



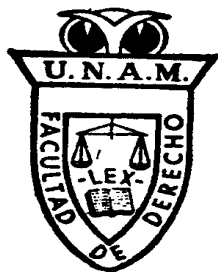
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NEGATIVA A LA LIBERTAD
PROVISIONAL DEL INculpADO A SOLICITUD
DEL MINISTERIO PÚBLICO POR DELITOS NO
GRAVES (Artículo 20 Constitucional Fracción I apartado "A")

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
TOVAR CARBAJAL CELIA AIDE



ASESOR DE TESIS: DR. LUCIANO SILVA RAMÍREZ

MÉXICO, D.F.

2007



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

A DIOS:

Por que siempre estas conmigo
por que sin ti, no podría vencer
los obstáculos de la vida, gracias
por tu bendición.

A MI MAMÁ:

Quien medio la vida y luchó porque la
conservara; por ser ella quien fue la
la primera persona en conocerme y
también la primera en amarme, quien
infundió en mi el valor por la vida, y a
quien todos los días dedico mis triunfos
y derrotas. Tu que supiste dirigirme con
mano firme en los difíciles momentos. A ti
que infundiste en mi valores y principios
que han de regir mi vida dedico este
triunfo que es tuyo gracias mamá.

A MI ABUELITA:

Por quererme desde siempre como una hija cuyo cariño y amor fue, ha sido y será correspondido de la misma manera e intensidad. Gracias por la bendita infancia que me diste, por los momentos maravillosos que me hiciste pasar gracias por tu apoyo, comprensión y consejos los cuales siempre llevaré a mi alma en mi mente y corazón, siendo éstos la más grande de las herencias.

A MI PAPÁ:

Por el cariño de padre que siempre me has brindado, y que por difíciles que fueran los tiempos, siempre hemos estado juntos, gracias por compartir conmigo momentos inolvidables en todas las etapas de mi vida, los cuales han dejado una huella indeleble en mi ser, este logro es tuyo, te quiero.

A MIS HERMANOS:

“Principalmente a Marcos y Valentín”

Por ser las personas más buenas que he conocido y que sin pedir nada a cambio me han ayudado para lograr el presente trabajo, Gracias infinitamente y que Dios siempre los bendiga y les abra el camino los quiero mucho.

A MI ESPOSO:

Julio César, por el cariño que me has brindado y por compartir los momentos de tu vida. Gracias, por ser el mejor papá del mundo.

A MI HIJA:

Aleli, quién es la razón de mi vida mis metas y con quien he aprendido que cada día es importante sonreír Gracias por llegar a mi vida, Te amo.

A MI BEBE.

Quien en este momento de mi vida
ya es una personita muy especial
que amo y deseo conocer gracias
por estar en mi vida no te fallaré
te amo y quiero mucho.

A MI ASESOR:

Dr. Luciano Silva Ramírez, por dirigir
con firmeza, paciencia y dedicación
este trabajo, pues sin el no sería
realidad, infinitamente gracias.

Y A TODOS AQUELLOS
QUE NO CREYERON EN MI:

Por ser quienes también me impulsaron
A realizar con esfuerzo y dedicación el
Presente trabajo. Gracias por existir.

INDICE

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NEGATIVA A LA LIBERTAD PROVISIONAL DEL INculpADO A SOLICITUD DEL MINISTERIO PÚBLICO POR DELITOS NO GRAVES (Artículo 20 Constitucional Fracción I apartado "A")

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
 CAPITULO PRIMERO	
 GENERALIDADES DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	
 1. Conceptos de las Garantías Constitucionales	
1.1 Definición.....	5
1.2 Objeto.....	7
1.3 Extensión.....	10
1.4 Suspensión.....	12
 2. Clasificación y características de las Garantías constitucionales	
2.1 Garantía de Libertad.....	17
2.2 Garantía de Igualdad.....	24
2.3 Garantía de Seguridad.....	39
2.4 Garantía de Legalidad.....	49
2.5 Garantía de Propiedad.....	61
2.6 Características.....	66

CAPITULO SEGUNDO

1. BREVE REFERENCIA DEL DELITO

1.1	Concepto de Delito.....	68
1.2	Definición de Delitos no graves.....	203
1.3	Sujetos del Delito.....	215
1.4	El bien jurídicamente tutelado en el Delito.....	219

CAPITULO TERCERO

1 DIVERSAS SITUACIONES JURÍDICAS DEL INculpADO

1.1	Sujetos de la relación jurídica procesal (Juez, Ministerio Público e Inculpado).....	225
1.2	Denominaciones del Inculpado dentro del periodo en que actúa.....	241
1.3	Actos de impugnación.....	301
1.4	Concepto de prisión.....	384
1.5	Prisión Preventiva.....	390
1.6	Como sanción y su objeto.....	393

CAPITULO CUARTO

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NEGATIVA A LA LIBERTAD PROVISIONAL DEL INculpADO A SOLICITUD DEL MINISTERIO PUBLICO POR DELITOS NO GRAVES (Artículo 20 Constitucional Fracción I apartado "A")

1. LA LIBERTAD PROVISIONAL

1.1	Concepto de la Libertad.....	407
1.2	Definición de Libertad Provisional.....	409
1.3	Breve análisis de las reformas del Artículo 20 Constitucional Fracción I apartado "A".....	412

1.3.1	De 3 de septiembre de 1993.....	415
1.3.2	De Legalidad de 10 de enero de 1994.....	417
1.3.3	Constitución de 3 de julio de 1996.....	423
1.4	La Libertad Provisional como Garantía Constitucional del Inculcado Artículo 20 constitucional Fracción I apartado "A".....	424
1.5	Garantías del Inculcado en la Constitución.....	429
1.6	Garantía de Seguridad (Artículo 14 Constitucional).....	445
1.7	Garantía de Legalidad (Artículo 16 Constitucional).....	455
2.	INCIDENTES	
2.1	Incidentes.....	470
2.2	Incidentes de libertad provisional (Regulados por el Código de Procedimientos penales del Distrito Federal).....	471
2.3	Libertad Provisional Bajo Caución.....	482
2.4	Requisitos para obtener la Libertad Provisional Bajo Caución(Código de Procedimientos Penales).....	491
2.5	Solicitud del Ministerio Público (en la que solicita se niegue La libertad provisional).....	493
2.6	Negación de la libertad Provisional en Delitos no graves.....	502
2.7	Violación a la Garantía de Defensa de el Inculcado.....	504
2.8	La Facultad subjetiva del juez para otorgar o no la Libertad.....	509
CONCLUSIONES.....		515
BIBLIOGRAFÍA.....		518

INTRODUCCIÓN

El objeto de éste trabajo es abordar la problemática que surge cuando se niega la libertad provisional a un inculpado por delito no grave por la mera solicitud del Ministerio Público, considerando la condena anterior por delito grave o aportación de elementos, para establecer que dicho beneficio representaría, por la conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido un riesgo para el ofendido o para la sociedad, contemplado en el numeral 20 apartado "A" fracción I, de la nuestra Ley fundamental, generando una inseguridad jurídica para quien haga la petición de su libertad personal, pues lo deja en estado de indefensión, lo que se evitaría si se aplica dentro de la etapa indagatoria del delito, los estudios de personalidad porque de ello se obtiene el grado de peligrosidad, pues éste concepto en la práctica es aplicado a las penas y medidas de seguridad dentro de la etapa procesal, así se disminuirá la estadística elevada en la comisión delitos no graves y la sobrepoblación en los Centros de Readaptación Social, consecuentemente se debe considerar que en delito no grave no se afectan de manera importante los valores fundamentales de la sociedad es por está la razón del análisis del tema.

Para tal efecto, el primer capítulo se aborda las generalidades de las garantías individuales consagradas en nuestra Carta Magna así como la clasificación de las mismas, señalando las diferentes posturas de los autores. Dentro de las cuales al respecto encontramos las aplicables en materia penal las de seguridad jurídica y de legalidad que salvaguardan la libertad, con lo que se facilitará el estudio de la libertad provisional.

En el capítulo segundo se hace referencia a el ilícito penal, para poder dar una definición, elementos y las diferentes posturas teóricas del delito. Asimismo nos referimos a el concepto de delito no grave, a los sujetos y finalmente a el bien jurídico tutelado que es básico empaparnos de esta figura ya que de esta forma se entenderá la afectación que sufren los sujetos.

En el capítulo tercero se examina la situación jurídica del inculpado, se habla también de los sujetos de la relación jurídica procesal desde el inicio del periodo de la averiguación previa hasta la etapa del procedimiento, como son (juez, Ministerio Público, inculpado, defensor y ofendido). En este estudio se abordan las diferentes denominaciones del inculpado de acuerdo al periodo en que actúa y que es importante para saber en que situación se encuentra. Por lo que es necesario señalar periodos y etapas del procedimiento para entender las situaciones jurídicas del inculpado. Consecuentemente me refiero a los actos de impugnación como sinónimo de los medios de impugnación, por que dentro de los actos procesales tenemos los medios de impugnación. Y dentro de los medios de impugnación encontramos su clasificación en ordinarios (recurso de revocación y apelación) y extraordinario (juicio de amparo). Finalmente se analiza la pena pues dentro de ella encontramos la figura de prisión y siendo a su vez esta, razón para que opere la libertad provisional, señalando también el concepto de prisión preventiva como sanción y su objeto.

El último y cuarto capítulo titulado “ ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NEGATIVA A LA LIBERTAD PROVISIONAL DEL INCULPADO A SOLICITUD DEL MINISTERIO PÚBLICO POR DELITOS NO GRAVES (Artículo 20 constitucional fracción I apartado “A”), comprende precisamente el análisis de la libertad provisional que deberá otorgarse a el inculpado, en cualquier momento del procedimiento o bien desde el instante en que se solicite, Sin embargo con la reforma a dicho artículo la de 3 de septiembre de 1993, en la que se establece el derecho a el inculpado de obtener su libertad provisional bajo caución garantizando mediante un monto. Así también la de legalidad de 10 enero de 1994, y principalmente la de 3 de julio de 1996, en la que se faculta a el Ciudadano Agente del Ministerio Público a negar la libertad provisional del inculpado, aún cuando se trate de delito no grave. En este estudio se abordan el concepto de la libertad, libertad provisional, la libertad provisional como garantía constitucional del inculpado, garantías del inculpado, encontrando la garantía de seguridad que es importante pues al hablara de la negación de la libertad al

inculpado se encontrara frente a una inseguridad jurídica, ya que se encuentra ante el libre arbitrio del juzgador. Asimismo me refiero a la garantía de legalidad, comprendiendo los derechos protegidos: la vida, la libertad, propiedades, posesiones y derechos, con lo cual se abarca toda clase de privación, asimismo existe la referencia a los incidentes, el incidente de libertad provisional bajo caución, así como la parte importante del tema como lo es la solicitud de que el Ministerio público niegue la libertad provisional en delitos no graves, y la facultad del juez para que niegue o no la libertad provisional.

CAPITULO PRIMERO
GENERALIDADES DE LAS GARANTÍAS
CONSTITUCIONALES

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1 CONCEPTOS DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

Dentro de las generalidades de las garantías constitucionales, se abarcará lo referente a su definición, objeto, extensión y suspensión.

1.1 DEFINICIÓN.

Antes de entrar a las definiciones que sobre garantías constitucionales han realizado los diversos tratadistas, iniciaremos con señalar que la palabra “GARANTÍA”, proviene del término anglosajón warranty o warrantie, que significa la acción de asegurar, proteger defender o salvaguardar. Por lo que tiene una connotación muy amplia. “garantía equivale pues, en un sentido lato, a “aseguramiento” o “afianzamiento” pudiendo denotar también “protección”, “respaldo”, “defensa” salvaguardia” o “apoyo”.

Ahora nos referimos a la definición de garantía desde el punto de vista jurídico, pero más concretamente al de “garantías individuales”. Dentro de los cuales se encuentran los siguientes autores:

Efraín Polo Bernal nos dice que, “las garantías constitucionales: en estricto sentido son los instrumentos procesales establecidos por la ley fundamental con el objeto de restablecer el orden jurídico constitucional cuando él mismo es transgredido por un órgano de autoridad del propio estado”.¹

Para el Dr. Ignacio Burgoa, las Garantías constitucionales, “se traducen jurídicamente en una relación de derechos, existente entre el gobernado como persona física o moral y el estado como entidad jurídica y política con personalidad propia y sus autoridades, cuya actividad en todo caso se desempeña

¹ Polo Bernal, Efraín. Breviario de Garantías constitucionales. Editorial Porrúa, S.A México 1993 Pág. 1.

en ejercicio del poder y en representación de la entidad estatal. En realidad, los sujetos inmediatos y directos de la relación jurídica que implica la garantía individual están constituidos por el gobernado, por una parte, y las autoridades del Estado por otra”. ²

Por su parte, Martha Elba Izquierdo Muciño, “ las garantías constitucionales son derechos inherentes a la persona humana en virtud de su propia naturaleza y de las cosas que el Estado reconoce, respeta y protege mediante un orden jurídico y social que permite el libre desenvolvimiento de las personas de acuerdo con su vocación”.³

Por otro lado, Rafael de Pina Vara afirma: “Garantías Constitucionales son instituciones y procedimientos mediante los cuales la constitución política de un estado asegura a los ciudadanos el disfrute pacífico y el respeto a los derechos que en ella se encuentran consagrados”. ⁴

El jurista Juventino V. Castro, señala con respecto a las garantías individuales. “Estas garantías o derechos... Son autenticas vivencias de los pueblos o grupos... quienes se las arrancan al soberano para lograr el pleno reconocimiento de libertades y atributos, que se supone corresponden a la persona humana por el simple hecho de tener esta calidad. ⁵

Para el maestro, Marco Antonio Díaz De León destacado investigador jurista define a “Las garantías individuales como: derechos fundamentales o libertades individuales que conforman la dignidad de la persona, que se recogen y expresan en la Constitución de un Estado como reconocimiento a los gobernados. Estos derechos fundamentales constituyen el estatuto personal de los individuos, por lo que son inalienables y están salvaguardados en las propias constituciones frente al estado y sus órganos de gobierno”. ⁶

² Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías individuales. 25ª Edición Editorial Porrúa, S.A México 1993. Pág. 166

³ Izquierdo Muciño, Martha Elba. Garantías Individuales, Universidad Nacional Autónoma del Estado de México, Editorial Oxford University, Press México, S.A de C.V Edición agosto 2001.Pág 15

4 De Pina Vara, Rafael. Diccionario de derecho. Editorial Porrúa, S.A. México 1984. Pág.181.

5 Castro V. Juventino Garantías y Amparo. 6ª Edic. Edit Porrúa S.A de C.V. 1989. Pág. 3.

6 Díaz De León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomo I 2ª Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1989. pág 806.

