado los indicios que motiven su proceder.”

Los artículos 266 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y 194 del Código Federal de Procedimientos Penales autorizan al Ministerio Público a detener en el caso mencionado.

Volviendo a auto de radicación, diremos que, en la primera de las hipótesis mencionadas, es decir, si la consignación se ha hecho con detenido, el juez examinara si la consignación reúne los requisitos del artículo 16 constitucional y, en caso afirmativo, empleara el término “RATIFICAR” la detención del consignado, a su vez decretara, a pesar de que este ya esta privado de la libertad, por que la única decisión que justifica esa privación de libertad y crea el estado jurídico respectivo, es el auto del Juez. En caso contrario, o sea si no parecen reunidos los requisitos constitucionales, el juez decretara la inmediata libertad del consignado.

En la hipótesis es decir si el Ministerio Público consignación sin detenido, pero pide la detención o comparecencia del sujeto pasivo de la acción penal, el juez decidirá concederlas o negarlas, en sus respectivos casos si la consignación reúne o no los requisitos del artículo 16 Constitucional.

3.3 DECLARACION PREPARATORIA

“Dentro de las cuarenta y ocho horas, contadas desde que un detenido ha quedado a disposición de la autoridad judicial encargada de practicar instrucción, se procederá a tomarle su declaración preparatoria. La declaración preparatoria no es medio de investigación del delito ni mucho menos tiende a provocar la confesión del declarante ⁶⁷Su objeto lo define con claridad la fracción III del artículo 20 constitucional y no es otros que:

⁶⁷ IBIDEM. Pag. 274

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

El juez tendrá la obligación de hacer saber al detenido en este acto:

- I. El nombre de su acusador, la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo;
- II. La garantía de la libertad caucional en los casos en que proceda para obtenerla y;
- III. El derecho que tiene a una defensa adecuada, por sí, por abogado o por una persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez designará un defensor de oficio.

Si fueron varios los inculcados por los mismos hechos se les tomará declaración pro separado, en una audiencia. Cuando haya diversos inculcados que deban rendir declaración el juez adoptará las medidas legales.

En el supuesto de que el consignado no este en aptitud de rendir la declaración preparatoria pro cualquier causa, por ejemplo, por hallarse lesionado gravemente, apuntan dos soluciones prácticas: o bien entender que se suspende el término de cuarenta y ocho horas señaladas en el artículo 20 Constitucional fracción III, y por lo tanto se defiere la recepción de la declaración preparatoria hasta en tanto el detenido se encuentre en estado óptimo de rendirla, segunda decretar dentro del término de 72 horas, su libertad, junto con su detención, si están reunidos los requisitos del artículo 16 Constitucional.

Por todo esto la declaración preparatoria es la que rinde el indiciado en presencia del órgano jurisdiccional que conoce de su caso dentro de las cuarenta y ocho horas, revistiendo ciertos requisitos que pueden ser del orden procesal o bien constitucional siendo los primeros de acuerdo con el artículo 290 del código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Antes de tomar la declaración preparatoria al indiciado deberá preguntarle si desea o no hacerla para que en caso de que su contestación resulte negativa se asiente la razón correspondiente en el sentido en que se negó a declarar y proceda el órgano jurisdiccional a resolver su situación jurídica; cuando se manifiesta en sentido afirmativo dicha declaración deberá iniciarse con los generales del indiciado, incluyendo todos los apodos que tuviere, para proceder a continuación a ser examinado sobre los hechos que se le imputen, facultándose al juez para que adopte la forma en los términos que considere necesarios a fin de esclarecer el delito, así como las circunstancias de tiempo y lugar en que este se concibió y realizó.

Por lo general, las personas a las que se les instruye el proceso, han declarado con anterioridad al ser detenidos ante el personal de las corporaciones policiacas o bien ante el Ministerio Público, por lo que es necesario una vez que el indiciado manifestó sus genéreseles, que se le pregunte si la declaración que obra en el expediente y que se el atribuye es suya o no, para que de inmediato explique si la ratifica o no.

Ratificar significa conformar y aprobar actos palabras o escritos anteriores, realizados por quien manifiesta ante los demás que son ciertos, término jurídico que no todas las personas comprenden ya que generalmente cuando se pregunta al indiciado se ratifica o no su declaración a su respuesta afirmativa el juzgador le dará valor pleno

El artículo 292 del mismo ordenamiento establece que una vez que el indiciado ha declarado sobre los hechos, es el Agente del Ministerio Público y la defensa tendrán el derecho de interrogar al procesado, pero será el juez quien tendrá en todo el tiempo la facultad de desechar las preguntas si fueran objetadas fundadamente o a su juicio resultaren inconducentes.

El inculpado podrá redactar sus contestaciones; si no lo hiciere las redactara el Ministerio Público o el juez, según el caso, procurando interpretarlas con la mayor exactitud posible y sin omitir detalle alguno que pueda servir de cargo o descargo.

El artículo 293 del mismo ordenamiento establece: el inculpado podrá redactar sus contestaciones; si no lo hiciere, las redactara el Ministerio Público o el Juez, según el caso, procurando interpretarlas con mayor exactitud posible, sin omitir detalle alguno que pueda servir de cargo o descargo.

Por todo lo mencionado, este "artículo autoriza con la mayor exactitud posible, de tal suerte que sin omitir detalle alguno que pueda servir a favor o en contra del indiciado, las redacte el propio Ministerio Público o el Juez"

El artículo 294 del ordenamiento citado con anterioridad rompe con los lineamientos generales del proceso ya que estatuye:

Terminada la declaración u obtenida la manifestación del indiciado que no desea declarar, el Juez nombrara al procesado un defensor de oficio cuando proceda de acuerdo con la fracción III del artículo 269.

Lo que es contradictorio a lo ordenado a la fracción IX del artículo 20 Constitucional que confiere el derecho de que se de.

Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que su favor consiga esta constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada por si por su

abogado o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para ello, el juez designara un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

La contradicción existente entre los artículos señalados permite estimar que el ordenamiento procesal debe ser derogado ya que el objeto de otorgarle el derecho de designar defensor es con el propósito de que se le proporcione asesoría legal al rendir su declaración primera ante el juez, ya que si el defensor interviene después de la misma, resulta perjudicial dicha situación con los elementos que tiene en ese momento a su alcance.

Cabe mencionar que los requisitos del orden Constitucional que debe cumplir el órgano jurisdiccional son:

1. El relativo a la obligación de tomar la declaración preparatoria dentro de los cuarenta y ocho horas siguientes a la consignación.
2. Se le hará saber en audiencia pública; significando con ello que el Público obtendrá libre acceso, recordando que en el derecho Mexicano el sistema de enjuiciamiento es público.
3. El darle al a conocer cual es el hecho que se le imputa, explicársele en que consiste la conducta atribuida, ya que en esa forma puede entender la situación en que se encuentra.
4. La obligación que tiene el juez de hacer de su conocimiento el nombre y demás datos que pueden identificar a la persona que lo acusa.

3.3.1 TERMINO CONSTITUCIONAL

“El auto de término constitucional, como su nombre lo indica, tiene su fundamento en el artículo 19 constitucional mismo que establece que toda detención no podrá

exceder del término de setenta y dos horas sin que se justifique con auto de formal prisión lo que significa que también puede resolverse en sentido contrario a la privación de la libertad.⁶⁸

Existen dos posibles resoluciones dentro del mencionado auto, a saber:

- a) Auto de formal prisión o de sujeción a proceso y
- b) Libertad por falta de elementos para procesar.

La primera resolución, es la que determina que se de paso al proceso, ya que el juez estima que se tiene por comprobado el cuerpo del delito y por acreditada la presunta responsabilidad penal.

Ahora bien, los requisitos que debe reunir el auto de formal prisión y que se establecen en el artículo 297 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Que son dos clases: el primero, que se puede denominar de forma se refiere a que el mismo debe indicar la hora y la fecha exacta en que se dicte, lo que es necesario para computar el término para que las partes interpongan el recurso de apelación, y que además permite saber cuantas horas tardo el juzgador en resolver la situación del indiciado;

En el segundo se encuentran los requisitos medulares, como son los referentes a la expresión del delito imputado al indiciado, los delitos por lo que deberá seguirse el proceso, así como la expresión de lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del ilícito; destacan dentro de estos elementos o requisitos medulares el relativo a la comprobación del cuerpo del delito y el referente a la probable responsabilidad penal:

⁶⁸ ibidem. Pag. 320

“AUTO DE TERMINO CONSTITUCIONAL, OBLIGACIÓN INELUDIBLE DE LA AUTORIDAD JUDICIAL DE DICTAR.

El artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, impone a los jueces la obligación de resolver acerca de la situación jurídica del acusado, dentro del término de setenta y dos horas, contando a partir del momento en que fue hecha su consignación; sin que constituya impedimento, para dictar dicha resolución, la supuesta incompetencia del Juez del conocimiento. No es exacto que de resultar cierta tal incompetencia, se le violen garantías individuales al indiciado, toda vez que la ley procesal declara validas las primeras diligencias practicadas por un Juez, aun cuando resultase incompetente, siempre que las mismas no admitan demora, como lo son la recepción de la declaración preparatoria del inculcado y el propio auto de término. Es mas, el Código Federal de Procedimientos Penales autoriza, al Juez que previene, para actuar hasta que las partes formulen sus conclusiones.

Un razonamiento contrario al anterior, implicara el incumplimiento de la disposición constitucional, o bien la impunidad de un gran numero de delitos, debido a que los presuntos responsables fueron equivocadamente consignados ante el Juez incompetente.

Varios 277/79. Denuncia de Contradicción de tesis entre 1º y 2º.

Tribunales Colegiados del Segundo Circuito. 3 de Enero de 1980. 5 votos Ponente ; Raúl Cuevas Mantecon, Secretario: Francisco Nieto González Informe 1980 Sala Num. 11, Pág. 8”

La segunda se presenta en aquellas situaciones en que estudiando el expediente relativo y posterior a serle tomada su declaración preparatoria al indiciado, el juzgador no considera que se hayan reunido o cubierto los requisitos del artículo 19 constitucional, ósea que para el Juez no quedo comprobado el cuerpo del

delito penal, por lo que deja en libertad al indiciado, en la inteligencia de que si con posterioridad el Ministerio Público aporta nuevos elementos de prueba que permitan una nueva revisión del caso por el juzgador, este podrá revocar su decisión y ordenar la aprehensión de la persona a la cual había otorgado su libertad.