En consecuencia las Garantías constitucionales son los derechos fundamentales consagrados en la Ley Suprema del estado, que aseguran a los gobernados hacer exigibles tales derechos para satisfacer sus necesidades.

1.2. OBJETO.

El ilustre Dr. Ignacio Burgoa Orihuela, manifiesta: que “las prerrogativas fundamentales del hombre, inherentes a su personalidad, son lo que constituye el objeto tutelado por las garantías individuales principalmente”.⁷ Esto es determinar la relación jurídica que se establece entre gobernante y gobernado. Así, el objeto de las garantías individuales puede identificarse con el respeto de la dignidad humana, pues los derechos del hombre son la base de las instituciones políticas y sociales que conforman el Estado. En consecuencia, disponen que tanto las leyes como las autoridades respeten y hagan respetar las garantías que la Constitución otorga.

Es también la potestad de reclamar al Estado y a sus autoridades el respeto a las prerrogativas fundamentales del hombre; entonces, se deduce que el objeto de las garantías individuales se constituye de la manera en que se traduce el derecho para el sujeto activo.

Por su parte, Martha Elba Izquierdo Muciño menciona: “Esas facultades de que goza el individuo en su calidad de ser humano representan el objeto de las garantías individuales”.⁸

Para el autor Rojas Caballero, “ el objeto de las garantías Individuales recae sobre los derechos humanos, ya que los derechos y obligaciones que implica o genera la relación que existe entre los gobernados y el Estado, tienen como esfera de

actuación las prerrogativas sustanciales del ser humano, cuyos fundamentos filosóficos son la libertad, igualdad, seguridad jurídica y la propiedad”.⁹

⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio, ob. Cit Pág. 179

⁸ Izquierdo Muciño, Martha Elba. Ob. Cit. pág13.

⁹ Rojas Caballero, Ariel Alberto. Las Garantías Individuales en México, Editorial Porrúa Edición México, 2002. Pág. 57.

Finalmente se deduce que el objeto de las garantías individuales son los privilegios fundamentales del ser humano, y que son la libertad, igualdad, seguridad jurídica y la propiedad.

Es importante expresar, que en las garantías constitucionales existen dos sujetos, el sujeto activo que será el gobernado y el sujeto pasivo que vienen siendo las autoridades y el Estado.

De acuerdo con la definición del Dr. Ignacio Burgoa el sujeto activo de las garantías individuales es “ aquella persona en cuya esfera operan o vayan operar actos de autoridad, es decir, actos atribuibles a algún órgano estatal que sean de índole unilateral, imperativo y coactivo”. ¹⁰

Estas personas pueden ser físicas, morales de derecho privado (sociedades y asociaciones), de derecho social (sindicatos, comunidades agrarias, etc) y de derecho público (personas morales y oficiales, así como organismos descentralizados).

Hay autores como Luis Brazdresch, opina “Las normas que establecen las garantías en favor de todo gobernado derivan del deber general que tienen todas las autoridades del estado, consistentes en cumplir y hacer cumplir la constitución, ese deber según fácilmente puede advertirse, no sólo incumbe a las autoridades administrativas y judiciales, sino también, atañe al legislativo en cuanto a que las leyes que expida no deben contrariar las invocadas garantías”. ¹¹

Según Don Ignacio J. Vallarta, el sujeto activo se encarna en la figura del gobernado, cuya finalidad es buscar el apoyo y reconocimiento de los derechos subjetivos públicos otorgados por el Estado. Esta idea surge con la Constitución de 1857.

En efecto, las garantías constitucionales se refieren a los fueros establecidos para tutelar los derechos del individuo frente a los actos del poder público y por

ende, el concepto de individuo se identifica con claridad. Sin embargo, no fue sino hasta que surgió un problema jurídico, en 1857, cuando se planteó la interrogante de si las personas morales también pueden ser titulares de las garantías individuales.

¹⁰ Ibidem, Pág. 5

¹¹ Brazdresch, Luis Garantías constitucionales. Editorial Trillas. México, 1986 p.30

Apareció entonces el criterio que hizo historia con Ignacio Vallarta, quien resolvió el problema al determinar. Que a pesar de que las personas morales no eran seres humanos sino ficciones legales y de que por ende no gozaban de los derechos del hombre, como entidades sujetas al imperio del Estado, sí podían invocar en su beneficio a las garantías individuales cuando éstas se viesan violadas por algún acto de autoridad, lesionando su esfera jurídica ...¹²

En consecuencia, las garantías consignadas en la Constitución se establecieron para tutelar los derechos del individuo frente a los actos del poder público. Se habla además de derechos públicos subjetivos. Porque no recaen sobre cosas materiales sino sobre acciones personales. Por tanto, sólo por medio de la Carta Magna se fija la extensión de esos derechos públicos subjetivos que implica tales vínculos jurídicos a favor de los gobernados.

El sujeto pasivo de la relación jurídica como ya antes lo mencionamos lo constituye el Estado con todas sus atribuciones potestativas; sin embargo tiene determinadas limitaciones en cuanto a su actividad frente a el gobernado, por las garantías individuales. Así el gobernado goza de las garantías individuales que le otorga la ley en relación con las autoridades estatales y el Estado, incluidos los organismos descentralizados, que también pueden ser sujetos pasivos de la relación frente a los individuos que gozan de dichas garantías.

Los constituyentes de 1857 adoptaron la postura del individualismo, que prevaleció antes de la constitución de 1917, con la finalidad de asegurar los derechos

del hombre, es decir proteger los derechos del individuo frente a los actos del estado.¹³

El Estado, como persona moral de derecho Público, está representado por las autoridades que a su vez están dotadas del ejercicio del poder en su respectiva esfera de competencia jurídica.

¹² Ibidem, Págs. 168 y 169.

¹³ Idem Pág. 168.

El maestro y Dr. Ignacio Burgoa sostiene que “ en la vida de cualquier Estado o sociedad existen tres tipos de relaciones:

1. Relaciones de coordinación. Son el vínculo entre dos o más personas físicas como sujetos pasivos de las garantías; entre éstas y las personas morales de derecho privado o social; entre todas ellas, entre sí y empresas de participación estatal , así como organismos descentralizados e incluso, entre personas morales oficiales o de derecho público, sin que se les considere personas o entidades de imperio, sino en un plano de igualdad; por tanto, generalmente son reguladas por el derecho privado y social.

2. Relaciones de supra- ordinación. Es el vínculo de las autoridades colocadas en la misma situación de imperio y en función de sus atribuciones.

3. Relaciones de supra a subordinación. Descansan en la dualidad cualitativa subjetiva, es decir surge entre el Estado como gobernante y sus gobernados, y están regidas fundamentalmente por los preceptos establecidos en nuestra constitución, que regulan las actuaciones del Estado frente a los particulares “. ¹⁴

Finalmente, es importante señalar que el objeto de las garantías individuales son los privilegios de que goza el ser humano, pues los derechos del hombre son la base de las instituciones políticas y sociales que conforman el Estado, y tanto las leyes como el Estado deben respetar y hacer respetar las garantías que la Constitución otorga.

1.3 EXTENSIÓN.

La cuestión relativa a la extensión de las garantías constitucionales en cuanto a su consagración en la constitución, equivale a la formulación de la siguiente pregunta: ¿Las garantías constitucionales solo están comprendidas por la constitución en sus veintinueve artículos que integran el capítulo respectivo, o por el contrario, abarcan otros preceptos constitucionales distintos?

¹⁴ Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías individuales. 25ª Edición Editorial Porrúa, S.A México 1993. Pág. 170.

A Don Ignacio L. Vallarta le preocupó tal cuestión habiéndola resuelto en el sentido de que “por garantías constitucionales no deben entenderse únicamente los veintinueve primeros artículos de la constitución, sino que aquellos podían hacerse

extensivos a otros preceptos de la ley fundamental, que signifiquen una explicación, ampliación o reglamentación de las normas que expresamente las prevén”.¹⁵

A nuestro parecer, estimamos que es correcta la apreciación del autor señalado anteriormente, tomado en cuenta que sí se tiene en consideración que el concepto de garantías constitucionales no es restrictivo, sino por el contrario extensivo, es decir, no se debe de identificar a las garantías constitucionales como los veintinueve primeros artículos de la constitución, pues éstos solamente las enuncian en forma más o menos sistemática, sino que, hay que referirlas a todos aquellos preceptos constitucionales que por su espíritu mismo vengán a complementar en diversa manera, a los primeros veintinueve preceptos, toda vez que la declaración contenida en el artículo primero es lo suficientemente amplia para inferir que es a través de toda la constitución como se consagran las garantías constitucionales.

Como ejemplo de lo anterior, citaremos el siguiente caso: el artículo 123 que no se encuentra dentro de los veintinueve primeros artículos constitucionales, está indiscutiblemente vinculado al artículo quinto de la ley fundamental, precepto que se refiere a las garantías relativas a la Libertad de trabajo.

Por su parte Rojas Caballero. Cita. “ No sólo son “ Garantías Individuales” Las contenidas en los primeros 29 artículos de la Constitución, sino es menester atender a la relación jurídica que se establece y a sus componentes ”.¹⁶

La extensión de las garantías en su contenido intrínseco no es absoluta, están limitadas por las modalidades y las restricciones que los preceptos constitucionales que las instituyen y especifican por razón del orden público y de la convivencia social, y por una evolución de nuestro derecho, su titularidad se extiende no únicamente a los individuos humanos, pues las garantías protegen también a las

¹⁵ Autor citado por V. Castro, Juventino. Lecciones de Garantías y Amparo. Op. Cit. P. 39.

¹⁶ Rojas Caballero, Ariel Alberto. Las Garantías Individuales en México, Editorial Porrúa Edición México, 2002. Pág. 58

personas físicas, a las personas morales de derecho privado, social y excepcionalmente de derecho público.

1.4 SUSPENSIÓN

A este respecto, es importante en principio señalar lo que consigna al artículo 29 constitucional:

ARTICULO 29.- “en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los Titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de éste de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se

contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación, pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde”.¹⁷

Martha E. Izquierdo señala “Las causas que originan la suspensión de las garantías, están determinadas por el propio orden jurídico- constitucional, ante el riesgo que representan al Estado de Derecho y a la existencia regular y ordinaria del mismo, de la Sociedad y del Estado de aquí la necesidad de aplicar reglas distintas y excepcionales a esa situación.

La norma transcrita, entonces, indica las causas por las que se pueden llegar a suspender las garantías constitucionales. Ellas son:

a) Los casos de invasión. Significa que las fuerzas Armadas Extranjeras penetren en el Territorio nacional.

¹⁷ Avedaño López, Raúl. Comentarios a las Garantías Individuales, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Sista. Edición México 2003. Pág. 356.

b) Perturbación grave de la paz pública. Se altera la vida cotidiana del Estado o de la sociedad mediante motines, revoluciones o rebeliones.

c)Cualquier otro caso que pongan a la sociedad en grave peligro o conflicto. Por ejemplo: las Epidemias, desastres”.¹⁸

El maestro Ignacio Burgoa menciona “se entiende, por ejemplo, el hecho de una invasión o de penetración de tropas extranjeras en el territorio nacional; pero en cambio, los conceptos normativos de “perturbación grave a la paz pública u otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto”, son términos equívocos que dan lugar a la discrecionalidad en su determinación, en tanto que, “ paz pública”, “peligro” o “conflicto”, son vocablos que requieren de valoración, y que, en muchos casos, pueden comprender situaciones que no corresponden a un Estado de sitio o excepción”. ¹⁹

El autor Luis Bazdresch, señala “la suspensión debe ser:

a) Por tiempo Limitado.

b) Por prevenciones generales, que no afecten a individuos aislados ni a grupos determinados.

- c) Total o parcial, de todas o de algunas garantías.
- d) En cierta parte o en todo el país”.²⁰

A continuación explicaremos brevemente cada uno de los incisos antes señalados:

- a) El alcance temporal de dicha suspensión es solamente por el tiempo limitado que dure la emergencia.
- b) Las “ prevenciones generales” se presentan sin que el fenómeno suspensivo se contraiga a un individuo o grupo determinado.
- c) Total o parcial de todas o algunas garantías, las que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación.

¹⁸ Izquierdo Muciño, Martha Elba. Las garantías Individuales, Editorial Oxford University Press S.A de C.V. Edición México 2001. Pág. 226

¹⁹ Burgoa Orihuela, Ignacio. Op. Cit. Pág. 200.

²⁰ Brazdresch, Luis Garantías constitucionales. Editorial Trillas. México, 1986 p

d) El alcance espacial de la suspensión de las garantías constitucionales, puede ser; en todo el país o en un lugar determinado.

La única autoridad que puede suspender las garantías Individuales son: Es el Titular del Ejecutivo Federal que es el Presidente de la República. Ahora bien. ” El proceso jurídico constitucional, autorizado para investir al gobierno estatal con los poderes necesarios a fin de enfrentar la situación anormal en la vida del Estado, se desenvuelve en dos fases fundamentales:

a) Cesación de la vigencia de las normas constitucionales y legales que prohíban a una autoridad el ejercicio de actividades de emergencia.

b) Otorgamiento de facultades extraordinarias sobre las bases establecidas en la Constitución a favor de uno de los tres poderes que componen el gobierno estatal, que generalmente es el ejecutivo que, debido a sus funciones normales, es el más indicado para enfrentar la situación anómala de peligro público”.²¹

La suspensión de las garantías constitucionales se justifica por la necesidad política de que los órganos gubernativos tengan libertad de acción para proceder con rapidez y energía a mantener el orden público mediante la eliminación radical de las situaciones y circunstancias de hecho que agradan los intereses sociales; en el caso de invasión del territorio nacional, el propósito de la suspensión es facilitar el acopio y el uso de los elementos necesarios para la defensa”.²²

Como ha quedado señalado la suspensión, es una privación temporal de dichas garantías, pero esto debe entenderse como privación del ejercicio y no del goce de los derechos mismos. Finalmente concluida la temporalidad para el ejercicio, se reanuda la efectividad exactamente en el grado en el que se encontraba antes de esa suspensiva.