3.4 REQUISITOS PARA GIRAR LA ORDEN DE APREHENSION

La orden aprehensión, expedida por autoridad judicial penal, es título jurídico General y ordinario para la captura de un sujeto (inculcado) a fin de asegurar su comparecencia en el procedimiento sin perjuicio de la conversión de la medida en libertad provisional; si procede.

Supone, pues, que el Ministerio Público ha ejercitado la acción penal y el juzgador ha radicado la causa y estimado atendible la promoción del Ministerio Público.

En dos sentidos: suficientes para iniciar el proceso y bastante, en tal virtud, para resolver la grave medida cautelar de la aprehensión.

En esta materia la Constitución en su artículo 16 establece no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que la ley señale como delito, sancionado. Cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

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

Por todo esto "regula lo correspondiente a la orden judicial de aprehensión, precisando los elementos de fondo que deben de cumplirse para que la autoridad

judicial pueda dictar dicha orden. Afortunadamente, presenta una interesante serie de argumentos que contribuyen a establecer los propósitos constitucionales.⁶⁹

También enseña que los requisitos procesales de la denuncia o querrela “se refieren a un hecho determinado que la ley señala como delito.

Con lo anterior se busca plasmar en la Constitución el principio de responsabilidad por el hecho, con lo que se busca garantizar que la ley solo sancione conductas humanas de carácter antisocial.”

También la Constitución habla de la procedencia de la aprehensión en el caso de que el delito este sancionado “Cuando menos con pena privativa de libertad” Esta expresión nos remite a un concepto “cuantitativo” de las sanciones, con el propósito de hallar el sentido de la normas: mayores y menores en relación con la privativa de libertad.

Otra de las aportaciones importantes al concepto de orden aprehensión, es la precisión de los extremos de prueba que se tienen que acreditar para motivar la afectación de la libertad de un gobernado con el fin de someterlo a la jurisdicción penal. Así se puntualiza que:

Existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Así las cosas la existencia de un hecho punible como elemento de fondo para emitir la orden de aprehensión.

En consonancia con lo que propone el artículo 19 constitucional, se busca equiparar a la orden de aprehensión los extremos de prueba que se exigen para

⁶⁹ DIAZ D LEON, Marco Antonio. Ob. Cit. Pag. 222

un auto de formal prisión. Bien que haya adecuadas salvaguardas para el inculcado sobre todo cuando se trata de limitar su libertad.

Se estima que los elementos de la orden de aprehensión son exactamente los mismos que los del auto de formal prisión y a pesar de que aquella se dicta en un momento anterior al auto de procesamiento y sin haber emprendido aún la primera y esclarecedora etapa de la instrucción judicial, mientras que el segundo se expide al cabo de esta etapa inductoria que supera los datos de la averiguación previa y resuelve sobre la situación jurídica del inculcado y acerca del tema del proceso, decisiones particularmente importantes, que no corren a cargo, en cambio, de una orden de aprehensión.

Mas allá de su apariencia concluyente, el razonamiento transcrito no se trata aquí de nociones de Derecho Penal sustantivo, sino de derecho adjetivo pues se esta hablando de los elementos de la orden de aprehensión y en su caso del auto de formal prisión sin que al decir esto neguemos la estrecha e indisoluble vinculación que existe entre ambos planos del orden jurídico penal. En consecuencia, vale recurrir a las categorías propias del Derecho procesal para resolver asuntos de esta misma especialidad.

El Código Federal de Procedimientos Penales, determina los plazos para expedir o negar las ordenes de aprehensión, reprehensión, comparecencia y cateo, en sus respectivos casos.

Recuérdese que la comparecencia para rendir declaración preparatoria se ordena cuando el delito no da lugar a detención.

Por lo tanto, la situación actual es la siguiente:

- a) Ordenes diferido. En general, conforme al artículo 142 el juzgador dispone de Diez días contados a partir de la fecha en que se haya acordado la radiación (segundo párrafo).
- b) Ordenes aceleradas. Cuando se trate de alguno de los delitos graves previstos en el artículo 194, del Código Federal de Procedimientos Penales, se acordara o negara la aprehensión o el cateo dentro de veinticuatro horas contadas a partir del momento en que se acordó la radicación (tercer párrafo) del artículo 142 del mismo ordenamiento.

A propósito de la negativa del juzgador a dictar las solicitadas órdenes de aprehensión y reprehensión, comparecencia o cateo por no hallarse satisfechos los requisitos pertinentes, indicando que "se regresara el expediente al Ministerio Público para el tramite correspondiente (quinto párrafo) del artículo 142 del mismo ordenamiento.

CAPITULO CUARTO

4. PROBLEMÁTICA EN EL PLAZO PARA RESOLVER LA ORDEN DE APREHENSION EN EL DELITO GRAVE

En efecto una vez que se ha realizado la consignación sin detenido, el juez deberá radicar el asunto de inmediato (en el supuesto de que el delito que se trate sea considerado como grave), mediante un auto de radicación o también llamado cabeza de proceso, (tema abordado en el capítulo anterior, y a partir de ese momento el juzgador tienen veinticuatro horas para emitir su resolución resolviendo sobre el pedimento de la orden de aprehensión solicitada por el Ministerio Público en su calidad de representante social, encargado de la investigación desde luego, fundando y motivando debidamente su decisión.

Para ilustra no esta de más indicar que respecto a la que procesalmente se conoce como instrucción el profesor Guillermo Colín Sánchez, indica que:

"Es la etapa procedimental en donde el Juez instructor lleva a cabo una sucesión de actos procesales sobre la prueba, para que conozca la verdad histórica del procesado y estar aptitud de resolver en su oportunidad la situación jurídica planteada"⁷⁰ sigue indicando que "La palabra instrucción, desde el punto de vista gramatical, significa impartir conocimientos. En el aspecto jurídico, alude a que sean dirigidos al juzgador, independientemente que este tenga iniciativa para investigar lo que, a su juicio, no se preciso o claro para producir una autentica convicción."⁷¹

Por su parte Leopoldo de la Cruz Agüero, Nos indica que se considera a la instrucción como el tramite, curso o formalización de un proceso o expediente reuniendo pruebas, citando y oyendo a los interesados, practicando cuantas

⁷⁰ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. Pag. 359

⁷¹ IBIDEM. Pag. 361

diligencias y actuaciones sean necesarias para el órgano jurisdiccional este en posibilidades de fallar o resolver en definitiva el asunto de que se trate."⁷²

Por otra parte para poder hablar de la orden de aprehensión, es necesario saber que se entiende como tal.

La orden de aprehensión expedida por la autoridad judicial penal es el título jurídico general ordinario para la captura de un sujeto (inculcado) a fin de asegurar su comparecencia en el procedimiento sin perjuicio de la conversión de la medida en libertad provisional, si procede.

Supone pues, que el Ministerio Público ha ejercitado la acción penal y el Juzgador ha radicado la causa y estimable atendible la promoción del Ministerio Público en dos sentidos, suficiente para así iniciar el proceso y bastante, en tal virtud, para resolver la grave medida cautelar de la aprehensión.

Por su parte Jorge Alberto Silva Silva; indica "que la orden de aprehensión es la providencia cautelar, dispuesta por el tribunal, para que por conducto de un ejecutor sea presentada físicamente una persona, con el fin de lograr los aseguramientos propios que las medidas privativas de libertad implican (asegurar eventual condena, presencia al proceso, etc.) Además indica que el vocablo aprehensión de aprehendo, prenderé, prendí, que significa tomar, asir, coger."⁷³

En el caso del proceso penal, consiste en asir a una persona aun contra su voluntad y llevarla ante el tribunal que la reclama.

Guillermo Colín Sánchez, refiere que la orden de aprehensión, desde el punto de vista procesal, es una resolución judicial en la que, con base en el Pedimento del agente del Ministerio Público y satisfechos los requisitos indicados en el artículo

⁷² DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. Ob. Cit. Pag. 149

⁷³ SILVA e Alberto. DERECHO PROCESAL PENAL. 2ª Edición. Editorial Harla. Pag. 498

16 constitucional, se ordena la captura de un sujeto determinado, para que sea puesto, de inmediato, a disposición de la autoridad que lo reclama, o requiere con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye".⁷⁴

Resumiendo, la orden de aprehensión expedida por autoridad judicial penal, es el título jurídico general u ordinario para la captura de un sujeto (inculpado) a fin de asegurar su comparecencia en el procedimiento, sin perjuicio de la conversión de la medida en libertad provisional si procede.

Supone pues que el Ministerio Público ha ejercitado la acción penal u el juzgador ha radicado la causa y estimado atendible la promoción del Ministerio Público en dos sentidos:

Suficiente para iniciar el proceso y bastante; en la virtud, para resolver sobre la grave medida cautelar de la aprehensión.

En el derecho Romano, se tienen las siguientes figuras que interesan.

Según Teresa Jiménez Candela: "La *capitis deminutio* es una institución antigua, ligada a la familia seguramente ya desde época arcaica, que alcanza una cierta elaboración doctrinal entre los juristas republicanos, pero especialmente en la etapa clásica tardía.

La *capitis deminutio* supone un cambio en los vínculos de agnación, o dicho de otro modo en la posición que el individuo (*caput*) ocupa en la familia. Se agrupan bajo esta denominación diversos casos referidos a la pérdida de la libertad o ciudadanía o a las alteraciones de la posición del individuo en el ámbito familiar.

En todo caso, la relación de la *capitis deminutio* con la familia parece prioritaria, como la evidencia el hecho de que el adicto de *capite minutis* se refiere

⁷⁴ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. Pags. 362 y 363

exclusivamente a los casos de adrogatio y coemptio. Por influencia de Gayo, suele afirmarse que la *capitis deminutio* se divide en máxima, media y mínima. La primera llevaba aparejada la pérdida de la libertad; la segunda, la pérdida de la ciudadanía y la mínima los cambios dentro de la familia que comportan una ruptura con los vínculos de agnación procedentes por adopción, arrogación, conventio in manum, datio in mancipatio y emancipación.”⁷⁵

4.1 PRECEDENTES REGULATORIOS DE LA ORDEN DE APREHENSION

Para buscar los objetivos del presente trabajo es necesario señalar que la garantía de libertad consagrada en el artículo 16 de la Constitución Política de 1917, el Jurista Jesús Zamora Pierce, reconoce los siguientes precedentes:

PRIMER PRECEDENTE. Artículos 287 y 292 de la Constitución Política de la Monarquía Española. Promulgada en Cádiz de 19 de marzo de 1812.

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

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

SEGUNDO PRECEDENTE. Artículos 28 y 166 del Derecho constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814:

⁷⁵ IBIDEM Pag. 255

Artículo 28. son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de la ley.

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

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

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

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

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

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

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

II.- No podrá el presidente privar a ninguno de su libertad, ni imponerle pena alguna; pero cuando lo exija el bien y seguridad de la Federación, podrá arrestar, debiendo poner las restadas, en el término de cuarenta y ocho horas, a disposición del tribunal o juez competente.

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

QUINTO PRECEDENTE. Artículo 2º, fracciones I y II, de la primera; 18, fracción II, de la Cuarta; 41,42,43, fracciones I y II y 44 de la Quinta, de las Leyes Constitucionales de la Republica Mexicana, suscritas en la Ciudad de México el 29 de Diciembre de 1836:

Artículo 2º (sic) Son derecho del Mexicano.

I.- No podrá ser preso sino por mandamiento de juez competente dado por escrito y firmado, ni aprehendido sino por disposición de las Autoridades a quienes corresponda según la ley. Exceptuase el caso de delito in fraganti (sic), en el que cualquiera puede ser aprehendido, y cualquiera puede aprehenderlo, presentándole desde luego a su juez o a otra autoridad publica.

II.- No poder ser detenido más de tres días por autoridad ninguna política, sin ser entregado al fin de ellos, con los datos para su detención, a la autoridad judicial, ni por esta mas de diez días sin proveer auto motivado de prisión. Amabas autoridades serán responsables del abuso que hagan de los referidos términos.

Artículo 18. No puede el Presidente de la Republica

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

Artículo 41. El mandamiento escrito y formado del juez, que debe proceder a la prisión, según el párrafo I, artículo 2º de la primera ley constitucional, se hará saber en el acto al interesado: éste y todos deberán obedecer, cumplir y auxiliar estos mandamientos, y cualesquiera resistencia o arbitro, para embarazarlos o eludirlos, son delitos graves, que deberán castigarse según las circunstancias.

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

Artículo 43. Para proceder a la prisión se requiere:

- I. Que proceda información sumaria, de que resulte haber sucedido un hecho que merezca, según las leyes, ser castigado con pena corporal.
- II. Que resulte también algún motivo o indicio suficiente para creer que tal persona ha cometido el hecho criminal.

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

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

Son derechos del Mexicano:

- I. Que nadie lo pueda aprehender ni detenerlo sino por disposición de las autoridades facultadas expresamente por la ley, y en virtud de indicios a los menos, por los cuales se presume, que ha cometido o intentaba cometer algún delito. Solo en el caso de que las circunstancias no den tiempo para ocurrir a las autoridades, cualquier individuo podrá aprehender al delincuente, con tal que acto continuo lo presente a cualquiera de ellas, expresando los motivos, que lo hay obligado al procedimiento.
- II. Que no pueda ser llevado a la cárcel o a otro lugar de prisión, ni mantenerse en ella fuera de los términos que se expresará adelante, sin que se expida al efecto mandamiento por escrito dé la autoridad respectiva o se provea auto formal motivado y se de copia de uno y otro tanto al interesado, como al alcalde o custodio de la prisión. Estos no recibirán en ella ningún reo sin ese requisito.
- III. Que no pueda ser detenido mas de tres días por ninguna autoridad política, sin ser entregado al fin de ellos con los datos que hayan dado margen al procedimiento, a la autoridad judicial, ni por esta mas de ocho días, sin proveer auto motivado de prisión.

SÉPTIMO PRECEDENTE. Artículo 7º fracciones VI, VII Y IX del Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México el 25 de agosto de 1842:

La constitución declara a todos los habitantes de la republica el goce perpetuo de los derechos naturales de libertad, seguridad y propiedad, contenidos en las disposiciones siguientes:

VI.- Ninguno puede ser aprehendido, detenido ni preso sino previo mandato o auto escrito de juez competente de su propio fuero; ni juzgado o sentenciado por otro;

ni custodiado fuera de la residencia del que debe juzgarlo; ni preso en otro edificio que el que le señalare su juez, conservándose en aquel a su absoluta disposición.

VI. Ninguno será aprehendido, sino cuando contra el obren indicios por los cuales se presuma ser el reo de un delito que se ha cometido; no será detenido mas de tres días, a menos que subsistan las presunciones que dieron causa a su detención; ni mas de ocho, sin que se provea el auto motivado de su prisión.

IX.- Las autoridades políticas pueden mandar aprehender a los sospechosos y detenerlos por veinticuatro horas; mas al fin de ellas deben ponerlos a disposición de su propio juez con los datos para su detención. En cuanto a la imposición de las penas no pueden decretar otras que las pecuniarias o de reclusión que en su caso establezcan las leyes.

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

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

Seguridad VI. Toda aprehensión debe verificarse por los funcionarios a quien la ley cometa esta facultad, en virtud de indicios de que se ha cometido determinado delito de que sea responsable el aprehendido, y previa orden escrita de la autoridad judicial de su propio fuero o de la política respectiva. Exceptuase el caso del delito in fraganti en que cualquiera puede ser aprehendido y cualquiera aprehenderlo, presentándolo inmediatamente a su propio juez o a otra autoridad publica.

VII. El aprehendido no podrá ser detenido más de ocho días por la autoridad judicial sin proveer el auto de prisión, ni más de

veinticuatro horas por la política, la cual entregara al fin de ellas a su juez con los datos que tuviere.

NOVENO PRECEDENTE. Artículo 13, Fracción XII del Segundo Proyecto de Constitución Política de la Republica Mexicana, fechado en la Ciudad de México el 2 de noviembre de 1842.

La constitución reconoce en todos los hombres los derechos naturales de libertad, seguridad y propiedad, otorgándoles en consecuencia, las siguientes garantías:

SEGURIDAD. XII. Ninguno será aprehendido, sino por los agentes o personas que la ley establezca y en virtud de orden escrita del juez de su propio fuero, o de la autoridad política respectiva y cuando contra el obren indicios por los cuales se presuma ser reo de un determinado delito que se ha cometido, y no podrá ser detenido mas de ocho días por la autoridad judicial, sin proveer el auto de prisión, ni más de veinticuatro horas por la política, la cual lo entregara dentro de ellas a su juez con los datos que tuviere.

DECIMO PRECEDENTE. Artículo 9º, fracciones VI y VII de las Bases Orgánicas de la República Mexicana, acordadas por la Honorable junta legislativa establecida conforme a los decretos de 19 y 23 de diciembre de 1842 sancionadas por el Supremo Gobierno Provisional con arreglo a los mismo decretos el día 12 de junio de 1843 y publicadas por el Banco Nacional el día 14 del mismo:

Derechos de los habitantes de la Republica:

VI. Ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente dado por escrito y firmado, y sólo cuando obren contra el indicios suficientes para presumirlo autor del delito que se persigue. Si los indicios se corroboren legalmente de modo que presten merito para

creer que el detenido cometió el hecho criminal, podrá decretarse la prisión.

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

DECIMO PRIMERO PRECEDENTE. Artículos 40 al 43 del Estatuto Orgánico Provisional de la Republica Mexicana, dado en el Palacio Nacional de México el 15 de Mayo de 1856.

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

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

Artículo 42. La autoridad puede librar órdenes para la aprehensión de reos de otro fuero, siempre que aparezca como cómplices de algún delito de su conocimiento,

poniendo al detenido, dentro de cuarenta y ocho horas, a disposición del juez competente.

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

DECIMO SEGUNDO PRECEDENTE. Artículos 5º y 27 del Proyecto de Constitución Política de la Republica Mexicana, fechado en la Ciudad de México el 16 de junio de 1856:

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

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

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

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

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

Artículo 60. Ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente, dado por escrito y firmado y solo cuando obren contra el indicios suficientes para presumirle autor de un delito. Se exceptúa el caso de delito in fraganti; en que cualquiera pueda aprehender para conducirlo a la presencia judicial o dela autoridad competente.

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

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

DECIMO QUINTO PRECEDENTE. Mensaje y Proyecto de la Constitución de Venustiano Carranza, fechadas en la Ciudad de Querétaro el 1º de Diciembre de 1916:

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

Solamente en caso s urgentes podrá la autoridad administrativa decretar, bajo su mas estrecha responsabilidad, la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

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

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que haga probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos flagrante delito en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a la disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose

de delitos que se persiguen. De oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su mas estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.⁷⁶

No esta demás indicar que, respecto a la privación de la libertad de las personas, en el Derecho Romano, según el Jurista Faustino Gutiérrez Alviz y Armario, se define a la CAPITIS DEMINUTIO, como: "Perdida del estado o capitisdiminucion; Extinción de la personalidad civil por causas diversas que suponen la perdida de los derechos derivados de la caput. Durante el Derecho Clásico es distinto según sea máxima, media o mínima. Originalmente parece expresada la exclusión de una persona de las listas de los ciudadanos, del censo y sus efectos se equiparaban a la muerte natural". Siguiendo a este mismo autor respecto a la pérdida de la libertad personal, en su diccionario, define a la : CAPITIS DEMINUTIO MÁXIMA. Como: "anulación de la capacidad de una persona en razón de la perdida de su status libertatis; prácticamente su capacidad desaparece pues con la libertad se pierde la ciudadanía y la familia" y para entender mejor lo anterior es necesario, señalar que por CAPUT, debe entenderse según el anterior autor: "Cabeza, por ssinecdoque paso a significar el todo, la persona, el individuo. Jurídicamente, en la época clásica, equivale a la capacidad o personalidad jurídica, es decir, al estar el sujeto en posesión de los tres status: libertad, ciudadanía y familia. También significa capítulo, sumario, compendio, equivalente a capitulum.⁷⁷"

4.2 PLIEGO DE CONSIGNACIÓN

El pliego de consignación es en donde el agente del Ministerio Público investigador determina el ejercicio de la acción penal en los términos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la cual se realiza

⁷⁶ ZAMORA PIERCE, Jesús. GARANTIAS Y PROCESO PENAL, 9ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 1998. Pags. 5 a 12

⁷⁷ GUTIERREZ ALVIZ, Faustino y Armario. DICCIONARIO DE DERECHO ROMANO, Editorial REUS, Sociedad Anónima, Segunda Edición, Madrid, 1976

con las bases establecidas en el artículo II del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y las cuales son las siguientes:

I.- Estará fundada en la referencia a la denominación de los delitos de que se trate, a los artículos correspondientes de las leyes penales aplicables y a las conductas, son acciones u omisiones, previstas en dichos artículos;

II.- Estará motivada en la relación y descripción de los hechos, materia de la averiguación, precisando las circunstancias de lugar, tiempo y modo de la comisión de los delitos respectivos; en la participación de los probables responsables; en los elementos probatorios que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad; y la adecuación de las acciones y omisiones previstas por la ley como delito;

III.- Relacionará las pruebas que obren en el expediente de la averiguación; y;

IV.- Precisaré, en su caso, la continuación de la averiguación con el desglose correspondiente y los puntos petitorios conducentes a las determinaciones que del juez se solicitan; la reparación del año; y el destino final de los objetos relacionados con la averiguación previa.