²¹ Izquierdo Muciño, Martha Elba. Op. Cit. Pág. 226

²² Bazdresch, Luis. Garantías Constitucionales. Op. Cit. p. 38.

En términos generales, en todas y cada una de las garantías individuales, pueden suspenderse para hacer frente a una situación de peligro, que pone en riesgo la organización social que la misma constitución previene y por tal motivo, el mismo ordenamiento, facilita esta situación para lograr restablecer la organización rápidamente.

2 CLASIFICACIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Antes de citar a los diferentes autores y tratadistas es de hacerse notar que las garantías constitucionales protegen directamente los derechos humanos y debemos entender que sus titulares son precisa y exclusivamente hombres, ya aislados como personas físicas, ya reunidos como personas morales o de derecho privado o público y particularmente la población. A continuación veamos algunas opiniones de destacados juristas.

El autor V. Castro. Considera que para clasificar a las garantías individuales se tiene que tomar en cuenta el principio de que el ser humano es libre, como requisito indispensable para realizarse vitalmente y que esa libertad de acción precede al estado que posee el poder público y que su objetivo es mantener orden público mediante la creación y el mantenimiento de un orden jurídico que le permita lograr el bien común... Finalmente cuando surge el enfrentamiento de la persona humana a la autoridad – de la libertad individual al orden jurídico, sólo se resuelve mediante equilibradores, como lo son los procedimientos legales que el Estado establece y a los que se somete antes de invadir las libertades humanas y de sostener el Orden Jurídico... En base a lo anterior el autor V. CASTRO “clasifica a las garantías individuales en:

a) Las Garantías de la libertad, se refieren en nuestro concepto a la libertad personal, a la libertad de acción, a la libertad ideológica y a la libertad económica.

b) Las Garantías del Orden Jurídico, comprenden una serie de diversas garantías de igualdad, de competencia, de justicia y de propiedad.

c) Las Garantías de Procedimientos, se refieren a la irretroactividad, legalidad, la exacta aplicación de la ley y a las garantías dentro de los procedimientos judiciales”.²³

Al respecto Rojas Caballero, A. “Clasifica a las Garantías Individuales atendiendo a dos criterios fundamentales. Uno desde el punto de vista formal que es la obligación del Estado surgida de la relación jurídica, y la otra es la relación que se da hacia el sujeto activo; por lo que nuestro sistema jurídico se han clasificado en garantías de: igualdad, libertad, seguridad jurídica y propiedad”.²⁴

Para el Dr. Ignacio Burgoa “ clasifica a las garantías Individuales en garantías materiales y garantías formales. Dentro Del primer grupo se incluyen las que se refieren a las libertades específicas del gobernado, a la igualdad y a la propiedad,

Comprendiendo. El segundo grupo las de seguridad jurídica, entre las que destacan la de audiencia y de legalidad consagradas primordialmente en los

artículos 14 y 16 de nuestra constitución. En las garantías materiales, los sujetos pasivos (Estado y autoridades estatales) asumen obligaciones de no hacer o de abstención (no vulnerar, no prohibir, no afectar, no impedir, etc.), en tanto que respecto a las garantías formales, las obligaciones correlativas a los derechos públicos subjetivos correspondientes son de hacer, o sea, positivas consistentes en realizar todos los actos tendientes a cumplir u observar las condiciones que someten la conducta autoritaria para que ésta afecte con validez la esfera del gobernado. [considerando el] ...contenido del derecho subjetivo público que para el gobernado se deriva de la relación jurídica en que se manifiestan las garantías individuales, éstas pueden ser: de igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica”.²⁵

Al respecto Luis Brazdesch. “clasifica a las garantías individuales... por sus efectos y por sus finalidades peculiares dichas garantías pueden clasificarse en tres grupos: primero, el de las que interesan esencial o principalmente a las personas; segundo, el de las que trascienden al beneficio social, y por último, el de las que

²³ V. Castro, Juventino. Garantías y Amparo. Editorial porrúa, S.A de C.V. Edición México 1998. Pág.30,31 y 32.

²⁴ Rojas Caballero, Ariel Alberto. Las garantías individuales en México, Editorial porrúa S.A de C.V. Edición México 2002. Pág. 58 y 59.

²⁵ Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. Editorial porrúa S.A de C.V. Edición México 1993. Pág. 193 y 194.

atañen a la productividad de bienes... además diversas garantías se agrupan bajo la designación de seguridad jurídica, que incluye las que integran la legalidad y los derechos especiales de los procesados”.²⁶

Lo anterior nos permite analizar las formas similares que tienen los tratadistas al clasificar las garantías individuales refiriéndose todos ellos a la libertad, igualdad, seguridad jurídica, legalidad y propiedad. A continuación analizaremos la principal clasificación y características de las garantías individuales contenidas en nuestra Carta Magna.

2.1. GARANTÍA DE LIBERTAD

Para hablar de la garantía de Libertad es imprescindible definir que es en si la libertad.

LIBERTAD.- Se ha definido a la libertad, como la capacidad de autodeterminación de la voluntad, que permite a los seres humanos actuar como deseen. Al respecto veamos que opinan los diferentes tratadistas.

Para el Dr. Ignacio Burgoa Orihuela, “ la libertad es en términos genéricos es la cualidad inseparable de la persona humana consistente en la potestad que más le acomoden para el logro de su felicidad particular...se dice que cada persona es libre para proponer los fines que más le convengan para el desarrollo de su propia personalidad, así como para seleccionar los medios que estime más apropiados para su consecución... [dice el Dr. Burgoa] la libertad, traducida en esa potestad o facultad propia de la persona humana de elegir fines y medios vitales, presenta dos aspectos fundamentales. En primer lugar, la es cogitación de objetivos vitales y de conductos para su realización puede tener lugar inmanentemente, esto es, sólo en el intelecto de la persona sin trascendencia objetiva. En éste caso, la potestad electiva no implica sino una libertad subjetiva o psicológica ajena al campo del derecho. En segundo término, como el individuo no se conforma con concebir los fines y medios

26 Bazdresch, Luis. Garantías Constitucionales, curso introductorio. Editorial Trillas. Edición México 1998. Pág. 35

respectivos para el logro de su bienestar vital, sino que procura darles objetividad, externándolos a la realidad surge la libertad social...traducida en aquella facultad que tiene la persona humana de objetivar sus fines vitales mediante la práctica real de los medios idóneos para éste efecto... esta es la libertad que interesa fundamentalmente al derecho...es la única que se tomará en consideración...[es] la consecución objetiva de fines vitales del individuo y la realización práctica de los medios adecuados para su obtención”.²⁷

En síntesis para entrar al estudio de la garantía de libertad es necesario decir que la libertad, es la potestad del ser humano de hacer o no hacer lo que a sus

intereses convenga. Ejemplo: el simple hecho de transportarse a cierto lugar, como lo puede hacer el ser humano caminando, en colectivo público (micro-bus), auto, bicicleta etc. Es una libertad que tiene para escoger, y alcanzar su propia felicidad y sus fines, como sería llegar a determinado lugar. Pero al mencionar éste ejemplo nos referimos a la simple libertad intrínseca que tiene el ser humano más no a la libertad del orden jurídico, en la cual de antemano sabemos que tenemos ciertos límites que analizaremos más adelante.

Por lo que toca a la Garantía de Libertad los diferentes autores mencionan:

El Autor, Efraín Polo Bernal dice “una dimensión profunda en el concepto de la libertad consistiría en la enmienda de todo hombre frente a la arbitrariedad o abuso que afecten a su vida, integridad física y moral, es la espontánea autodeterminación de su persona considerando las condiciones materiales y jurídico-sociales que la fundamentan y encausan. Potenciada la libertad en su acepción jurídica, ella se estrecharía a actuar conforme a la Ley”.²⁸ De lo antes expuesto por el autor conduce a que la libertad que tiene el ser humano en el caso de verse afectada o abusada dicha libertad debe actuarse conforme a un orden jurídico.

²⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio. Ob, cit. Pág. 304 y 305.

²⁸ Polo Bernal, Efraín. Breviario de Garantías constitucionales. Editorial Porrúa, S:A México 1993 Pág. 18.

Para Isidro Montiel y Duarte “la libertad en su sentido más general es la facultad de hacer o no hacer todo aquello que en voluntad nos venga”.²⁹ Efectivamente Montiel y Duarte tiene razón, pero sabemos que en una sociedad donde existe un orden jurídico la libertad tiene sus limitaciones de hacer o no hacer pues afectaría la esfera jurídica de otro humano.

El maestro Rojas Caballero “Por libertad se entiende la potestad que tiene el hombre para desarrollarse en todos los ámbitos... La libertad consiste en las posibilidades que se tienen para escoger esos fines y medios necesarios para

lograr el pleno desarrollo de las potencialidades humanas...".³⁰ De acuerdo al autor si bien es cierto, el hombre se desarrolla de acuerdo a sus posibilidades conforme a su situación de vida para lograr sus fines particulares.

El Dr. Ignacio Burgoa "la libertad es una condición sine qua non, imprescindible para el logro de la teleología que cada individuo persigue. En estas circunstancias, la libertad se revela como una potestad inseparable de la naturaleza humana, como un elemento esencial de la persona. En un plano deontológico, pues, la libertad se manifiesta bajo ese aspecto".³¹

De todo lo anteriormente expuesto, se deduce para efectos de nuestro trabajo a la garantía de libertad, como aquel derecho que tiene un individuo de hacer todo aquello que no perjudique el derecho de otro, y que puede ejercer de acuerdo a las determinaciones de la propia Ley. La libertad que interesa, es la libertad social, la que trasciende a la esfera del individuo y es perceptible a los demás, de ahí que las restricciones a la libertad individual social sólo puedan justificarse para que los demás disfruten de esta libertad, sin embargo los límites de la libertad deben estar contenidos en la Constitución.

²⁹ Montiel y Duarte, Isidro. Estudio sobre Garantías Individuales. Editorial Porrúa, S.A México, 1991. quinta. Edición facsimilar. P. 103.

³⁰ Rojas Caballero, Ariel Alberto. Editorial Porrúa. Edición México 2002. Pág. 137

³¹ Burgoa Orihuela, Ignacio. Las garantías Individuales. Editorial Porrúa, Edición. México 1993. Pág. 307.

Para señalar las garantías de libertad que se encuentran contenidas en diversos artículos de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos haremos una breve reseña histórica, para determinar como nuestra Ley Suprema acogió dentro de su estructura los principales derechos de Libertad.

Derivado de los abusos que antiguamente ejercía a sus gobernados el Poder público, en 1789 la Asamblea Nacional Francesa expidió los Derechos del hombre y del Ciudadano que instituye como principio Político expreso, EL QUE LOS HOMBRES NACEN LIBRES Y TIENE DERECHO A CONSERVAR SU LIBERTAD. Y que consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro, de ahí que

la libertad sólo tendrá los límites necesarios para que los demás también gocen de ella.

Nuestras diversas Constituciones Políticas, a partir de la de 1814, no consignan que la libertad es un derecho del hombre, como lo hace la anteriormente proclamada acabada de citar, sino que tomando en cuenta que la libertad es una potestad compleja, esto es, presentando múltiples aspectos de aplicación y desarrollo, su implantación o reconocimiento por el orden jurídico constitucional se llevó a cabo relacionando la facultad libertaria específica, consagrando disposiciones generales y específicas para protegerla.

La constitución de 1857, por ejemplo, sin definir la libertad como lo han hecho multitud de constituciones, comenzó por decir que en la República todos nacen libres, y que los esclavos que pisen el territorio recobrarán por ese sólo hecho su libertad. Agrega también que todo hombre tiene derecho para dedicarse a la enseñanza pública, y que también lo tiene para ejercer, sin traba de ningún género, todas aquellas profesiones que no estén ligadas por la ley en un título y a determinados requisitos.

Como se puede ver, esta Constitución no consagra una garantía genérica de libertad, como lo hacía la declaración francesa de 1789, sino que consigna varias libertades específicas a título de derechos subjetivos públicos.

Nuestra Carta Magna, enumera cada una de las diversas garantías de libertad a continuación las especificaremos.

La garantía de libertad, se encuentra contemplada principalmente en el artículo 1° Constitucional, al determinar la prohibición de la esclavitud en nuestro país.

La garantía de libertad a la Educación la encontramos fundamentada en el artículo 3° constitucional, establece (reforma, D.O. 5 de marzo de 1993) (F.de E., D.O. 9 de marzo de 1993). Art. 3° todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado –Federación, Estados y Municipios- impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación primaria y la secundaria son obligatorias.

La Educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria y a la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

En sí establece tres garantías individuales específicas, a saber: la de recibir educación, la que toda la educación que el Estado imparta sea gratuita y la de impartir educación.

La garantía de Libertad de Procreación, el segundo párrafo del artículo 4° constitucional la establece, es decidir libremente cuántos hijos tendrá cada pareja. Si alguna autoridad restringe el número de hijos es inconstitucional. Es garantía individual.

La garantía de la Libertad de Ocupación, se encuentra contenida en el artículo 5°, párrafo primero, a partir de que a nadie podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El titular de la garantía es todo gobernado, pudiendo ganarse el sustento en la actividad que más le agrade. Limitando la ley fundamental a cualquier autoridad que intente compeler a un gobernado a dedicarse a determinada actividad. Ejemplo: el ser profesionista, doctor, comerciante, técnico, obrero etc.