En este sentido, es de señalarse que, en la práctica se entrega una copia de la averiguación al agente del Ministerio Público adscrito al Juzgado que corresponda conocer de la consignación correspondiente, y en la que se da cumplimiento a lo ordenado en la parte final del numeral precitado, que dice " se integrara por separado y con el sigilo debido una relación de pruebas adicionales a las necesarias para el libramiento de la orden de aprehensión o comparecencia y para al emisión del auto de formal prisión o sujeción a proceso, según sea el caso, pero que puedan integrarse y desahogarse durante el proceso para los efectos de la sentencia ejecutoria correspondiente" (sic)

4.3 OBSEQUIO DE LA ORDEN DE APREHENSION

Este es uno de los actos mas trascendentales en nuestra sociedad, es sin duda alguna lo relativo a la orden de aprehensión en virtud de que en ello se afecta a uno de los derechos fundamentales que tienen todo ser humano y que es su libertad física. Por ello, es que Muestra Carta Magna, ha puesto especial énfasis en este sentido, al ordenar a los Titulares de los Órganos Jurisdiccionales que presten mayor atención, al momento de resolver sobre un pedimento de orden de aprehensión, ya que éstos deben de determinar con claridad y precisión, los elementos que se señalan en el numeral 16 constitucional; y que consideran se encuentran reunidos para que la orden de aprehensión sea legal.

Expone el profesor Jesús Zamora Pierce que "la libertad es uno de los bienes de mayor jerarquía axiológica. Solo la vida lo supera y, dado que la legislación mexicana no impone ya la pena de muerte, podemos afirmar que la libertad es el bien mas valioso y el eje mismo sobre el cual gira la totalidad del drama penal."⁷⁸

Como se ha venido exponiendo, los requisitos que se deben cubrir para girar una orden de aprehensión, se encuentra plasmados en, el ya tantas veces señalado, artículo 16 de la C.P.E.U.M., y que son:

- I. Que exista denuncia o querrela;
- II. Que la denuncia o querrela sean sobre un delito que se sancione cuando menos con pena privativa de libertad;
- III. Que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado;
- IV. Que la solicitud la haga el agente del Ministerio Público, y;
- V. Que la dicte una autoridad judicial, mediante un mandamiento por escrito

⁷⁸ ZAMORA PIERCE, Jesús. Ob. Cit. Pág. 3

Así las cosas, respecto de los requisitos antes señalados, es de indicarse que respecto al primero de ellos, es decir, que exista denuncia o querrela, dichas figuras jurídicas ya fueron debidamente analizadas en el capítulo II del trabajo de tesis, quedando solamente manifestar que la regla general en el proceso penal, es que en la iniciación de la persecución de los delitos se debe hacer por medio de denuncia, de modo que solo perseguibles por querrela aquellos delitos que de manera expresa determinen las leyes.

Actualmente, después de varias reformas penales, se puede observar que se ha incrementado el número de delitos que son solamente perseguibles por querrela necesaria, y que en la mayoría de los casos son delitos patrimoniales.

En relación al segundo requisito, que establece que la denuncia o querrela sean sobre un delito que se sancione cuando menos con pena privativa de libertad, indica Jesús Zamora Pierce: "La aprehensión de una persona tiene, como única finalidad, el ponerlo a disposición de su juez para que este, en su caso, pueda someterlo a prisión preventiva mediante el auto de formal prisión. Ahora bien, el artículo 18 constitucional dispone que sólo por delito que merezca pena corporal (léase pena de prisión) habrá lugar a prisión preventiva, luego entonces; si el delito que se imputa no está sancionado con pena de prisión, el inculcado no puede ser sometido a prisión preventiva, ni tampoco puede ser privado de su libertad mediante una orden de aprehensión. Por ello, el artículo 16 constitucional dispone que: "no podrá librarse orden de aprehensión (salvo por) un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad.

La doctrina y la jurisprudencia concuerdan en afirmar que tampoco debe dictarse orden de aprehensión si el delito es sancionado con pena alternativa (prisión o multa), pues en esta hipótesis no tenemos la certeza de que, en caso de ser

declarado culpable, el inculpado será sancionado con pena de prisión, y solo podremos saberlo cuando se dicte la sentencia.”⁷⁹

Ahora bien, para ordenar una orden de aprehensión, no basta con la simple denuncia o querrela, sino que además es necesario que exista datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado, requisito este, que encuentra íntimamente ligado al numeral 122 del C.P.P.D.F., el cual a la letra dice:

ARTICULO 122 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DIUSTRITO FEDERAL. El Ministerio Público acreditara el cuerpo del delito de que se trate y la probables responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinara si ambos requisitos están acreditados en autos.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conju7nto 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 a 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.

⁷⁹ Ibidem. Pág. 17

Por lo que los elementos a que se refiere el numeral antes transcrito son los siguientes:

- I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II. La forma de intervención del sujeto activo; y
- III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.
- IV. Asimismo se acreditarán, si el tipo lo requiere a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias del lugar, tiempo modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea. Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada a favor de aquel alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

El artículo 21 de la C.P.E.U.M., establece el Monopolio de la acción penal que incumbe al Ministerio Público (con la excepción, ya indicada en el cuerpo de la presente investigación), el cual es el único facultado para solicitar se libere una orden de aprehensión, lo anterior se encuentra además establecido en la fracción II, del numeral 132 de la Ley Adjetiva Penal, que establece, que el Juez resolverá sobre la orden de aprehensión, requiriéndose: "II. Que el Ministerio Público le haya solicitado...", y por lógica el Juez, no puede librar, sino hay pedimento por parte del Representante Social. Y por último la orden de aprehensión, al igual que todo acto de molestia en la persona, debe ser dictada por una autoridad judicial, mediante un mandamiento por escrito, luego entonces, es violatorio del Artículo 16 constitucional todo mandamiento u orden verbal, mediante el cual pretenda privarse de su libertad a una persona; así se encuentra estipulado en dicho numeral, cuando dispone que: "Nadie puede ser molestado en su persona... sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente..." y agrega que: "No

podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial...”, por lo que, como puede observarse los únicos competentes para girar ordenes de aprehensión lo son los jueces penales.

Por otra parte, es importantísimo indicar que cuando las ordenes de aprehensión son cumplimentadas, el detenido debe ser puesto inmediatamente a disposición del Órgano Jurisdiccional, con el apercibimiento de que en caso de no hacerlo, se hará acreedor a una sanción penal.

Se afirma, en virtud de así señalarlo Nuestra Carta Magna, es el párrafo, tercero, del numeral 16 que dice: “La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su mas estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionado por la ley penal”.

Asimismo por lo que respecta al Código Adjetivo Penal del Distrito Federal, en el artículo 134 se establece que: “Siempre que se lleva a cabo una aprehensión en virtud de orden judicial, quien la hubiere ejecutado deberá poner al aprehendido sin dilación a disposición del juez respectivo, informando a éste acerca de la fecha, hay lugar en que se efectuó, y dando a conocer al aprehendido el derecho que tiene para designar defensor. En caso de que la detención de una persona exceda de los plazos señalados en el artículo 16 de la Constitución Federal, se presumirá que estuvo incomunicado y las declaraciones que haya emitido el detenido no tendrán validez”. Esto igualmente se encuentra plasmado en el párrafo cuarto del artículo 268 párrafo tercero del citado cuerpo de leyes, el cual a la letra dice: “Salvo que el individuo se encuentre en presencia del Ministerio Público, las demás detenciones serán ejecutadas por la policía judicial, la que deberá sin dilación alguna poner al detenido a disposición del Ministerio Público.”

A este respecto refiere el Profesor Colín Sánchez que: “En la práctica esta disposición no se obedece, el agente de la Policía Judicial que realiza la orden,

conduce al detenido a la guardia de agentes de la Policía Judicial y hasta el día siguiente se le envía a la cárcel preventiva a disposición del juez. Esta forma de proceder produce perjuicio al aprehendido y quebranta a lo instituido en las disposiciones legales del caso.⁸⁰

Ahora bien a la regla general establecida por el numeral 16 constitucional en comento, conforme a la cual solo puede privarse de la libertad a una persona por orden de autoridad judicial, existen dos excepciones a saber y que son la FLAGRANCIA y EL CASO URGENTE.

Señala el artículo 266 del C.P.P.D.F. que “El Ministerio Público y la policía judicial a su mando esta obligados a detener al responsable, sin esperar a tener orden judicial, en delito flagrante o en caso urgente”

Así las cosas, el párrafo cuarto del artículo antes señalado que: “en los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener el indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y esta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Nos indica Zamora Pierce: “Llámase delito flagrante a aquel cuyo autor es sorprendido en el momento mismo de cometerlo. Flagrar (del latín: flagrare), significa arder o resplandecer como fuego o como llama, de manera que, etimológicamente, el término delito flagrante se refiere al hecho vivo y palpante, resplandeciente, cuya observación convence al testigo de que está presenciado la comisión de un delito.”