La libertad de expresión contenida en el artículo 6° de nuestra Carta Magna, esta garantía regula la manifestación de ideas que no sea gráfica, ya que de serlo, se encuentra protegida por el artículo 7° de nuestra Constitución. Rojas Caballero señala... las limitaciones a esta libertad sólo los poderes legislativos federal y de las entidades federativas pueden establecer límites a esta libertad a través de

tipificar conductas, como ahora se hace con los delitos de calumnia, difamación, corrupción de menores, apología de un delito, etc.”³²

La garantía de manifestación de las ideas en forma gráfica (libertad de imprenta) que se encuentra en el artículo 7° de la Constitución. Esta garantía protege toda aquella idea plasmada permanentemente en papel, no sólo se refiere a la potestad de plasmar gráficamente ideas sino a la libertad de distribuir dicha impresión. Los límites establecidos son el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública.

La garantía de Derecho de Petición se encuentra establecida en el artículo 8° de la Ley fundamental. Que hace referencia al requerimiento que hace el gobernado para que el gobernante realice o deje de efectuar algún acto propio de la esfera de sus atribuciones.

La garantía de Derecho de Posesión y Portación de armas consagrado en el artículo 10 de la Constitución, (reformado, D.O. 22 de octubre de 1971) y que a la letra dice: Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, fuerza Aérea y Guardia Nacional. La Ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la Portación de armas. La Constitución de 1857 estableció el derecho de poseer y portar armas, fijando como límite que la Ley contemplaría las prohibidas y las penas para quienes las porten.

En el texto original de la constitución de 1917 se estableció que los reglamentos municipales señalarían los requisitos para la portación de armas. Mediante la reforma

³² Rojas Caballero, Ariel Alberto. Las Garantías Individuales en México. Editorial Porrúa. Primera Edición México 2002.

publicada en el diario oficial de la Federación el 22 de octubre de 1971 se federaliza la materia de armas de fuego y explosivos y se limita en su integridad el ejercicio de esta libertad, expidiéndose la Ley reglamentaria llamada Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

La garantía de Libertad de Tránsito, contenida en el artículo 11 de nuestra Carta Magna. Esta garantía se dirige a salvaguardar una libertad de la persona y, por lo tanto, se refiere a los privilegios que ésta tiene para desplazarse por el territorio sin referirse de ninguna forma a la facultad de las autoridades administrativas con base a los ordenamientos respectivos de limitar la circulación de vehículos por razones ecológicas.

La garantía de Libertad Religiosa contenida en el artículo 24 y 130 Constitucional. El primer párrafo del artículo 24 establece que el hombre es libre de profesar la creencia religiosa y practicar los actos de culto respectivos. El artículo 130 de nuestra constitución preceptúa la no intervención en la vida interna de las iglesias y la posibilidad que tienen los mexicanos y extranjeros de ser ministros de algún culto, lo que también constituye garantías individuales, de tal manera que las autoridades se encuentran impedidas para injerir en la vida interna de las asociaciones religiosas.

La garantía de Libre concurrencia o libertad económica. Se encuentra consagrado en el artículo 28 de nuestra constitución. La libertad económica es la facultad que tiene el gobernado de concurrir al mercado en condiciones de igualdad para ofrecer sus bienes y servicios, estableciendo así el libre mercado, esto es, la producción y comercialización de bienes y servicios se guiará por la ley de la oferta y la demanda. A través de la libre concurrencia se logra el mercado de competencia perfecta y se beneficia el consumidor. Prohibiendo la práctica de monopolios ya que son los acaparamientos en una o pocas manos de artículos de consumo necesario que tenga por objeto obtener el alza de los precios. Todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja

exclusiva indebida a favor de una o varias determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

La garantía de libertad de asociación y de reunión, se fundamenta en el artículo noveno.

2.2. GARANTÍA DE IGUALDAD.

Como en el inciso anterior, para tratar lo relativo a la garantía de igualdad, es importante en primer término saber que se entiende expresamente por igualdad, por lo que, mencionaremos algunas de las definiciones que nos dan diversos autores.

Al respecto Efraín Polo Bernal señala, “ La igualdad es una condición general para el mantenimiento y aplicación de todos los demás derechos fundamentales”.

Igualmente, señala “el concepto bien entendido de igualdad esta inseparablemente unido al concepto de Ley”.³³

Por su parte Isidro Montiel y Duarte afirma “ que la igualdad no es por sí sola una garantía ya que nada ganaríamos con ser todos igualmente víctimas de un gobierno absoluto, y en realidad la saludable importancia de la igualdad depende de su relación con leyes y con instituciones liberales que nos garanticen el goce de los derechos que se otorguen a todo hombre sin distinción”.³⁴

El maestro Ignacio Burgoa Orihuela señala “ la igualdad se traduce en que varias personas, en número determinado, que se encuentren en una determinada situación tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los

³³ Polo Bernal, Efraín. Op. Cit. P. 30

³⁴ Montiel y Duarte, Op. Cit. p.63

mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones que emanan de dicho estado”.³⁵

De lo anterior se deriva que la garantía de igualdad, se traduce en que para que exista igualdad de derechos, todas las leyes deben ser generales sin excepción alguna de la condición o características de los individuos a quienes van dirigidas.

Como sabemos, la igualdad fue cúspide de la revolución Francesa de fines del siglo XVIII, que concluyó para siempre con los estatutos personales que constituían en ese entonces el régimen feudal.

En la revolución Francesa fue motivo esencial y totalmente popular de la masa de la población movida por su insoportable situación económica, gravada por el despotismo, el tema de la igualdad de todos los ciudadanos, para contrarrestar el régimen de monarquía absoluta imperante en esa época, inspirados en las nuevas ideas y las críticas filosóficas que se habían desarrollado a mediados del siglo XVIII.

Las causas de la Revolución Francesa, sus medios y sus logros, fueron distintos de la Revolución Inglesa, ya que ésta se centró en 3 principios fundamentales, la libertad como vimos anteriormente, la democracia y la igualdad.

“En nuestro sistema de derecho, el principio de la igualdad está contenido desde la constitución de 1814, que en su artículo 25 decía “ningún ciudadano podrá tener más ventajas que las que haya merecido por sus servicios hechos al estado. Estos títulos no son comunicables, transferibles ni hereditarios”.³⁶

Las garantías de igualdad establecen, en términos generales, que el cumplimiento del deber jurídico, correlativo que involucra las garantías de igualdad se traduce entonces en la ausencia de trato discriminatorio e inequitativo.

³⁵ Burgoa Orihuela, Ignacio. Op. Cit. p. 251

³⁶ Bazdresch, Luis.- Op. Cit. p.99.

En nuestra Carta Magna no existe como en el caso de las garantías de libertad, un artículo expreso de garantía de igualdad sino que, como veremos a continuación esta garantía actual se contiene principalmente en cinco artículos de la constitución Política de los estados Unidos mexicanos, a saber:

En el artículo 1 de nuestra carta Magna, encontramos una de las garantías de igualdad. Preceptúa:

Artículo 1. párrafo primero a la letra dice:

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

Esta garantía es de igualdad porque se extiende a las personas físicas y morales, en consecuencia todos los individuos gozaran de las garantías que otorga esta constitución. De tal manera ninguna autoridad, ni el legislador, puede establecer que uno o varios individuos tengan determinadas garantías y otros no. Cuando el texto del primer precepto de la constitución refiere que las garantías no podrán suspenderse ni restringirse sino en el caso y bajo las circunstancias que ella misma establece.

El acatamiento de este mandato constitucional, impide restringir, menoscabar, privar o limitar la esfera de protección que la ley fundamental establece por medio de cualquier acto de autoridad, sino en el caso de remisión expresa del propio texto constitucional. Por otro lado las garantías sólo pueden suspenderse en los casos previstos en el artículo 29 de la misma norma fundamental y con los requisitos que ahí se mencionan.

Artículo 1. párrafo segundo a la letra dice:

...Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes...

“Por esclavitud debe entenderse el estado o condición de un individuo sobre el que se ejercen los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos; es el menoscabo absoluto de la libertad”.³⁷ El párrafo en comento es claro al prohibir la esclavitud en nuestro país, pero hablando de los esclavos del exterior que entren en territorio nacional alcanzarán su libertad y la protección de nuestras disposiciones legales, en reiteración de lo referido por el artículo 1° del código supremo.

Artículo 1. párrafo tercero a la letra dice:

...Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y que tenga por anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas...

Es una verdadera garantía individual que establece el derecho subjetivo público del gobernado de ser tratado en la misma forma y el correlativo deber jurídico de las autoridades de garantizar dicho trato idéntico o, en otros términos, estableciendo que queda prohibida la discriminación por cualquier otro factor que atente contra la dignidad humana y que tenga por objeto anular menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En el artículo 4 constitucional consagra una garantía de igualdad que a continuación mencionamos:

Artículo 4 constitucional párrafo primero a la letra dice:

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

³⁷ Rojas Caballero, Ariel Alberto. Las Garantías Individuales en México. Editorial Porrúa. Porrúa. Edición México 2002. Pág. 98.

“Así, es en 1974, cuando se elevó a rango de garantía individual, la igualdad jurídica entre los sexos, esto permitió que la mujer se convirtiera en un individuo que gozaba exactamente de los mismos derechos que el varón... El fenómeno social dado permitió e incitó a las demás mujeres, a participar en el desarrollo económico de la nación, a tal grado que la competitividad de mano de obra de la mujer en México ha alcanzado en varias de las ocasiones a desplazar el trabajo del hombre lo que ha generado la mano de obra barata...”.³⁸ De la segunda parte del primer párrafo en comento, surge el contexto del derecho familiar, no solamente el del matrimonio sino que abarca todos los actos del registro civil obligaciones y derechos que nacen del matrimonio, del parentesco y los alimentos etc. Que surgen a raíz de la integración de la familia.

El artículo 4 constitucional párrafo segundo a la letra dice:

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

En éste párrafo hablamos correctamente al decir que la garantía es la de planificación familiar, es decir que los padres de manera responsable, e informada, esto es, asesorados y tomando en cuenta las responsabilidades deciden en que momento pueden procrear, y sostener a un nuevo ser.

El artículo 4 constitucional párrafo tercero a la letra dice:

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta constitución.

³⁸ Avedaño López, Raúl. Comentarios a las Garantías individuales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Sista. Edición México 1991. Pág 50 y 51.

“ El principio del derecho a la protección a la salud, contenido en este párrafo tiene como finalidad:

1. El bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades.

2. La prolongación y mejoramiento de la calidad de vida humana.

3. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud, que contribuyan al desarrollo social.

4. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud.

5. El disfrute de servicios de salud y asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población.

6. El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud.

7. El desarrollo de la enseñanza e investigación científica y tecnológica para la salud.

...El sistema nacional de salud, está constituido por diversas dependencias y entidades de la administración Pública tanto federal como local, incluso, en este sistema, están incluidas las personas físicas o morales de los sectores sociales y privados, que presten los servicios de salud, así como mecanismos de coordinación de acciones, que tiene por objeto el darle el cumplimiento al derecho

constitucionalmente establecido de protección a la salud. Dentro de los cuales encontramos la Secretaría de Salud... la cual encuentra su fundamentación de existencia en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, así como la ley de salud, y diversos reglamentos internos, además la ley de salud para el Distrito Federal...".³⁹

³⁹ Avedaño López, Raúl. Ob. Cit., Pág. 52 y 53

Artículo 4 constitucional párrafo cuarto que a la letra dice:

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y su bienestar.

Ahora de lo anterior analizamos que en el momento en que se causa daños a la salud de la persona especialmente bronco pulmonares o bien en la piel o en cualquiera de los órganos del cuerpo humano, vamos a encontrar que existirá una responsabilidad objetiva por el que utilizando sustancias, utilizando mecanismos, avienta a la atmósfera sus desechos tóxicos o bien hacia el drenaje a través de alcantarillado. Así determinamos que efectivamente las personas deben gozar de un ambiente sin contaminación pero no sólo de objetos materiales sino también puede ser de ruido provocado que afecte la salud del hombre.

El Artículo 4 constitucional párrafo quinto a la letra dice:

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

En éste párrafo se hace referencia a que si toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa, si esta es rentada, entonces el arrendador, el casero, al incumplir sus obligaciones de realizar reparaciones y mejoras a la vivienda, no solamente está faltando a disposiciones de tipo civil, sino también

está violando garantías al inquilino lo que perjudica al desarrollo de la familia en México.

Institutos como el FOVISSSTE, el INFONAVIT, FONAPO, FOVI, los créditos bancarios hipotecarios para la adquisición de viviendas y toda esa amplia gama de instituciones que intentan ofrecer la vivienda digna, no han podido tener una eficacia plena, en virtud de que la explosión demográfica, es mayor a sus posibilidades, y en el rezago de viviendas, significa uno de los graves problemas que enfrenta nuestra sociedad.

Artículo 4 constitucional párrafo sexto séptimo y octavo a la letra dicen:

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación, y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que se coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

En el artículo 12 de nuestra Carta Magna consagra una garantía de igualdad porque reconoce una igualdad de las personas en su aspecto social.

El Artículo 12 constitucional a la letra dice:

En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país.

A continuación nos referimos al primer supuesto en los que en nuestro país no se consideran títulos de nobleza "Este artículo se interpreta en el sentido de

que en nuestro país ninguna persona puede clasificarse noble o plebeyo, ya que se estima que todos los hombres están colocados en el mismo plano de igualdad social; en consecuencia, todos son susceptibles de tener los mismos derechos y las mismas obligaciones, lo que significa que deben actuar conforme a la ley...Lo que la Constitución prohíbe es que se hagan distinciones entre grupos sociales o entre individuos de diferente origen social y aquéllas se prolonguen a la descendencia indefinidamente...”⁴⁰

⁴⁰ Isidro Montiel y Duarte , Estudio sobre Garantías individuales, 3ª ed., Porrúa, México 1979, p. 114.

“En el segundo supuesto contenido en éste artículo se refiere a la prohibición para que en el territorio nacional se reconozcan o convaliden los títulos, las prerrogativas o los honores hereditarios otorgados a cualquier otro país...Asimismo y de acuerdo con esta idea, está prohibido que en el territorio nacional se reconozcan o convaliden los títulos, las prerrogativas o los honores hereditarios otorgados por otros gobiernos o sistemas jurídicos...De esta manera, el Estado mexicano deja clara su convicción de Estado republicano y prohíbe tajantemente la existencia de una sociedad dividida o estratificada en clases sociales, con lo que se evita la proliferación de clases superiores o aristocracias reconocidas por el Estado...”⁴¹

Así de lo anterior se deduce que en nuestro país todos los hombres nacen con los mismos derechos y obligaciones, y sólo a partir de esta idea en México puede concebirse una sociedad libre, sujeta a procesos democráticos y participativos.