El Constituyente es de opinión que la flagrancia nos impone de tal forma la evidente culpabilidad del sujeto, que autoriza el rompimiento de la regla general y, sin esperar a la orden judicial, permite que lo detenga cualquier persona. En tan amplio concepto quedan comprendidos, desde luego, el Ministerio Público y los

⁸⁰ COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Ob. Cit. Pag. 367

encargados de practicar diligencias de policía judicial.... pero también cualquier otra autoridad e incluso los particulares. Lo extraordinario de autorizar a un particular para que detenga a otro nos resultara evidente si recordamos que, fuera de este (sic) hipótesis de excepción, esa conducta resultaría sancionada como delito de privación de libertad...”

En el Código de Procedimientos Penales, se establece lo que debe de entenderse por flagrancia, ya que en su numeral 267 dice:

“Se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometido o bien cuando el inculpado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito.

Se equipara 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 fundamentalmente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos; se hubiere iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito.

En esos casos el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa y bajo su responsabilidad, según proceda, decretara la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merezca pena privativa de libertad, o bien, ordenara la libertad del detenido cuando la sanción sea no privativa de libertad, o bien, alternativa.

La violación de esta disposición hará penalmente responsable a quien decrete la indebida retención y el indiciado deberá ser puesto en inmediata libertad”

Como puede observarse, en el segundo párrafo del artículo anteriormente transcrito, se maneja, lo que doctrinalmente se conoce como flagrancia, cuasiflagrancia equiparada.

Por lo que respecta al CASO URGENTE, es menester transcribir lo que se anota en la Ley Instrumental Penal, ya que tal figura jurídica se encuentra regulada por el numeral 268, que a la letra dice:

"ARTICULO 268. Habrá caso urgente cuando concurren las siguientes circunstancias:

- I. Se trata de un delito grave así calificado por la ley.
- II. Exista riesgo fundado de que el indicado pueda sustentarse de 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 registro fundado a que se refiere la fracción II anterior, en atención a la 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 estuviera 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 ordenara la detención en caso urgente, por escrito, fundado y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en las fracciones anteriores.

Salvo que el individuo se encuentre en presencia del Ministerio Público, las demás detenciones serán ejecutadas por la policía judicial, la que deberá sin dilación alguna poner al detenido a disposición del Ministerio Público..."

Sobre el particular refiere Zamora Pierce, que: “en el párrafo quinto del artículo 16 (Constitucional), dispone: “Solo en casos urgentes, cuando se trate de delitos graves así calificados por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, o circunstancia, el Ministerio Público, podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder. El análisis de este texto nos permite identificar los diferentes elementos que deben reunirse para que pueda dictarse una orden de detención, ellos son los siguientes:

a) Debe tratarse de un caso urgente y, por tal, el constituyente Permanente entiende aquel en el que existe un riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia. Ya el Constituyente de 1917, en sus debates, afirmaba que el caso urgente se representa cuando hay peligro de fuga.

Respecto al texto reformado, aclaremos que lo fundado no es el riesgo (de fuga) sino la opinión que tienen el Ministerio Público de que dicho riesgo existe. En efecto, el representante social es de opinión que existe un riesgo de que el indiciado se fugue, y esa opinión es fundada si se apoya en motivos y razones eficaces.

b) Debe tratarse de delito grave, así calificado por la ley... corresponde ahora, al legislador ordinario, dar cumplimiento a este mandato del Constituyente Permanente, y enumerar, en los códigos procesales penales, los delitos que, en lo porvenir, serán considerados graves, para los efectos del artículo 16 constitucional...

c) El Ministerio Público debe estar en la imposibilidad de ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia. Este requisito, que quizá hubiese sido mejor omitir, recuerda moleestamente la exigencia del texto anterior a la reforma de que no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y, mal aplicado, puede dar por la borda con la reforma. Porque, veamos, ¿Para que fin querría el Ministerio ocurrir ante la autoridad judicial? ¿acaso para

solicitarle una orden de aprehensión?. En esa hipótesis la averiguación previa debe estar concluida, y el Ministerio Público debe ya tener los elementos necesarios para ejercer la acción penal. Es posible que en algunos casos, pocos, esta sea la situación. Pero creemos que, con mayor frecuencia el Ministerio Público se vera llamado a impedir una fuga cuando aun no ha integrado la averiguación previa. En esta hipótesis la mas frecuente, el Ministerio Público estará en la imposibilidad de ocurrir ante la autoridad judicial, no por razón de la hora, no por la razón del lugar, sino por la razón de la circunstancia. Y esa circunstancia será, justa y precisamente, el hecho de que nada tiene que hacer ante el juez puesto que no cuenta con elementos suficientes para ejercer acción penal.

- d) La detención será ordenada por el Ministerio Público... Hoy solo el Ministerio Público, a quien esta reservado el monopolio de la acción penal, tiene facultades para ordenar la detención de un indiciado, en caso urgente, durante la averiguación previa.
- e) El ministerio Público deberá fundar y expresar los indicios que motiven su proceder. Este requisito se antoja inútil reiteración de la garantía consagrada en el párrafo primero del artículo 16, conforme al cual toda orden de molestia deberá constar en mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”

Asimismo, respecto a las formas de detención que contempla la constitución, expone el profesor Sergio García Ramírez, lo siguiente:

“La orden y acto de detención revisten suma importancia, jurídica y practica, para el inculpado y, en general, para el debido desahogo del procedimiento penal. Esta materia se halla prevista, por ello, en el conjunto de derechos públicos subjetivos, a través del artículo 16 Constitucional. En términos generales, este precepto solo autoriza la privación de libertad de inculpado cuando haya flagrancia (hipótesis que detalla la legislación procesal, en una triple expresión: flagrancia en sentido estricto, pero no exclusivo, cuasiflagrancia y flagrancia presunta, que implica una

presunción controvertible, juris tantum), urgencia (que la propia Constitución acota rígidamente, la relacionarla con el hecho de que o haya en el lugar autoridad judicial, supuesto que de difícil realización en los centros urbanos, y entre ellos obviamente, en la capital de la República), y orden judicial de aprehensión”

El artículo 16 Constitucional, en su párrafo sexto indica que: “en casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del delito deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”. De lo anterior se desprende que la Autoridad Judicial, de oficio deberá estudiar la legalidad de la detención, ya sea en los casos de flagrancia o caso urgente, esto en virtud de que de la legalidad o no, de la detención, será previo requisito de validez para cualquier acto procesal posterior.

La anterior disposición fue retomada por el artículo 268 bis en su párrafo último, el cual indica:

“ARTICULO 268 BIS.-... El juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a la C.P.E.U.M. o no; en el primer caso ratificara la detención y en el segundo decretara la libertad con las reservas de ley,” en los casos de que dicha detención realizada durante la averiguación previa, no se haya hecho conforme a lo establecido precitado numeral 16 Constitucional, se ordenará, como ya se dijo con antelación, la libertad del inculpado con las reservas de ley. En el anterior caso, en virtud de que no se centra al fondo del asunto, deja abierta la posibilidad de que el Ministerio Público, con posterioridad, solicite la Orden de Reprehensión del inculpado.

A propósito se dejo al ultimo indicar lo que señala el ilustre Doctor Ignacio Burgoa Orihuela, quien al referirse a las reformas del artículo 16 Constitucional publicadas el día 3 de septiembre de 1993, señala lo siguiente: “El artículo 16 anterior, digamos, el original, el pristino, no el reformado, contenía dos casos de excepción al principio de que solamente por orden de autoridad judicial podía detenerse a

una persona; en caso de delito flagrante y en caso urgente... El actual artículo 16 dispone lo siguiente: sólo en casos urgentes (esto también lo decía el anterior), cuando se trate de delito grave, así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundado y expresado los indicios que motiven su proceder. Fijense ustedes como este texto mejora al anterior, lo mejora notablemente. Ya no da facultades de detener en caso urgente, a una autoridad administrativa, sino a una institución social que debe parecer el respecto de toda la sociedad, que es el Ministerio Público... Pero delitos graves así calificados por la ley y no como decía la anterior, cuando se trate de delitos que se persigan de oficio.... Ahora se aumenta la seguridad jurídica a favor de todas las persona, porque, primero, es el Ministerio Público el que puede ordenar la aprehensión, en esta excepción al principio de que ya he hablado, sino que sea calificado así por la Ley... Por delitos graves entendemos aquellos que están castigados con elevadas penas y así lo dice el Código Penal, y solamente en esos casos opera la excepción al principio de que únicamente la autoridad judicial puede detener a una persona... ¿Quién dicta la orden de aprehensión en esta situación de excepción? El Ministerio Público y el procurador. Veamos: se elimina afortunadamente a la Policía Judicial.... Segundo aspecto muy importante: cuando exista el riesgo fundado de que el indiciado puede sustraerse a la acción de la justicia. El riesgo fundado es objetivo: Dos o tres individuos, como decía el maestro (sic), que asaltan, desde luego que se sustraen de la acción de la justicia. No dice: "a ver, aquí lo estoy esperando, Ministerio Público tráigame la orden de aprehensión para promover un amparo contra ella", Se ocultan huyen, inclusive al extranjero.... Sigue diciendo el texto: El Ministerio Público podrá, es una facultad potestativa, cuyo ejercicio o no ejercicio queda a su arbitrio prudente, a su facultad discrecional". Bajo su responsabilidad un agente del Ministerio Público que ordena la detención de una persona sin orden judicial incurre en responsabilidad cuando el detenido resulta inocente.... Bajo su mas estricta responsabilidad ordenar su detención, aquí viene

el acatamiento al primer párrafo del artículo 16, que no contenía el anterior artículo 16, el acatamiento a la garantía de legalidad, integrada por dos garantías: la de fundamentación legal y la de motivación legal; fundando y motivando y expresando los indicios que motiven su proceder. Así pues, el Ministerio Público tiene una grave responsabilidad para obtener la detención de una persona.

4.4 CUMPLIMIENTO DEL PLAZO LEGAL SEÑALADO EN EL ARTICULO 286 BIS PARRAFO SEXTO, DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El citado párrafo sexto del artículo 286 bis del C.P.P.D.F., que es el tema principal del presente trabajo de tesis, a la letra dice:

“Tratándose de consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada, inmediatamente debe radicarse el asunto, y dentro de los veinticuatro horas siguientes la autoridad resolverá sobre el pedimento de la orden de aprehensión. Si el juez no resuelve oportunamente sobre estos puntos, el Ministerio Públicos procederá en los términos previstos en el párrafo anterior”

Primeramente es de señalarse, que en el párrafo antes transcrito, existe un error de redacción, ya que erróneamente al final del mismo, se indica que: “Si el juez no resuelve oportunamente sobre estos puntos, el Ministerio Público procederá en los términos previstos en el párrafo anterior”; sin embargo, al darle lectura al párrafo anterior, es decir el quinto, que a la letra dice:

PARRAFO QUINTO.- El juez ordenara o negara la orden de aprehensión, reprehensión o comparecencia, solicitada por el Ministerio Público dentro de los cinco días contados a partir de la fecha en que se haya acordado la radicación.

Se puede apreciar que esta párrafo no tiene relación directa con el sexto, sino que el párrafo con el cual se relaciona es el cuarto y no el quinto.

Asimismo, es de observarse que, a consideración del exponente, entre el párrafo segundo y cuarto, existe cierta incongruencia o contradicción, ya que los mismos señalan:

PARRAFO SEGUNDO: "El juzgado ante el cual se ejercite la acción penal, radicara de inmediato el asunto"

PARRAFO CUARTO: "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 el en asunto. El Ministerio Público podrá recurrir en queja ante la Sala Penal del Tribunal Superior que corresponda".

Es decir, el párrafo segundo ordena que el juez deberá de radicar el asunto de inmediato, pero al darle lectura al párrafo cuarto, y al ser interpretado en su literalidad, se desprende que el Juez puede radicarlo dentro del término de las setenta y dos horas siguientes a la de recibida la consignación, por lo tanto, se puede interpretar que el párrafo cuarto faculta al Órgano Jurisdiccional, a no radicarlo de inmediato, sino hasta antes de fenecer las setenta y dos horas, en las que una vez transcurridas estas, el Ministerio Público podrá recurrir a queja, no antes, ya que el Juzgador se encuentre amparado por dicho párrafo cuarto. Lo anterior podrá no tener importancia, sin embargo, si uno estudia en el fondo de la cuestión podrá darse cuenta de que tal situación si es de gran relevancia jurídica, esto en virtud de que el párrafo sexto que nos interesa, señala que el Juez resolverá sobre el pedimento de las ordenes de aprehensión, dentro de las siguientes veinticuatro horas contadas a partir de que se radica el asunto, por lo que si la autoridad Judicial, radica del plazo que señala el párrafo cuarto, por ejemplo, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la de reciba la consignación, entonces podrá argumentar que las veinticuatro horas le comienzan a correr a partir del momento de la radicación, y por lo tanto cabría preguntarse ¿procederá alguna acción en contra del Juez que no radique de inmediato sino hasta el segundo día?

Una vez sentado lo anterior, y pasando a lo que en realidad nos interesa, es de indicarse que del párrafo sexto del artículo 286 bis del C.P.P.D.F., se desprenden los siguientes elementos:

1. CONSIGNACIÓN SIN DETENIDO (Sobre el particular, ya se hablo ampliamente en paginas anteriores.)
2. DELITO GRAVE O DELINCUENCIA ORGANIZADA

Sobre el tema de los delitos graves, ya que hablo al respecto dentro del capitulo dos, en donde se señalo que los delitos graves se encuentran regulados en la Legislación Procesal del distrito Federal, en el artículo 268 párrafo quinto del C.P.P.D.F., que en lo conducente dice:

“ARTICULO 268...Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético excede de cinco años... El término medio aritmético es el cociente que se obtienen de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos”

En relación a la Delincuencia Organizada, mas adelante se hará la acotación correspondiente.

3. INMEDIATAMENTE DEBE RADICARSE EL ASUNTO

Respecto al momento en que se debe de realizar la radicación del asunto en el Juzgado, ya se hablo anteriormente, solamente agreguemos que en la practica, todas las Autoridades Judiciales, realizan la radicación de la consignación correspondiente de forma inmediata.

4.4 DENTRO DE LOS 24 HORAS SIGUIENTES, LA AUTORIDAD RESOLVERA SOBRE EL PEDIMENTO DE LA ORDEN DE APREHENSION.

Este término otorgado a los jueces, que es la esencia del presente trabajo de tesis, y el punto a proponer, por lo tanto sobre los motivos por los cuales se considera escaso tal término, se expundrán a continuación.

4.5 MOTIVACION

Al hablar de la motivación de los actos de autoridad, se debe de entender esta es como una exigencia esencial para tratar de establecer sobre las bases objetivas la racionalidad y la legalidad de tales actos; para procurar eliminar, en la medida de lo posible, la subjetividad y la arbitrariedad de las decisiones de autoridad; para permitir a los afectados impugnar los razonamientos de estas y al órgano de que debe resolver la impugnación, determinar si son fundados los motivos de inconformidad.

La garantía de fundamentación, señala Ovalle Favela, "... impone a las autoridades el deber de precisar las disposiciones jurídicas que aplican a los hechos de que se trate (y en los que se apoya su competencia), así como de manifestar los razonamientos que demuestran la aplicabilidad de dichas disposiciones, todo lo cual se debe traducir en una argumentación o juicio de derecho. Pero de igual manera, la garantía de motivación exige que las autoridades expongan los razonamientos con base en los cuales llegaron a la conclusión de que tales hechos son ciertos normalmente con base en el análisis de las pruebas, lo cual se debe exteriorizar en una argumentación o juicio de hecho. En suma, tanto fundar como motivar consisten en la exposición de los argumentos o razonamientos de la autoridad a demostrar la aplicabilidad de los preceptos jurídicos invocados y la certeza de los hechos a los que tales disposiciones rigen"

Sigue indicando este jurista que: “ en el proceso jurisdiccional los hechos que son objeto de prueba y sobre los cuales decidirá el juzgador en la sentencia, son los afirmados por las partes o aun el propio juzgador en sus actos iniciales... en el proceso penal, la imputación del órgano de la acusación, la defensa del inculpado y, sobre todo, el auto que fija el objeto del proceso penal (el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso). En estos casos los hechos se plantean como hipótesis a confirmar a través de las pruebas practicadas o por practicar. Estas hipótesis, como es lógico, postulan hechos que tienen necesariamente una calificación jurídica y de los cuales las partes pretenden derivar consecuencias jurídicas determinadas.”

“La certeza del juzgador sobre la veracidad o la credibilidad de la o las hipótesis solo puede ser obtenida precisamente como consecuencia de la actividad probatoria desplegada en el proceso, con apego a las formalidades del procedimiento, los principios generales del derecho y las demás normas jurídicas que regulan las pruebas. Esta certeza judicial no es ni debe ser el resultado exclusivo del esfuerzo individual del juzgador, sino de la activa participación de todos los sujetos que, desde su propia posición y perspectiva, intervienen en la actividad probatoria.”⁸¹

A lo anterior debe indicarse que tal certeza basada en el desahogo de todas las probanzas ofrecidas y admitidas a los sujetos procesales, debe manifestarse a través del juzgador en la motivación de su resolución.

Importante es indicar que respecto a la valorización de las pruebas por parte del juez, puede realizarse a través de los sistemas siguientes:

- a) El de la prueba legal, en el que el legislador establece el valor que se debe dar a cada uno de los medios de prueba practicados.

⁸¹ OVALLE FAVELA, Jose Ob. Cit. Pags. 199 y 200

- b) El libre apreciación razonada o sana crítica, que es en el que se faculta para determinar en forma concreta la fuerza probatoria de cada una de las pruebas que en su momento fueron aportadas, y
- c) Un sistema mixto que combina los dos anteriores

Haciéndose la indicación, de que el sistema aplicable a nuestro Código Procesal, cuenta con una ligera inclinación hacia el "sistema de libre apreciación", en la que se requiere partir de reglas de la lógica, experiencia y conocimiento. Sin embargo los tres sistemas antes señalados, están sujetos a los principios y disposiciones jurídicos que regulan la prueba y el proceso.

A este respecto nos indica Fernando a. Barrita López, que "Problemas grave, en verdad, lo es el de la fundamentación y motivación, y no solamente en materia penal, a pesar de que es en esa materia donde se nota con mayor claridad la inconsistencia de las resoluciones; bien sea el acuerdo inicial de la averiguación previa, bien el llamado "pedimento" en el que se ejercita la acción penal y ya no se diga en el auto de formal prisión... "sigue indicando "en relación a esta última resolución, vemos, como a menudo, los responsables de emitirla, violan los derechos del procesado (fundamentación y motivación) establecidos en los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y cuando aquel demanda el amparo y le es concedido en forma total y no para efectos, lejos de cumplir con las resoluciones en que se concede, incurren en graves actos no solamente en contra de la administración de justicia, que dan ocasión al cese por parte de los superiores, sino lo que es más grave para ellos, en hechos presumiblemente constitutivos de delito, esto es, o vuelven a dictar otro auto sin cumplir el fundamento y la motivación, o bien cuando el amparo se concede en cuanto a la forma, al no poder hacer un correcto manejo de los elementos que lo constituyen.... (al delito), optan por dejarlos en libertad, dictando resoluciones que van al fondo y no a la forma."⁸²

⁸² BARRITA LOPEZ, Fernando A. Ob. Cit. Pag. 75

Respecto al presente capítulo, se considera conveniente transcribir el siguiente criterio sostenido por nuestro mas alto Tribunal en el país:

ORDEN DE APREHENSION, EFECTOS DE LA CONCESION DEL AMPARO POR FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA. Aun cuando se hubiere concedido al quejoso el amparo liso y llano por no estar motivada la orden de aprehensión reclamada, es correcto al proceder el Juez de Distrito a que no al facultar a la responsable para emitir otra orden, si lo considera necesario y pertinente, con estricto apego a la ley. En efecto, la concesión del amparo en tales términos solo deja sin efectos el auto que no fue correctamente fundado y motivado, pero no impide a la responsable emitir otro en donde funde y motive su actuación, siempre y cuando existan los elementos indispensables para dictar la orden de captura consistentes en denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y declaración de persona digna de fe y otros datos que hagan probable responsabilidad del indiciado; esto es así, ya que de lo contrario se entorpecería la persecución de los delitos, en perjuicio de la sociedad pues por un error de autoridad al no fundar y motivar su actuación se dejaría de esclarecer un hecho delictivo si de autos constaren los elementos que exige el artículo 16 Constitucional para librar una orden de aprehensión. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO

Amparo en revisión 136/91. Rita amador López 16 de abril de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Shettino Reyna.