En el artículo 13 de nuestra Carta Magna establece una garantía de igualdad por que contiene varios preceptos de igualdad:

- I. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas.
- II. Nadie puede ser juzgado por tribunales especiales

III. Ninguna persona o corporación puede tener fuero.

IV. Ni gozar de más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley.

En estos preceptos destacan elementos como las leyes privativas, las leyes especiales y el fuero, que se analizan a continuación.

⁴¹ Izquierdo Muciño, Martha Elba, Las garantías Individuales, Universidad Nacional Autónoma del Estado de México, Editorial Oxford University, Press México, S.A de C.V agosto 2001. Pág.40

Leyes Privativas

“Toda norma jurídica se caracteriza por su generalidad, abstracción e impersonalidad, aún las que se ubican en el ámbito de las denominadas especiales, como el Código de Comercio, la Ley de sociedades Mercantiles, Ley de derechos de autor, etc. Que rigen situaciones jurídicas determinadas y relaciones de personas en circunstancias específicas. No obstante, su vigencia es para todos, de manera indeterminada, y sólo basta encontrarse en las circunstancias y condiciones que la ley prevé.

Por lo contrario, la ley privativa deja de tener las características de toda ley al no cumplir con los atributos de ésta, pues no es ley porque al aplicarse a un individuo, a un grupo o a una situación especial (no a la generalidad) se quebrantaría el principio de igualdad del que nos habla la Constitución, art. 1°, ya que todas las personas, sin excepción, siempre que reúnan los requisitos establecidos y se encuentren en las circunstancias previstas por la ley, son iguales ante la ley.

Por tanto, y de acuerdo con la interpretación gramatical que ofrece el art. 13 constitucional, queda prohibida la aplicación de leyes privativas en el orden judicial; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió en el

sentido que no deben aplicarse las leyes privativas en ninguno de los órganos establecidos, como en materia civil, penal o administrativa”.⁴²

Concepto de Ley Privativa

La jurisprudencia de la suprema Corte define con claridad la idea de Ley privativa a que se refiere el artículo 13 constitucional al establecer:

“Es carácter constante de las leyes que sean de aplicación general y abstracta, es decir, que deban contener una disposición que no desaparezca después de aplicarse a un caso previsto y se apliquen sin consideración de especie o de persona a todos los casos idénticos al que previenen en cuanto a que no sean abrogados. Una ley que carece de estos

⁴² Ortiz Ramírez, Serafín, Derecho constitucional mexicano, sus antecedentes históricos las garantías individuales y el juicio de amparo, Editorial, Cultura, México, 1961, p. 141. caracteres va en contra del principio de igualdad garantizado por el art. 13 constitucional y aun deja de ser una disposición legislativa en el sentido material puesto que le falta algo que pertenece a su esencia, las leyes pueden considerarse como privativas tanto las dictadas en el orden civil como en cualquier otro orden pues el carácter de generalidad se refiere a las leyes de todas especies y contra la aplicación de leyes privativas protege el ya expresado art. 13 constitucional”.⁴³

Tribunal especial

Características el Dr. Ignacio Burgoa explica “por lo general, los órganos jurisdiccionales y aun los estatales tienen competencia fijada legalmente, de manera que las facultades de una autoridad judicial, administrativa o legislativa que integran su competencia deben estar consagradas por una norma legal estatal por una norma legal.

En consecuencia, por autoridad competente se entiende la que está expresamente facultada por la ley para dictar o ejercitar cualquier acto. Además, está capacitada, en su órbita de competencia, para conocer de los casos que se presenten. La competencia legal se determina en razón de factores como territorio, grado, materia, etcétera. Ahora bien, los tribunales también están capacitados para conocer, dentro de su competencia, de las situaciones que se presenten, y se caracterizan por la permanencia de sus funciones ejecutivas o decisorias, así como por la posibilidad de tener injerencia en un número indeterminado de negocios singulares.

Por su parte, los tribunales especiales no ostentan ninguna de estas dos características, pues no son creados por la ley que establecen los órganos jurisdiccionales ordinarios o generales, sino por un acto especial, como un decreto, una decisión administrativa o legislativa, etcétera”.⁴⁴

⁴³ Semanario Judicial de la federación. Quinta Época, t. LXI. Vol. IV, p. 3760, tesis 84 del Semanario Judicial de 1917-1985.

⁴⁴ Burgoa Orihuela, Ignacio. Las garantías individuales, 17^a . Ed., Porrúa, México, 1983, p.248.

FUERO

La autora Martha Elba Izquierdo menciona “ La palabra fuero proviene del vocablo latino forum, que significa recinto sin edificar, plaza pública y judicial. Por extensión, así se le denomina al sitio en donde se administra justicia, es decir, al local del tribunal”.⁴⁵ “Históricamente el fuero se ubica en la Edad Media, en los reinos hispánicos se dio a la voz fuero el significado del derecho local; posteriormente se aplicó a determinadas recopilaciones legislativas. A finales de esa época se le identificó con privilegio, y desde entonces y hasta la actualidad ha adoptado acepciones con significado similar. Hoy en día es sinónimo de jurisdicción, fuero de guerra o bien de competencia; por ejemplo, fuero federal, fuero común. Etcétera.

Finalmente se entiende como carta de privilegios, concesiones de gracias, de mercedes, etcétera".⁴⁶

El artículo 13 constitucional utiliza la palabra fuero como privilegio o prerrogativa de cualquier especie que se otorga a alguna persona o institución (persona moral), a excepción del fuero de guerra para delitos y faltas militares. A fin de comprender esto es necesario analizar la naturaleza jurídica del fuero de guerra, en el sentido de cómo está redactado en el art. 13. Existen dos clases de fuero: personal y material.

1. Fuero personal. El maestro e ilustre Dr. Ignacio Burgoa dice " está constituida por un conjunto de privilegios y prerrogativas que se acuerdan a favor de una o varias personas. Los privilegios que se otorgan pueden traducirse en una serie de exenciones, favores o ventajas para sus titulares, que en consecuencia les excluye de la imperatividad de la norma jurídica general, de tal forma que quien goza de un fuero de esa índole no puede ser juzgado por los tribunales ordinarios, ya que es sujeto de un sin número de privilegios y prerrogativas que se acuerdan en su

⁴⁵ Izquierdo Muciño, Martha Elba. Las Garantías Individuales. Editorial Universidad Nacional Autónoma del Estado de México, Editorial Oxford University, Press México, S.A de C.V Edición agosto 2001.Pág.48.

⁴⁶ Idem.

exclusivo beneficio o de algunas personas en particular, colocándolas en situación de igualdad a la que están sometidos los demás.⁴⁷

2. Fuero real o material. Por el contrario, el fuero material se refiere a una o varias personas que no poseen privilegios o ventajas, lo que se traduce en una situación de competencia jurisdiccional, determinada por la naturaleza del acto o negocio del que se trata, por ejemplo, el fuero federal o local, que significa esfera de competencia entre los tribunales de la Federación y el Estado. También se le

denomina fuero material porque para que exista son necesarios hechos objetivos o hechos reales, independientes de las personas.

Fuero que prohíbe la Constitución

La constitución prohíbe en el Art. 13 la existencia de fueros personales en los términos descritos. Así, los únicos fueros que reconoce son los materiales o reales u objetivos, como el fuero de guerra, que evidentemente es real por que consigna en razón de la índole del delito que origina un juicio.

Fuero de Guerra

Abarca la competencia de los tribunales militares que surgen cuando se trata de delitos de orden militar; por ende, puede conceptuarse como la potestad que tienen los jueces militares para conocer de los asuntos de personas que sirven al Ejército o del que dependen.

Este fuero tiene un carácter objetivo ya que la disciplina es indispensable para la actuación eficiente de las Fuerzas Armadas; esto se consagra en el Art.13 de la Constitución y presenta las siguientes modalidades:

47 Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías individuales. Editorial Porrúa. Edición México 1993. P. 293.

a) Sólo tiene jurisdicción para resolver sobre delitos y faltas contra la disciplina militar.

b) Los tribunales castrenses en ningún motivo podrán resolver controversias sobre ningún caso que no pertenezca al Ejército.

c) Cuando de un delito o falta del orden militar estuviere implicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda. 48

Este artículo no contradice el espíritu de igualdad que consiste en prohibición de privilegios, sino que tiene un carácter objetivo y distinto del personal que prohíbe la constitución, pues se refiere a la órbita de competencia establecida de los tribunales militares y no atiende a la persona de los sujetos que cometen un delito o acto que dé lugar a un proceso judicial con base en la naturaleza del acto delictivo.

FUERO CONSTITUCIONAL. Se concibe desde dos aspectos: el de inmunidad y el de no procedibilidad ante las autoridades judiciales ordinarias, federales o locales.

1. El fuero como inmunidad equivale a un privilegio que se consigna en la Ley Fundamental en relación con los diputados y senadores en forma absoluta, conforme al Art. 61 constitucional, cuando menciona que éstos “ son inviolables por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos sin que jamás puedan ser reconvenidos por ellos...” En cuanto al presidente de la República, en los términos del artículo. 108 constitucional, párrafo segundo, dispone de este funcionario sólo puede ser acusado por traición a la patria y por delitos graves del orden común.

2. El fuero de procedibilidad ante las autoridades judiciales ordinarias federales o locales traduce en la inmunidad con que están investidos los funcionarios, de acuerdo con los arts. 108 y 110 de la constitución. La no procesabilidad significa que mientras no se promueva y decida contra el funcionario de que se trate el llamado juicio político, los diputados y senadores del congreso de

48 R. Padilla, Sinopsis de amparo, Editorial Cárdenas, Edición México, 1977, P.106
la Unión, ministros de la suprema Corte de Justicia, secretarios de Estado, Procurador General de la República y demás funcionarios a que se refiere el Art. 112 constitucional no quedarán sujetos a la potestad jurisdiccional ordinaria.⁴⁹

El último precepto del artículo 13 constitucional se refiere a que Nadie gozara de más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley.

La última garantía específica de igualdad que contiene el art. 13 constitucional se refiere a que ninguna persona o institución puede gozar de más emolumentos que los que correspondan a la compensación por servicios públicos y estén fijados en la Ley.

Esta garantía se creó con el fin de que el Estado, por medio de sus autoridades, se vea impedido de recibir alguna compensación o retribución económica por los servicios que presta, que no esté fijada legalmente. Se trata de evitar las “ canonjías “ que pudiesen fijarse a alguna persona o institución. ⁵⁰

Los servicios públicos son las prestaciones que realiza el Estado en beneficio de los ciudadanos, y que gozan de una partida previamente determinada por la legislatura. Asimismo, el pago de los funcionarios se incluye en este rubro; en consecuencia, significaría violar esta garantía de igualdad si se autoriza a alguna persona o institución un pago que no correspondiera a la retribución por servicios prestados, conforme a la ley.

Esta disposición tiene su antecedente en los casos frecuentes que se daban en México, ya que en otras épocas algunas personas o instituciones cobraban emolumentos que no eran precisamente compensaciones por servicios públicos, como los encomenderos, los diezmos con carácter obligatorio , etc. Se olvidaba que al otorgar una pensión se hacía en nombre del pueblo, que en la Ley Fundamental se

⁴⁹ Burgoa Orihuela Ignacio, Ob, cit., P.288.

⁵⁰ Ruiz Eduardo, Derecho Constitucional, UNAM, México, 1978, p.77

reservó para premiar tan sólo los servicios eminentes prestados a la sociedad o como colaboración para la realización de ciertos fines ejecutados por particulares pero de beneficio colectivo.

Al respecto el autor José María Lozano sostiene: “ semejantes gracias están muy distantes de ser recompensas otorgadas por el pueblo, que sin embargo él paga abrumándose más cada día bajo el peso de contribuciones siempre insuficientes, para mantener con decoro la administración pública”.⁵¹

2.3. GARANTÍA DE SEGURIDAD.

Uno de los valores fundamentales en el mundo del derecho es la seguridad jurídica.

Diversos autores han tratado de definir la garantía de seguridad, ejemplo de ello son las definiciones que en seguida enunciaremos:

Al respecto Delos la define como “ La garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación. ⁵²

Para el distinguido maestro Ignacio Burgoa Orihuela dice “ que las garantías de seguridad son ese conjunto de modalidades jurídicas a que tiene que sujetarse un acto de cualquiera autoridad para producir válidamente, desde un punto de vista jurídico, la afectación en la esfera del gobernado a los diversos derechos de éste, y que se traduce en una serie de requisitos, condiciones, elementos, etc.”⁵³

⁵¹ Lozano José María. Estudio del derecho constitucional patrio, Editorial Porrúa. Edición México 1999. P.222.

⁵² Los Fines del Derecho, México, UNAM, 1982, P. 47.

⁵³ Burgoa Orihuela, Ignacio. Las garantías individuales. Editorial Porrúa. Edición México 1993. P.503.

Sobre tal garantía, Efraín Polo Bernal señala que “ la seguridad jurídica, por definición, impone al Estado cualquiera que sea la autoridad del mismo, que sus actos cumplan un conjunto de condiciones, elementos y circunstancias

previamente establecidos por las normas jurídicas, a efecto de que sean válidos y puedan afectar la esfera jurídica de la persona”.⁵⁴

El autor Manuel Ovilla Mandujano opina “ La seguridad jurídica entendida como certeza del derecho es una de las finalidades esenciales de todo sistema jurídico.

El derecho debe garantizar los intereses vitales de la persona humana y que son: la libertad de conciencia, de expresión, de domicilio y de trabajo y que el estado debe de reconocer y garantizar, si lo hace se le denomina Estado de Derecho.⁵⁵

El autor Ariel Rojas. Dice “por seguridad jurídica, entonces, debe entenderse la existencia de normas claras que se aplican indistintamente. Su consecuencia es el Estado de Derecho, en el actuar del Estado se desarrolla a través de sus leyes... La seguridad jurídica implica el establecimiento de limitaciones de procedimiento que la ley establece en el actuar del gobernante; es necesario satisfacer requisitos para afectar la esfera jurídica del gobernado, es el camino que necesariamente debe seguir la autoridad para dirigirse al gobernado. Se traduce en limitaciones de las autoridades, en cuestiones de procedimiento...”⁵⁶

Visto lo anterior, los derechos de seguridad jurídica imponen la obligación de no hacer a los órganos de autoridad pública, o de hacer, respetando las libertades y a no afectar los derechos de las personas.

Las garantías de seguridad jurídica protegen esencialmente la dignidad humana y el respeto de los derechos personales, patrimoniales, la vida, la libertad de los particulares en sus relaciones con la autoridad.

⁵⁴ Polo Bernal, Efraín. Op. Cit. p. 25.

⁵⁵ Ovilla Mandujano, Manuel. Teoría del Derecho. Editorial Duero S.A de C.V. Edición México 1990. P.13.

⁵⁶ Rojas Caballero, Ariel Alberto. Las Garantías Individuales en México. Editorial. Porrúa. Edición México 2002. P.255.

Los preceptos legales que consagran estas garantías constitucionales se ubican principalmente en los arts. 14 y 16 constitucionales, que se analizan a continuación:

El artículo 14 constitucional es uno de los preceptos más importantes de la Carta Magna, debido a las garantías de seguridad que establece y que son las siguientes:

- a) La irretroactividad de normas (primer párrafo).
- b) La audiencia (segundo párrafo).
- c) La aplicación exacta de la ley en materia penal (tercer párrafo).
- d) La legalidad en materia judicial, civil, mercantil y la extensión jurisprudencial en lo administrativo, fiscal y laboral (cuarto párrafo).

Garantía de irretroactividad

Art. 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

“El primer enunciado del artículo 14 de la constitución de la República Mexicana del 5 de febrero de 1857 establecía que no se podía expedir ninguna ley retroactiva. La redacción vigente se refiere a la aplicación, lo que permite establecer que en todo caso se trata de una prohibición a todas las autoridades, tanto las legislativas, como las ejecutivas y judiciales”.⁵⁷

El artículo 14 constitucional, en su primer párrafo, claramente establece que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

La doctrina jurídica ha llamado al problema de la retroactividad conflicto de leyes en el tiempo. Es propio de la naturaleza de la ley que se expida para regir hacia el futuro; para regular relaciones jurídicas que se presentarán a partir de su entrada en vigor. De ahí que una primera aproximación a lo que es una ley retroactiva deriva de que regula relaciones jurídicas generadas en el pasado.

⁵⁷ Rojas Caballero, Ariel Alberto. Loc. Cit.,

La irretroactividad consiste en que las disposiciones contenidas en leyes no se deben aplicar hacia el pasado, afectando relaciones jurídicas que se generaron antes de su vigencia.

Para explicar el problema de la retroactividad legal se han elaborado una serie de teorías. A continuación se dará una breve noticia de ellas.

El maestro Ignacio Burgoa hace referencia a distintos autores de la teoría clásica que explican estas posturas:

“Teoría Clásica. Su principal exponente es Blondeau, quien parte de que los derechos adquiridos son lo que ha entrado en nuestro dominio y no se nos puede arrebatar”.⁵⁸ Esto significa que si gozamos de un derecho subjetivo reconocido por la ley, no puede ser sustituido por una ley nueva, ya que la confianza en la protección social se destruiría.

Reglas relativas a la adquisición o pérdida de derechos:

Teoría de Savigni que sostiene que las reglas de la teoría clásica para resolver el problema de la retroactividad deben aplicarse con distinción, diferenciando entre reglas relativas a la adquisición de derechos y las relacionadas con la existencia de éstos.

Aubry y Rau presentan otra modalidad de la teoría clásica de los derechos adquiridos y sostienen que los derechos que nacen por un hecho de la voluntad del hombre no pueden ser afectados por una ley nueva sin que padezcan del vicio de la retroactividad, pero afirman que cuando se trata de derechos derivados inmediatamente de una ley, éstos son susceptibles de ser modificados por una ley nueva en sus afectos posteriores.

Bonecasse aduce un criterio que parte de su distinción tradicional entre situaciones jurídicas concretas. Las primeras son susceptibles de ser modificadas o suprimidas por una ley nueva, sin que sea retroactiva. Las segundas no pueden ser afectadas por una ley posterior, sin que sea retroactiva. Pretende resolver el problema de la retroactividad legal mediante los llamados derechos constitucionales.⁵⁹

⁵⁸ Burgoa Orihuela, Ignacio. Ob. Cit., P. 499.

⁵⁹ Ibidem, Pág. 499.

Capitant crea una teoría denominada deleznable, debido al propósito de mejoramiento que encierra, pues sostiene que “ toda ley nueva se presume mejor que aquella a la que reemplaza, porque cuando el legislador hace una innovación su propósito es el mejoramiento y corregir los abusos existentes”. ⁶⁰

Laurent afirma que una ley que obre sobre el pasado no será retroactiva cuando vulnere simples intereses; en cambio, cuando infrinja derechos fundados en la norma

jurídica precedente tendrá el vicio de retroactividad. Esta teoría conserva el defecto que se le imputa a la teoría de los derechos adquiridos pues no determina cuándo se está frente a un simple interés y cuándo se ésta frente a un derecho.

Coviello sostiene que la retroactividad de una ley significa que “ el juez no puede aplicarla a hechos pasados o desconociendo las consecuencias ya realizadas o quitando eficacia o distribuyendo una diversa a las consecuencias nuevas, sobre la única base de la apreciación del hecho pasado”. ⁶¹ Con base en esta afirmación, El maestro e ilustre Dr. Ignacio Burgoa deduce que una ley es retroactiva cuando:

1. Se aplica a hechos anteriores a la vigencia.
2. Se aplica a las consecuencias nuevas de un hecho anterior a la vigencia, siempre que en la aplicación se estimen las consecuencias en razón del suceso y sin considerarlas por sí mismas, lo que significa que se aprecian en relación causal con el hecho que las genera.

Al parecer, esta teoría presenta reglas más adecuadas para su aplicación: Una ley será retroactiva cuando se aplique a un hecho realizado durante su vigencia para cuyo examen de justificación o injustificación tenga que recurrirse al acto que le dio origen, el cual se supone tuvo verificativo bajo el imperio de la ley anterior . Y por

el contrario, una ley no será retroactiva cuando se aplique a un hecho realizado durante su vigencia para cuya justificación o no justificación no se tenga que acudir al

⁶⁰ Loc. Cit.,

⁶¹ Burgoa Orihuela, Ignacio. Las garantías individuales, 17^a. Ed., Porrúa, México, 1983, p.499.

acto generador, celebrado bajo el imperio de la norma abolida, sino que pueda ser analizado independientemente de su causa jurídica. ⁶² Al contrario, una ley no será retroactiva cuando se aplique a un hecho realizado durante su vigencia para cuya justificación o no justificación no se tenga que acudir al acto generador, celebrado bajo el imperio de la norma abolida, sino que pueda ser analizado independientemente de su causa jurídica. ⁶³

El maestro Ignacio Burgoa sostiene que una ley es retroactiva:

1. Cuando se alteren las condiciones, requisitos o elementos de existencia de un acto, hecho o situación jurídica.
2. Cuando se alteren las condiciones, requisitos o elementos de validez de un acto, un hecho o una situación jurídica.
3. Cuando se afecten los derechos o las obligaciones producidos durante la vigencia de la ley nueva.
4. En los juicios ya iniciados y desarrollados hasta la fijación de la litis.
5. En los juicios en general, cuando se altere la forma con arreglo a la cual pueda ser ejercitado un derecho precedentemente adquirido.⁶⁴

De acuerdo con los conceptos anteriores es fácil imaginar el sinnúmero de debates que han surgido al respecto, la abundancia de tesis jurisprudenciales y de doctrinas que tratan de definir el concepto de retroactividad sin lograrlo por completo. No obstante, existen posturas que sostienen que un ordenamiento o su aplicación tienen carácter o efectos retroactivos cuando afectan situaciones o derechos surgidos con apoyo en leyes anteriores o bien, dicho de otra manera, cuando lesionan efectos posteriores a tales situaciones, siempre que esa

señala excepciones a esta prohibición cuando se trata de disposiciones de carácter constitucional o de naturaleza procesal. ⁶⁵

⁶² Burgoa Orihuela, Ignacio. Ob. Cit., , Pag 499.

⁶³ Burgoa Orihuela, Ignacio. Loc. Cit., , p.499.

⁶⁴ Idem, Pag 499.

⁶⁵ Constitución Comentada, t. I, 13^a. Ed., UNAM y Porrúa, México, 1999. p.136

Garantía de Audiencia

Titular de la garantía

La frase de audiencia se utiliza como sinónimo de juicio, según se consigna en el segundo párrafo del Art.14 constitucional:

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

El titular de esta garantía es todo sujeto gobernado. La garantía de audiencia consiste en la máxima oportunidad defensiva que tiene todo gobernado, antes de ser privado de sus bienes o de sus derechos por actos de autoridad. ⁶⁶

Acto objeto de la garantía de Audiencia

La privación es la consecuencia de un acto de autoridad que se traduce en el menoscabo, en la esfera jurídica del gobernado, ocasionado por el egreso de algún bien material o inmaterial (por ejemplo, los derechos), constitutivo (disposición o despojo), así como el impedimento para ejercer un derecho.⁶⁷

Además, no basta que un acto de autoridad produzca efectos en el ámbito jurídico de una persona, sino que es necesario que el menoscabo constituya un fin último por parte de la autoridad para que se considere como acto de privación, según establece el Art. 14 constitucional, párrafo segundo.

La Suprema Corte sostiene que la disposición del Art. 14 constitucional, respecto a que nadie puede ser privado de sus posesiones y derechos, implica la

⁶⁶ José R. Padilla, Sinopsis de amparo, 11^a. Ed., Cárdenas, México, 1974,p.124

⁶⁷ Ibidem

idea de privación definitiva de la propiedad de una cosa y no la privación transitoria. Es decir, la privación de derechos o posesiones lleva implícito el carácter definitivo del acto.⁶⁸

La autora Izquierdo Muciño, expresa “ Los bienes que tutela la garantía de audiencia son la vida, la libertad, la propiedad, la posesión y los derechos del gobernado.

Vida.- La existencia del sujeto a quien la garantía de audiencia tutela frente a actos de autoridad que pretenden realizar un acto de privación.

Libertad. La preserva la garantía de audiencia e implica para el ser humano una facultad genérica consistente en la realización de fines vitales y los medios para alcanzarla.

Propiedad. Está protegida por la garantía de audiencia y por los derechos subjetivos públicos que de ella deriven como el uso, el disfrute y la disposición de la cosa. El uso se refiere a la facultad que tiene el propietario de usar un bien para la satisfacción de sus necesidades. En el disfrute el dueño puede hacer suyos los frutos que se produzcan. La disposición de la cosa es la potestad que tiene el titular de la propiedad para celebrar actos de dominio (Venta, donación, gravámenes, arrendamiento, etc.). Estos derechos son protegidos mediante el juicio de amparo.

Posesión. Al igual que la figura anterior, protege la garantía de audiencia, ya sea la posesión originaria o derivada, también mediante el juicio de amparo”.⁶⁹

En cuanto a los derechos del gobernado, la garantía de audiencia tiene un papel importante, pues incluye cualquier derecho subjetivo real o personal.

Existen cuatro subgarantías de la garantía de Audiencia:

⁶⁸ Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, t. IV, p. 1119.

⁶⁹ Izquierdo Muciño, Martha Elba . Garantías Individuales y sociales, 2ª .Ed., UAEM, Toluca, México, 2000, P. 235.

1. Mediante juicio. Consiste en la oportunidad que tienen los gobernados para acudir a los tribunales en defensa de sus derechos.

2. Tribunales previamente establecidos. Significa que los tribunales deben crearse para resolver un sin número de casos y durante un lapso indeterminado, al contrario de lo que son los tribunales especiales, prohibidos por la Constitución en el art. 13, ya que éstos se crean a fin de conocer un número determinado de personas y un número reducido de casos. Actualmente se discute la naturaleza de los tribunales de arbitraje.

3. Formalidades esenciales del procedimiento. Su antecedente se remota al “debido proceso legal” (due process of law) inglés y estadounidense, que es el proceso más eficaz y sencillo, es decir, el que conozca y se adapte a las características y a la idiosincrasia de los habitantes del país.

4. conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Surge como reafirmación a la garantía de irretroactividad de las normas contenidas en el primer párrafo del artículo que se comenta.⁷⁰

La aplicación exacta de la ley en materia penal (párrafo tercero)

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía o por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Lo anterior puede sintetizarse con el principio latino que dice: “ Nullum Crimen Nulla poena sine lege”, que significa que no hay delito sin pena que esté señalada en una Ley.

En la Constitución de 1857 se consagraba en el art. 14 la garantía de la exacta aplicación de la ley, al manifestar que nadie podría ser juzgado ni sentenciado sino por leyes “ exactamente” aplicables al caso.

70 V. Castro, Juventino, Lecciones de garantías y amparo, Porrúa, México, 1974, pp.219-220

“Por razones de carácter técnico el constituyente de Querétaro hizo hincapié en la exacta aplicación de la Ley en materia penal y, debido a la índole de los bienes que protege, consideró la necesidad de reiterar su importancia al proteger los bienes distintos de los de materia penal en el cuarto párrafo del mismo precepto, con lo que dio mayor amplitud para interpretar la ley”. 71

Actualmente las garantías de legalidad jurisdiccional que se consagra en el Art. 14 constitucional, cuarto párrafo, rigen para todas las materias: civil, mercantil, administrativa, fiscal y laboral, a diferencia de la garantía de la exacta aplicación en materia penal, pues en este campo de aplicación no le está permitido al juez absolver ante el silencio u oscuridad de la ley, sino que su resolución debe sujetarse al cuarto párrafo del precepto constitucional que se analiza, es decir, si la letra de la ley es clara debe atenerse a su contenido literal; si la letra del precepto aplicable es oscura o insuficiente y existe jurisprudencia sobre la materia, deberá aplicarse esta última. Si la legislación contiene lagunas, es oscura o insuficiente, aunque la Suprema Corte no haya explicado nada al respecto, la resolución debe fundarse en los principios generales de derecho del sistema jurídico mexicano. 72

La legalidad en materia judicial, civil, mercantil y la extensión jurisprudencial en lo administrativo, fiscal y laboral (cuarto párrafo).