Amparo en revisión 405/94. miguel ronquillo Huerta y otros 29 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta Secretario. Gonzalo Carrera Molina.

Amparo en revisión 399/94. Pedro Ibarra Valderrabano. 5 de octubre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Miguel Goyzueta. Secretaria: Laura Ivon Najera flores.

Amparo en revisión 411/97. Javier Regules Marín. 13 de Agosto de 1997. Unanimidad de votos. Ponente Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Zapata Huesca.

Amparo en revisión 5558/98. Heleodoro Ortega Contreras. 22 de Octubre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario Humberto Shettino Reyna.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo IV, julio diciembre de 1989, Segunda Parte- 2, pagina 639, tesis VI. 10, J/19, de rubro: "ORDEN DE APREHENSION CARENTE DE FUNDAMENTACION Y MOTIVACIÓN. DEBE CONCEDERSE AL AMPARO TOTAL Y NO PARA EFECTOS" y Apéndice al Seminario Judicial de la Federación 1917-1985 Sexta Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, pagina 100, tesis 73, de rubro: "ORDEN DE APREHENSION CARENTE DE MOTIVACIÓN Y FUNDAMENTACION. AMPARO TOTAL Y NO PARA EFECTOS"

Y la contradicción de tesis que a la letra dice:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IV, Octubre de 1996

Tesis: p./j. 59/96

Pagina: 74

ORDEN DE APREHENSION Y AUTO DE FORMAL PRISIÓN EFECTOS DEL AMPARO QUE SE CONCEDE POR FALTA O DEFICIENCIA DE FUNDAMENTACION Y MOTIVACIÓN DE ESAS RESOLUCIONES.

Tratándose de ordenes de aprehensión y de autos de formal prisión, el amparo que se concede por la sindicadas irregularidades formales, no produce el efecto

de dejar en libertad al probable responsable ni tampoco el amparo que se concede por las indicadas irregularidades formales, no produce el efecto de dejar en libertad al probable responsable, ni tampoco el de anular actuaciones posteriores, sino que en estos casos, el efecto del amparo consiste en que la autoridad responsable deje insubsistente el acto reclamado y con plenitud de jurisdicción dicte una nueva resolución, la cual podrá ser en el mismo sentido de la anterior, purgando los vicios formales que la afectaban, o en sentido diverso, con lo cual queda cumplido el amparo. De ahí en la primera de esas hipótesis las irregularidades formales pueden purgarse son restituir en su libertad al quejoso y sin demérito de las actuaciones posteriores, porque no estando afectado el fondo de la orden de aprehensión o de formal prisión, deben producir todos los efectos y consecuencias jurídicas a que están destinadas.

Contradicción de tesis 20/95. Entre las sustentadas por el Primero y el Segundo Tribunales Colegiados del Noveno Circuito. 10 de Octubre de 1996. Unanimidad de once votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretarios: Manuel Rojas Fonseca y Angelina Hernández Hernández.

El tribunal pleno, en su sesión privada celebrada el catorce de octubre en curso, aprobó, con el numero 59/1996, la tesis de la jurisprudencia que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de octubre de mil novecientos noventa y seis.

4.5.1 EXISTENCIA REAL, DE LA DIFICULTAD QUE TIENE EL JUEZ PARA GIRAR LA ORDEN DE APREHENSION EN EL DELITO GRAVE.

Al encontrarse uno presente en cualquier Juzgado en materia Penal, o al entrevistarse con los Jueces titulares de los mismo, se podrá dar uno cuenta de la carga excesiva de trabajo en la que se encuentran y al pensar uno como estudiante de la Carrera de Derecho, o sin serlo, es decir, como cualquier ciudadano, y que no encontramos viviendo o laborando en la Capital de la Republica, que lo impartidores de justicia, antes de ser jueces, son seres humanos

como cualquiera de nosotros, es decir, esposos, padres, hijos, por lo tanto están igualmente expuestos a los problemas que cotidianamente se nos presentan, esto no quiere decir que por tal motivo este exentos o pueden ser exculpados de las sanciones que por su posibles faltas u omisiones pudieran acarrearle en el ejercicio de sus funciones, sino que de lo que se trata es de ser un poco mas humanos con nuestros semejantes.

Por lo tanto, se considera necesario ampliar el término a los jueces para una emisión de fallos apegados a ley, esta por el bien de la comunidad en general.

4.6 CONFRONTACION DEL TERMINO DEL ART. 286 BIS PARRAFO SEXTO DEL C.P.P.D.F. CON LOS TERMINOS ESTABLECIDOS EN OTROS ESTADOS.

El presente capitulo es muy importante para los fines que persigue el presente trabajo de tesis, ya que respecto a los demás Estados integrantes de la Federación, en sus respectivo Códigos de Procedimientos Penales, algunos de ellos manejan un término mas amplio con que cuenta el Juez para poder resolver sobre los pedimentos de las ordenes de aprehensión, en tratándose de delitos graves, esto en comparación, claro esta, al manejado en el Distrito Federal, así tenemos por ejemplo los Estados de Coahuila, Yucatán y Nuevo León y que a continuación se señalan.

En el Estado de Coahuila, en su CODIG Procesal Penal, se maneja un término de setenta y dos horas, ya que en su parte conducente el artículo 228 del código Procesal de dicho estado, en el capitulo referente a la Detención del inculpado, Sección Tercera, ala letra señala:

"ARTICULO 228.- ... El Juez o negara la orden de aprehensión reaprehension o comparecencia solicitada por el Ministerio Público dentro de las setenta y dos

horas siguientes al de la radicación, tratándose de delitos graves, y de quince días hábiles en los demás casos.”

Haciéndose el señalamiento, que la radicación de la averiguación previa debe hacerse, al igual que en el Distrito Federal, de inmediato.

Por lo que hace al Estado de Nuevo León, en este se maneja indistintamente para los delitos graves y los no graves, un término de quince días, ya que así lo establece la parte conducente del artículo 195, del TITULO CUARTO PREPARACIÓN DEL PROCESO, PRIMERA PARTE CAPITULO I. REGLAS GENERALES, que a la letra indica:

“ARTICULO 195.- EL Tribunal ante el cual se ejercite la acción penal, radicara de inmediato el asunto. Sin mas tramite le abrirá el expediente, en el que se resolverá lo que legalmente corresponda y practicara sin demora alguna, todas las diligencias procedentes que promuevan las partes.

Si durante el plazo de diez días, contados a partir del día en que se haya hecho la consignación, el juez no dicta auto de radicación en el asunto, el Ministerio Público podrá recurrir en queja ante el Tribunal de Justicia. El Juez ordenara o negara la aprehensión o comparecencia solicitada por el Ministerio Público, dentro de quince días contados a partir del día en que se haya acordado la radicación...”

Por ultimo, en cuanto hace a la Legislación Procesal del Estado de Yucatán, en la misma también se señalan setenta y dos horas para resolver sobre la petición del Representante de la Sociedad, ya que así se establece en el artículo 290, del LIBRO SEGUNDO. TITULO PRIMERO. DEL PROCEDIMIENTO CAPITULO III. INCOACION Y DECLARACIÓN PREPARATORIA. De dicho Código, y respecto a lo que nos interesa dice:

ARTICULO 190. Consignadas Las diligencias de Averiguación Previa y ejercitada la acción persecutoria, el juez observara lo siguiente:

II.- Si la consignación sin detenido fuere por delitos señalados como graves por esta ley o de delincuencia organizada, la radicara de inmediato y ordenara o negar la aprehensión, y reaprehensión o cateo solicitados por el Ministerio Público dentro de setenta y dos horas contados a partir del momento en que se hubiere acordado la radicación...

Como puede observarse, el común de los anteriores términos con que cuentan los tutelares de los Órganos Jurisdiccionales para resolver sobre los pedimentos de las ordenes de aprehensión en tratándose de delitos graves, es que su término comienza a correr a partir del momento en que se hubiere acordado la radicación de la averiguación previa y el cual tiene que ser de inmediato.

4.7 PROPUESTA

Por todo lo expuesto en el cuerpo del presente estudio de tesis, y por supuesto, que el fin que se persigue con el mismo, es la necesidad de ampliar el término con que cuentan los titulares de los Órganos Jurisdiccionales, para resolver sobre los pedimentos de las ordenes de aprehensión en tratándose de delitos graves, esto para evitar posibles conclusiones a las garantías individuales de los detenidos, es decir, de los ciudadanos, que en un determinado momento se encuentran acusados de hechos presumiblemente constitutivos de algún delito, situación esta que resulta primordial en un Estado de Derecho, como lo es nuestro querido México.

Por esto es que, a continuación se hace referencia a las propuesta que, con sincera sugerencia, presento como resultado del análisis realizado para poder desarrollar el presente trabajo.

4.8 AMPLIAR EL PLAZO EN QUE SE GIRE LA ORDEN DE APREHENSION EN EL DELITO GRAVE POR CONSIDERARLO INSUFICIENTE.

La impetuososa necesidad que se tiene para que los Juzgadores, cuenten con un término más acorde, en el cual puedan resolver sobre los pedimentos realizados por el Ministerio Público, respecto de las órdenes restrictivas de la libertad personal, es con el fin de que los mismos puedan realizar un análisis exhaustivo de las probanzas aportadas por dicho Órgano Monopólico de la acción penal, y así poder resolver con mayor justicia (finalidad esta última que debe ser la razón primordial en el desempeño de sus encargos), esto en virtud de que los impartidores de justicia, en veinticuatro horas no solamente tienen que resolver dichas peticiones, sino además, tienen que realizar todas las actividades inherentes a su investidura, como lo es, estar presentes en las audiencias de ley, realizar inspecciones judiciales, resolver sobre autos de plazo constitucional dentro del término fijado por la constitución en su artículo 19, igualmente resolver sentencias dentro del término fijado por la ley, firma y revisión del acuerdo, etc.