“Independientemente del procedimiento penal, los jueces en una forma general tienen la posibilidad en un caso concreto de poder utilizar la interpretación de la ley, lo anterior en virtud de que la misma norma o derecho , en muchas de las ocasiones tienen lagunas, o imperfecciones que el juez debe de suplir correctamente, y darle el sentido de justicia que el legislador quiso imprimirle.

De tal forma que la interpretación de la ley, debe de darse en base a diversos sistemas que la misma doctrina expone; así tenemos la interpretación gramatical basada en la letra de la ley que es el caso del derecho penal; la interpretación de uso

71 R. Padilla, José. Sinopsis de Amparo, 11^a. Ed. Cardenas. Edición México 1977, P. 129.

72 R. Padilla , Sinopsis de amparo, Op. Cit., p.130.

de razón, cuando el juez puede aplicar la equidad y la doctrina al caso concreto razonándolas; la interpretación análoga, que se utiliza con la identificación de los diversos casos que se le puedan presentar y sean semejantes; puede existir la interpretación de las leyes contradictorias y en una forma general, cuando existe una laguna o una imprecisión en la ley, el juez puede utilizar otras leyes en forma supletoria, o bien puede utilizar los principios generales del derecho, equidad o incluso la costumbre”.⁷³

2.4 GARANTÍA DE LEGALIDAD

Dentro de las garantía de legalidad jurídica encontramos el artículo16 constitucional.

José R. Padilla “...menciona que el art 16 contiene la garantía de legalidad más amplia que pueda existir en cualquier régimen jurídico.⁷⁴

El Dr. Ignacio Burgoa, por su parte, llama a la garantía de legalidad contenida en este precepto garantía lato sensu, que es una de las más completas.

A continuación analizaremos el párrafo primero del artículo 16 constitucional que a la letra dice:

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.

Al hablar del término nadie el Dr. Ignacio Burgoa menciona “...es equivalente a ninguna persona... ningún gobernado...El titular es el gobernado, es decir, todo sujeto cuya esfera jurídica sea susceptible de ser objeto de algún acto de

73 Constitución Comentada, Editorial Sista S.A de C.V. Edición México 1991. p. 120.

74 R. Padilla José. Sinopsis de amparo, 11ª . Ed. Cardenas, México, 1979, p. 373.

75 Burgoa Orihuela Ignacio. Las garantías individuales. 17ª editorial .Porrúa. México 1983. P. 133.

autoridad...A través del concepto “nadie” , consiguientemente, y corroborando la extensión tutelar que respecto a todas las garantías individuales origina el artículo primero de la constitución al referir el goce de ellas a todo individuo, el precepto que comentamos protege a toda persona...El acto de autoridad que debe supeditarse a tales garantías consiste en una simple molestia, o sea, en una mera perturbación o afectación a cualquiera de los bienes jurídicos mencionados en dicho precepto [persona, familia, domicilio, papeles o posesiones.]...”⁷⁶

Las condiciones que el Art. 16 impone a los actos de autoridad son tres:

1. Que se exprese por escrito.
2. Que provenga de autoridad competente.
3. Que en el documento escrito en que se exprese se funde la causa legal del procedimiento.

A continuación se explican estas condiciones, iniciando por el acto de molestia

Acto de Molestia. Se entiende la perturbación o afectación en la esfera jurídica de los individuos. La afectación que puede sufrir el individuo en sus bienes jurídicos del gobernado son en su:

A) persona. Se entiende como el acto de molestia que puede afectar no sólo su ser, sino también su capacidad jurídica para contraer derechos y obligaciones, pues en la persona los derechos pueden verse afectados de la forma siguiente:

1. Cuando restringe o perturba su actividad o individualidad psicofísica propiamente dicha e incluso su libertad personal.
2. Cuando tal restricción o perturbación concierne a su capacidad jurídica de contraer derechos y obligaciones.

⁷⁶ Burgoa Orihuela, Ignacio. Las garantías individuales. Editorial porrua. Edición México 1993. p. 590

3. Tratándose de personas morales, al reducirse o disminuirse las facultades inherentes a su entidad jurídica independiente o limitando el ejercicio de su actividad social.⁷⁷

B) Familiares. Cuando los actos de autoridad afecten o lesionen a algún miembro de la familia del gobernado, con lo que queda totalmente supeditado al condicionamiento que hace la primera parte del Art. 16, ya que los derechos familiares son los que conciernen al estado civil, como su situación de padre, hijo, hermano, etcétera.

Que provenga de autoridad competente.

“El mandamiento escrito debe contener la firma original o autógrafa de la autoridad competente que emite el acto de molestia, ya que la firma significa la autenticidad del documento a tal grado que cualquier otra forma de firma (facsmil, impresa, etc.) no satisface las condiciones necesarias y no debe ser reconocida”.⁷⁸

La competencia constitucional o de origen. Es la porción del poder que otorga la constitución, la ley o algún reglamento a los órganos de gobierno, para que realicen determinadas funciones o una función especial.” La competencia se da para llevar a cabo funciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales”.⁷⁹

La autoridad competente puede ser cualquier autoridad legislativa administrativa o judicial, que actúe en su ámbito de manera válida para desarrollar sus atribuciones y funciones. A esto se le denomina también competencia ordinaria, ya que se refiere a la órbita de atribuciones que la constitución otorga expresamente a los poderes. “Esta competencia ”ordinaria” excluye a la competencia “legítima” o de origen, ya que la primera prescinde de las cualidades personales del funcionario y sólo atiende a las atribuciones del órgano de gobierno como entidad moral”.⁸⁰

77 Burgoa Orihuela, Ignacio. Las garantías individuales. Editorial porrua. Edición México 1993. p.581

78 Ovalle, José. Garantías constitucionales del proceso, McGraw-Hill, México, 1996, P.184.

79 R. Padilla, José. Sinopsis de amparo, 11ª. Ed., Cárdenas, México, 1979, P. 195.

80 Ovalle José, Garantías Constitucionales del proceso, McGraw-Hill, México, 1996, p.187
Que en el documento escrito en que se exprese se funde la causa legal del procedimiento.

Fundar el acto de molestia.- Significa que los actos que originan la molestia que refiere el Art. 16 deberán basarse en una disposición normativa general; es decir, deberá existir una ley en la que se prevea la situación concreta sobre la que es procedente realizar el acto de autoridad. “La fundamentación legal de los actos de la autoridad que causen molestia en la esfera jurídica del gobernado es consecuencia directa del principio de legalidad, que consiste en que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite”.⁸¹

“La necesidad de fundar legalmente todo acto de molestia impone a las autoridades diversas obligaciones que se traducen en las condiciones siguientes

1. El órgano del Estado del que provenga algún acto de molestia contra el gobernado debe estar expresamente facultado para ello en la ley.

2. Que el acto se prevea en la norma.
3. Que su sentido y alcance se ajusten a las disposiciones normativas que lo rijan.
4. Que el acto se derive de un mandamiento escrito en el que se expresen los preceptos específicos que lo apoyen”.⁸²

Debidamente Motivado el acto de molestia

“El artículo 16 constitucional, los términos que expresan, fundamentan y motivan la causa legal del procedimiento aluden a la serie de actos que provocan la molestia realizada por la autoridad competente, que deben tener no sólo causas o elementos determinantes, sino que deben ser legales, es decir, fundados y motivados en una ley material, en una disposición normativa general e impersonal, creadora y reguladora de situaciones abstractas”.⁸³

⁸¹ Lozano, José María, Estudio del Derecho constitucional patrio, 3ª . Ed., Porrúa, México, 1980, p. 290

⁸² Idem, P. 387

⁸³ Ibidem, P.272.

La motivación de los actos de autoridad es una exigencia esencial para establecer sobre bases la legalidad de los actos, a fin de eliminar, en la medida de lo posible, la subjetividad de la autoridad. Así los afectados tendrán bases para impugnar los razonamientos que se esgriman en su contra, y al órgano que resuelva la impugnación se le permitirá conocer con claridad si los motivos de la inconformidad son fundados.

“En el Art. 16 constitucional de 1857 como de la de 1917, la exigencia de justificar los actos de autoridad que impliquen molestia en la esfera jurídica de los particulares se manifiesta en los dos requisitos que deben concurrir motivación y fundamentación legal del procedimiento. La fundamentación se entiende como el deber que tiene la autoridad de expresar en el mandamiento escrito los preceptos legales que regulan el hecho y las consecuencias jurídicas que pretende imponer el acto de autoridad. Por su parte la motivación legal del procedimiento permite conocer las razones por las cuales la autoridad considera que los hechos en que se basa están probados y son los previstos en la disposición legal que aplica.

Ambos elementos esenciales y se apoyan mutuamente, pero no es posible citar disposiciones legales sin relacionarlas con los hechos y tampoco exponer razones que carezcan de relevancia para estas disposiciones; por tanto el razonamiento de la autoridad se encamina a demostrar la aplicabilidad de los preceptos legales invocados a los hechos de que se trate”.⁸⁴

Debidamente fundado el acto de molestia

“Equivale a la forma del acto autoritario de molestia, que siempre deberá derivarse de algún mandamiento u orden escrita; por consiguiente, todo acto derivado de algún mandamiento verbal es violatorio de esta garantía.

En el párrafo segundo del artículo 16 constitucional ordena que sólo la autoridad judicial puede librar orden de aprehensión o detención, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

⁸⁴ Izquierdo Muciño, Martha Elba. Las Garantías Individuales, Edit. Oxford, Edic. México 2001. Pág.100

- a) Que haya denuncia, acusación o querrela respecto a un hecho que la ley sancione con pena de prisión.
- b) La denuncia, acusación o querrela deben apoyarse en la declaración de personas dignas que convenzan al juzgador de la probable responsabilidad del autor de los hechos que se ponen en conocimiento de la autoridad.
- c) Que el delito que se atribuye al presunto responsable se castigue con la pena de prisión.

El quinto párrafo del artículo prevé la posibilidad de que el Ministerio Público dicte la orden para detener a una persona, pero deben cumplirse las siguientes condiciones:

- a) Que se trate de casos urgentes, en los que no sea posible realizar los trámites normales para que una autoridad judicial dicte la orden.
- b) Que sean delitos graves.
- c) que no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por causa de horarios lugares o circunstancias especiales.

e)Que el ministerio Público exprese, bajo su responsabilidad, los indicios que motiven su proceder”.⁸⁵

Firma del acto de molestia

Con base en que todo acto de autoridad debe estar debidamente firmado se estiman los siguientes conceptos:

“1.- Ausencia de firma. Es decir que debe constar por escrito

2.- Firma Facsímil. El acto de autoridad debe contener la firma de la autoridad competente que emite el acto de molestia, esto otorga autenticidad al documento, esta firma puede ser original o autógrafa, pero nunca facsímil, impresa o alguna otra

⁸⁵ Avedaño López Raúl. Comentarios de las Garantías Individuales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Edit Sista, Edic.México 1991.P. 125,126,155 a 158.

forma de reproducción que no satisfaga la condición de que el acto conste por escrito”.⁸⁶

Al respecto señalamos la siguiente Jurisprudencia

Instancia: segunda sala

Fuente: apéndice 1985.

Parte: I

Página: 638

FIRMA FACSIMILAR. EL MANDAMIENTO DE AUTORIDAD EN QUE SE ESTAMPA CARECE DE LA DEBIDA FUNDAMENTACION Y MOTIVACIÓN. Conforme a los artículos 14 y 16 de la constitución federal, nadie puede ser molestado en sus propiedades y posesiones sin mandamiento escrito de autoridad competente que funde y

motive adecuadamente la causa legal del procedimiento de autoridad competente, debe constar en un documento público debidamente fundado que, en los términos del artículo 129 del código Federal de procedimientos civiles, es el expedido público en el ejercicio de sus funciones, cuya calidad de tal se demuestra por la existencia regular sobre los documentos, de los sellos firmas y otros signos exteriores que en su caso prevengan las leyes. De ello se deduce que la firma que a dichos documentos estampe la autoridad, debe ser siempre auténtica, ya que no es sino el signo gráfico con el que, en general, se obligan las personas en todos los actos jurídicos en que se refiere la forma escrita, de tal manera que carece de valor una copia facsimilar, sin la firma auténtica del original del documento en que la autoridad impone un crédito a cargo del causante, por no constar en mandamiento debidamente fundado y motivado.

⁸⁶ Constitución comentada, t. I, 13^a . Ed., UNAM y porrúa, México,1999,p3.

El párrafo primero del Art. 16 constitucional se refiere a los requisitos generales (mandamiento escrito, autoridad competente, fundamentación y motivación) que deben satisfacer los actos de autoridad que impliquen molestia para los particulares.

Los párrafos siguientes establecen los requisitos específicos que deben cumplir algunos actos de autoridad: los de privación de libertad por causa penal (orden judicial de aprehensión, detención en flagrante delito, detención por parte del Ministerio Público y orden judicial de cateo), así como las visitas domiciliarías.

A estos actos de autoridad les son exigibles, excepto la detención en flagrante delito, que se reglamentan en los párrafos cuarto y sexto del numeral citado.

La orden de detención

El objeto del acto de autoridad ésta condicionado por las garantías consagradas en el Art.16 (orden de detención), cuyo propósito es privar de la libertad al sujeto, siempre que no se derive de una sentencia judicial, sino que sea un hecho preventivo.

La Detención en delito flagrante

El supuesto de detención realizada por cualquier persona en caso de delito flagrante se establece en el Art. 16. Es deber de la autoridad recibir al indiciado y ponerlo a disposición del Ministerio Público inmediatamente; por tanto flagrancia es todo acto en que el indiciado es sorprendido en el momento en que se está cometiendo el delito.

La Orden de Aprehensión

En el artículo 16 constitucional, segunda parte, establece que la autoridad judicial puede librar una orden aprehensión o detención siempre que exista denuncia o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, cuando la denuncia esté apoyada en declaraciones de personas dignas de fe o en datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

“Denuncia.- es el acto por medio del cual toda persona hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de hechos que constituyan un delito, sin que la voluntad del demandante tenga relevancia para suspender o terminar el procedimiento iniciado.