Por lo tanto, las veinticuatro horas con que actualmente cuentan, resultan, en algunas ocasiones, humanamente imposible poder resolver las peticiones del Representante Social.

Como consecuencia de resaltar insuficiente el término de veinticuatro horas con que cuentan los impartidores de justicia, para resolver los pedimentos de las órdenes de aprehensión que se solicitan, y además de que los jueces se encuentran hoy día, con una carga descomunal de trabajo, ya que como es de la opinión pública, tal carga de trabajo es causado principalmente por el incremento desproporcionado de la población en la Capital del País, y por consiguiente el aumento al índice delictivo, así como por los pocos Juzgados Penales existentes en la Ciudad, por lo tanto, titulares de los Órganos Jurisdiccionales, deben contar con un término mayor del que tienen actualmente.

Ante esto, lo que propone en el presente estudio, es que los Jueces cuenten con un término de 5 CINCO DIAS HABILES, para que estén en mejores posibilidades de realizar un estudio pormenorizado de las constancias que existen en el sumario, y así dictar una resolución con mejor apego a la ley, sobre si resulta procedente o no, girar la orden privatoria de la libertad, mismo término que deberá comenzar a contar a partir del momento en que se haya acordado la radicación del asunto, y el cual deberá ser de inmediato (con la aclaración pertinente de que por "inmediato" deberá entenderse lo que ello significa, y que en el presente caso es precisamente una vez que se recibe la consignación).

Término anterior que es el mismo que se maneja en la solicitud de órdenes de aprehensión en los casos del delitos no graves.

Como quedó asentado, los cinco días que se proponen deberán ser hábiles y los mismo deberán comenzar a correr a partir del momento en que se hubiere acordado la radiación del asunto, la cual, indudablemente, deberá de realizarse de forma inmediata, sin que se considere necesario realizarse una certificación del computo por parte del Secretario de Acuerdos adscrito al Juzgado respectivo, ya que solo bastará que en la razón que realiza el mismo, se asiente la fecha y hora en la cual se reciba la consignación, y así como podrá determinarse si el auto que resuelva tal pedimento, se encuentra emitido dentro del término concedido por la ley o no.

4.9 CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN LA ORDEN DE APREHENSION CUANDO NO SE REALIZA EN EL PLAZO SEÑALADO POR LA LEY.

El artículo 286 Bis en su párrafos IV, V y VI, de la citada ley establece:

Si durante el plazo de tres días contados a partir del que ese haya hecho la consignación sin detenido, el juez no dicta auto de radiación en el asunto, el

Ministerio Público podrá recurrir en queja ante la Sala Penal del Tribunal Superior que corresponda.

El Juez ordenara o negara la orden de aprehensión, reaprehension o comparecencia solicitada por el Ministerio Público dentro de los cinco días contados a partir de la fecha en que se haya acordado la radiación.

Tratándose de consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada, inmediatamente debe radicarse el asunto, y dentro de las veinticuatro horas siguientes la autoridad resolverá sobre el pedimento de la orden de aprehensión, si el juez no resuelve oportunamente sobre estos puntos, el Ministerio Públicos procederá en los términos previstos en el párrafo anterior.

Para concluir.... es necesario señalar, que en el supuesto de que el Juez una vez radicado el asunto resolverá, negando y ordenando la orden de aprehensión solicitada por el Ministerio Público y tendrá cinco días contadas a partir de la fecha en que se haya acordado la radicación..

De igual forma tratándose de consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada indica que de inmediato se deberá radicar con el asunto y dentro de las veinticuatro horas siguientes . el juez sobre el pedimento de la orden de aprehensión.

En caso de no resolver dentro de l término señalado el Ministerio Público podrá recurrir en queja ante la Sala Penal del tribunal Superior de Justicia que corresponda.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- De la misma manera en el cual los tiempos de convivencia que tiene los integrantes que conforman la sociedad cambian, en forma similar las normas jurídicas en su gran diversidad también tiene que cambiar siendo necesario modificarse y con ello actualizarse, para poder así adecuarse a las necesidades reales que demanda la sociedad.

Todo esto ocasionado por los grandes cambios que se suscitan a través del tiempo en todo estado de derecho.

SEGUNDA.- Desde su creación la Institución del Ministerio Público, tiene la facultad conferida por la Constitución Política de nuestro Estado de conocer e investigar cuando se presupone o se comete un hecho delictivo, con el propósito de preservar la seguridad de las personas y garantizar que nuestro régimen jurídico sea de estricta igualdad para todos los integrantes de la sociedad.

TERCERA.- Con motivo de un objetivo primordial que es el de proporcionar seguridad a todos los integrantes de un Estado de derecho hoy en día nos conviene a todos la búsqueda de mejores medios de la lucha contra el delito que tanto daño hace al individuo en sus garantías y persona otorgadas como tal, y como consecuencia de esto al no ser respaldado se crea un ambiente de desconfianza y miedo en el país.

CUARTA.- A causa de la realización de los hechos delictivos estos tendrán como consecuencia la aplicación de una pena establecida por la ley, el Ministerio Público como órgano representante de la sociedad tiene la facultad de conocer, investigar y perseguir al sujeto, una vez que se han reunido los requisitos por la ley el Ministerio Público podrá pedir la orden de aprehensión aun juez para privar de su libertad al (los) presuntos responsables.

DECIMA.- Con la ampliación del término que se conceda al Juez para resolver el pedimento de la Orden de Aprensión por parte del Ministerio Público, se busca que el primero emita sus resoluciones fundamentándose en su realización un estudio minucioso de las constancias que integran a la averiguación previa, para que se pueda llevar a cabo una impartición de justicia que de acuerdo a la sociedad exija, la cual se encuentra cansada de ver tantas injusticias que se cometen diariamente y que en muchas ocasiones los verdaderos delincuentes que deberían de estar privados de su libertad se encuentran en libertad, cometiendo quizás más atropellos a la sociedad y trasgrediendo a la ley todo esto propiciado entre otras causas por que el juez diariamente tiene que realizar una gran cantidad de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

1. BARRITA LOPEZ, Fernando A. AVERIGUACIÓN PREVIA 5º Edición Editorial Porrúa. México, 2000.
2. BONFANTE, Pedro. INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO. Instituto Editorial Reus, S.A. Madrid, 1999.
3. BURGOA. Ignacio. LAS GARANTIAS INDIVIDUALES, 28º Edición, Editorial Porrúa México 1996.
4. CABALLERO, Gloria y RABASA O. Emilio.
5. CARRANCA Y RIVAS, Raúl y CARRANCA Y TRUJILLO Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO. Parte General. 19º Edición. Editorial Porrúa, México 1997
6. CASTELLANOS TENA, Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL DERECHO PENAL. 26º edición. Editorial Porrúa. México 1989
7. COLIN SÁNCHEZ Guillermo. "DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES", México 1990. Editorial Porrúa. Edición Décimo Segunda.
8. DAZA GOMEZ, Carlos, Juan Manuel. TEORIA GENERAL DEL DELITO. 2º Edición. Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor. México 2001.
9. DE LA CRUZ GÜERO, Leopoldo. PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. 2º Edición. Editorial Porrúa, México, 1996.
10. DE LA PINA Rafael y DE PINA VARA Rafael, DICCIONARIO DE DERECHO, Editorial Porrúa, S.A., México. Edición Vigésimo Cuarta
11. DIAZ DE LEON, Marco Antonio DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL. Editorial Porrúa. TOMO I. Edición 2º. México 1989
12. EMILIO O RABASA Y GLORIA CABALLERO "COMENTARIOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS". México 1984, Editorial Porrúa, Segunda Edición.
13. ENCICLOPEDIA ENCARTA 2001
14. GONZALEZ BLANCO Alberto. EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO 1º Edición Editorial Porrúa México 1975

15. GUTIERREZ ALUIZ Faustino y Armario DICCIONARIO DE DERECHO ROMANO, Editorial REUS. Sociedad Anónima, Segunda Edición, Madrid, 1976
16. JIMÉNEZ DE AZUA, Luis. LECCIONES DE DERECHO PENAL. Editorial Pedagógica Iberoamericana. 1995.
17. JIMÉNEZ CANDELA, Teresa. DERECHO ROMANO PRIVADO. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 1999.
18. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, EL PROCESO PENAL, 1º Edición. Editorial Porrúa México 2000.
19. MUÑOZ CONDE, Francisco. TEORIA GENERAL DEL DELITO. 2º Edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogota Colombia, 1999
20. ORELLANA WARCO Octavio Alberto, TEORIA DEL DELITO, Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 1999. Pág.. 98
21. ORNOZ SANTANA Carlos. MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL, Editorial Limusa, México 1999.
22. OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto, LA AVERIGUACIÓN PREVIA. Editorial Porrúa, México 1981 Edición novena
23. OVALLE FAVELA, José. GARANTIAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO. Editorial Mc Graw Hill. México, 1996
24. PETIT Eugene. DERECHO ROMANO. Editor y Distribuidor. México 1993.
25. SILVA, SILVA, Jorge Alberto. DERECHO PROCESAL PENAL. 2º edición. Editorial Harla.
26. ZAFFARONI, Eugenio, Raúl. TRATADO DE DERECHO PENAL. Parte General. TOMO III. Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor
27. ZAMORA PIERCE, Jesús. GARANTIAS Y PROCESO PENAL. Editorial Porrúa. México 1998. 9º Edición,

LEGISLACIÓN

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADO SUNIDOS MEXICANOS
2. AGENDA PENAL DEL DISTRITO FEDERAL. EDICIONES FISCALES ISEF, S.A. 2004
3. CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE COAHUILA EDITORIAL ANAYA EDITORES, S.A.
4. CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE YUCATÁN. EDITORIAL ANAYA EDITORES, S.A.
5. CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE NUEVO LEON. EDITORIAL ANAYA EDITORES, S.A.

OTRAS FUENTES

ENCICLOPEDIA ENCARTA, 2005

JURISCONSULTA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 2001