Querrela.- al igual que la denuncia, también consiste en hacer del conocimiento del Ministerio Público la comisión de hechos que constituyan algún delito, pero a diferencia de la denuncia sólo puede presentarla la persona afectada por el delito, es decir, el ofendido. Además, debe contener la expresión de voluntad para que se castigue a los responsables”.⁸⁷

La autoridad competente para dictar la orden de aprehensión debe ser la judicial, a solicitud del Ministerio público, ya que es titular de la acción penal.

Con la reforma de 1993 se derogó el tercer párrafo de la fracción XVIII del Art. 107 constitucional, que hablaba de un plazo máximo de 24 horas para que el responsable de una aprehensión pusiera al detenido a disposición del juzgador, y en su lugar se estableció el párrafo 3º. Del Art. 16 constitucional, que ordena a la autoridad ejecutora poner inmediatamente al inculcado a disposición del juzgador, sin más trámite que el necesario, “sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad”.⁸⁸

⁸⁷ José ovalle, Garantías constitucionales del proceso, McGraw- Hill, México, 1996, p.182.

⁸⁸ Constitución comentada, Edit. porrúa. Ed. 13ª México, 1999. P. 175.

Se dispone así de un plazo máximo y se establece que la autoridad ejecutora deberá poner de inmediato al inculcado a disposición del juzgador, sin más diferencia de tiempo que el que implique el traslado físico del inculcado y los trámites necesarios para formalizar esa puesta a disposición.

El artículo 16 constitucional también establece las ordenes de detención existen excepciones reservadas al Ministerio público, de acuerdo con las condiciones referidas. En la parte final del párrafo 5º . se impone que el Ministerio Público debe, al ordenar la detención, fundar su resolución y expresar los indicios en que se funda.

Los actos de autoridad regulados de manera específica en el Art. 16 constitucional están sujetos a los requisitos generales previstos en el párrafo. 1º . del mismo ordenamiento. “En consecuencia, la orden de detención del Ministerio

Público debe constatar por escrito y con firma autógrafa, provenir de una autoridad competente, entregarse a la persona a quien se dirige y debe estar debidamente motivada y fundada”⁸⁹

La autoridad administrativa puede dictar orden de aprehensión siempre que se reúnan los siguientes requisitos.

- 1.- Que se trate de un delito grave, de acuerdo con la ley.
- 2.- Que exista riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia.
- 3.- Cuando por razón del horario, lugar u otra circunstancia el Ministerio Público no puede ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.

El cateo artículo 16 constitucional párrafo 8º

El cateo consiste en “ el acto de penetrar en un domicilio, con o sin permiso o consentimiento de sus ocupantes, a fin de localizar a alguna persona o cosa, relacionadas con la comisión de un delito”.⁹⁰

⁸⁹ Constitución comentada Edit. porrúa. Ed. 13ª México, 1999. p. 182

⁹⁰ Emilio O. Rabasa y Gloria Caballero, Mexicano, esta es tu Constitución, 4ª Ed., cámara de Diputados del Congreso de la Unión. LI Legislatura, México, 1982, P.17

Las órdenes de cateo deben reunir las siguientes formalidades:

Requisitos de la orden de cateo:

- a) constar por escrito, ya que un cateo ordenado verbalmente es violatorio de la tercera parte del Art. 16 constitucional.
- b) Provenir de una autoridad judicial, que es la única competente para emitirla.
- c) Expresar con claridad y precisión el lugar que habrá inspeccionarse, la persona o personas que se desea aprehender y los objetos que se desea encontrar.

“Al concluir la diligencia se levantará un acta en la que se asienten los datos que exige el precepto constitucional”.⁹¹

VISITAS DOMICILIARIAS.- Diferencias entre cateo y visita domiciliaría. “El cateo es inspeccionar algún lugar, aprehender a alguna persona o buscar algún objeto; la orden restrictiva deberá precisar el sujeto y la materia del cateo. La visita domiciliaría es una diligencia que persigue únicamente cerciorarse de que “ se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía “ , así como “ la exhibición de libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, lo cual se encuentra estipulado en el párrafo 11 de dicho precepto”.⁹²

El objeto de la vista domiciliaría no puede ser otro que el de exigir la exhibición de documentos para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales y cerciorarse que se han cumplido con los reglamentos administrativos, sin poder abarcar otro aspecto, tal como lo reconoce la tesis plenaria siguiente:

Novena: Época

Instancia: Pleno

⁹¹ R. Padilla José. Sinopsis de amparo, 11^a . Ed. Cardenas, México, 1979, p. 144.

⁹² Burgoa Orihuela Ignacio. Las Garantías Individuales, 17^a . Ed., Porrúa, México, 1983, P. 620

Fuente: semanario Judicial de la Federación y su gaceta

Tomo: XII, septiembre de 2000

Tesis: P. CLV/2000

Página: 25

Fiscalización. La solicitud de información Pág.349 Ariel

La autora Martha Elba I. Cita a en el proyecto de Venusiano Carranza se facultaba a la autoridad administrativa para practicar visitas domiciliarias con la finalidad de cerciorarse autoridad competente para emitir la orden de visita, puede

ser expedida por una autoridad administrativa, a diferencia de la orden de cateo, que sólo puede expedir un juez o tribunal

La Segunda Sala de la Suprema Corte estableció que para que una orden de visita cumpla con lo dispuesto en el Art. 16, debe reunir los siguientes requisitos:

1. Constar en mandamiento escrito.
2. Ser emitida por autoridad competente.
3. Expresar el nombre de la persona respecto de la cual se ordena y el lugar que ha de inspeccionarse.
4. Precisar el objeto que persigue la visita.
5. Cumplir con los demás requisitos que fijen las leyes de la materia...

Art. 16 párrafo 13 a la letra establece. En tiempo de paz ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular, contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna...⁹³

Este precepto otorga facultades a los ciudadanos para oponerse a cualquier intento de ocupación que pretendiera hacer la milicia en sus hogares, lo que se

⁹³ Constitución comentada, Ed. 13^a, Edt. UNAM y Porrúa, México, 1999, P.126 corrobora con la garantía de seguridad jurídica que a su vez reconoce la constitución en el artículo 5º., párrafos 1º y 2º., pues impide que cualquier miembro del Ejército, en tiempo de paz, obligue a las personas a prestar trabajos de cualquier especie sin voluntad.

En tiempo de guerra un militar no puede exigir el cumplimiento de prestaciones y donaciones gratuitas y obligatorias a ningún ciudadano, si previamente no ha sido dictada la ley marcial, que aun en casos de emergencia debe existir.⁹⁴

2.5 GARANTÍA DE PROPIEDAD.

En la antigüedad los Romanos concibieron a la propiedad como la manera más completa de gozar de los beneficios de una cosa. Estos beneficios comprendían:

EL IUS UTENDI, es decir, la facultad de servirse de la cosa conforme a su naturaleza.

EL IUS FRUENDI, que era el derecho de percibir el producto de la misma.

EL IUS ABUTENDI, que era el poder de disfrutar la cosa.

Sin embargo, desde la época romana se establecieron algunas limitaciones en función precisamente del interés social.

En nuestro país, en la Constitución de 1812, se declaró que la Nación debía proteger a la propiedad con leyes sabias y justas.

La Constitución de Apatzingán señaló en su artículo 24 que la felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos, consiste en el goce de la igualdad,

⁹⁴ Burgoa Orihuela Ignacio. Las Garantías Individuales, 17^a . Ed., Porrúa, México, 1983, P. 621

seguridad, propiedad y libertad. La integra conservación de estos derechos es el objeto de las instituciones del gobierno y el único fin de las asociaciones políticas.

Posteriormente, la constitución de 1857, tomando los antecedentes desde la época colonial, y con la legislación minera, declaraba que el propietario era dueño del suelo y del subsuelo.

En la actualidad, la propiedad es esencial al ser humano y como garantía constitucional es inviolable.

Clasificación de la Propiedad

Actualmente, conforme a las reformas del 26 de febrero de 1992 al art. 27 constitucional, la propiedad de tierras y aguas se divide en:

- 1.- Propiedad Privada. Goza de la protección que le otorgan las garantías individuales.
- 2.- Propiedad Pública.- Está sometida a un régimen jurídico excepcional.
- 3.- Propiedad social.- Se caracteriza por la protección que brinda el Estado.⁹⁵

A continuación haremos una pequeña referencia de los tipos de propiedad

Propiedad Privada.- El artículo 27 constitucional se refiere a la propiedad privada de tierras y aguas en los párrafos 3º y 9º de las fracciones. I, II, III, IV, V, VI, y XV.

El régimen legal ordinario se establece en el Código civil del Distrito Federal y en los de los Estados, sus modalidades y limitaciones se indican en el Art. 830 del Código Civil. Sus leyes y reglamentos son la ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio; la Ley de Desarrollo Urbano y los Reglamentos de Zonificación, el

⁹⁵ Constitución comentada, 13ª . ed., UNAM y Porrúa, México, 1999, P.343.

Reglamento de construcciones y el reglamento de establecimientos Mercantiles, la Ley General de Asentamientos Humanos y la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas.

Propiedad Social.- El artículo 27 constitucional regula la propiedad social en el párrafo tercero y en las fracciones. VII, VIII, IX, XVII, XIX y XX.

La fracción VII habla del fortalecimiento de la vida ejidal y comunal, al reconocer la personalidad jurídica a los núcleos de población ejidal y comunal, confirmando el ejido y la comunidad como formas de propiedad.⁹⁶

Propiedad Pública.- Hablamos de los bienes de dominio Público presentan características que los distinguen de los objetos privados de la Federación. Aquellos son inalienables, están fuera del comercio jurídico y cualquier acto que implique una transferencia de propiedad es inoperante. Además son imprescriptibles.

“De acuerdo con la Ley General de Bienes de dominio Publico:

1.- Los de Uso Común (Art. 2º fracción. I) que comprende el espacio situado en el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el derecho Internacional; el mar territorial hasta una distancia de 12 millas marítimas; las aguas marítimas interiores, las playas marítimas; la zona marítima a una milla terrestre, o sea la faja de 20 metros de ancho de tierra firme transitable, contigua a las del mar y a las riberas de los ríos.

2.- Los señalados en los párrafos cuarto y quinto del Art. 27 constitucional (Art. 2º., fracción. II), es decir, los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas y yacimientos constituyen depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos etcétera.

⁹⁶ Constitución Comentada, 13ª . ed., UNAM Y Porrúa, México, 1999, P. 347

3.- Los enumerados en la fracción II del Art. 27 constitucional, con excepción de los bienes raíces nacionales, por haber sido o ser administrados o poseídos por asociaciones religiosas llamadas iglesias.

4.- El suelo del mar territorial y el de las aguas marítimas interiores.

5.- Los inmuebles destinados por la Federación a un servicio Público, los propios que de hecho utilice por dicho fin y los equiparados a esto conforme a la ley.

6.- los monumentos arqueológicos, históricos y artísticos, muebles e inmuebles de propiedad federal.

7.- Los terrenos baldíos y demás bienes inmuebles declarados por la Ley inalienables e imprescriptibles.

8.- Los terrenos ganados natural o artificialmente al mar.

De conformidad con la Ley General de Bienes Nacionales vigente, los bienes de dominio privado de la Federación son los siguientes:

1.- Las tierras y aguas no comprendidas en el Art. 2º. De la ley, que sean susceptibles de enajenación a los particulares.

2.- Los nacionalizados conforme a la fracción II del artículo 27 constitucional, que no se hubieren construido o destinado a la administración, propaganda y enseñanza de un culto religioso.

3.- Los bienes ubicados dentro del Distrito Federal considerados por por la Legislación común como vacantes.

4.- Los que hayan formado parte de instituciones u organismos de carácter federal que se extingan.”⁹⁷

Hay sin embargo, dentro de la constitución actual ciertas limitaciones en cuanto a las calidades de las personas para adquirir ciertos bienes, tales como la fracción primera del artículo 27 constitucional que prohíbe a los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas sobre una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en playas.

⁹⁷ Izquierdo Muciño, Martha Elba. Las Garantías Individuales, Edit. Oxford, Edic.México 2001. Pág.100

El párrafo tercero del artículo 27 constitucional reserva expresamente a la Nación dos derechos en relación con el ejercicio de la propiedad privada, que en

este punto comprende tanto la de particulares como la de núcleos de población, ejidales o comunales.

Otra limitación a la propiedad se refiere a la expropiación por causa de utilidad pública.

Visto lo anterior, podemos decir que la propiedad como garantía, es el derecho que se refiere a un orden jurídico que el poder público reconoce a un particular sobre una cosa para aprovecharla totalmente, ya sea usándola, disfrutándola o disponiendo de ella, el cual es oponible a todo el Estado únicamente con las limitaciones y modalidades que fija la Ley.

Puntualmente, podemos decir que la propiedad es la garantía de que la autoridad no puede lesionar, nulificar o poner en entre dicho una propiedad, sino en el caso excepcional de que la sociedad requiera íntegramente de ese bien atribuido a una persona, la cual debe cederlo por una razón social de beneficio general.

La garantía que, en la forma examinada reconoce los derechos de propiedad privada de las personas, tiene dos limitaciones destacadas.

La primera limitación esta contenida en el tercer párrafo del artículo 27 Constitucional, que es el fundamento de una facultad otorgada al poder político para considerar a la propiedad bajo su aspecto de función social, expresándose que la Nación tiene en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público.

La segunda limitación se refiere a la expropiación por causa de utilidad pública, que de ninguna manera es la nulificación del derecho de propiedad privada, como en ocasiones se pretende.

Para terminar, debe recordarse que la propiedad en nuestro sistema jurídico tiene los tres derechos esenciales el uso, el disfrute y la disposición de los bienes.

2.4. **CARACTERÍSTICAS**

Las principales características de las garantías constitucionales son:

a) Imprescriptibles.- En virtud de que no prescriben por el simple transcurso del tiempo, esto es le pertenecen al individuo de por vida.

b) Universales.- Por estar dirigidas a la población en general y a nadie en lo personal.

c) Inalienable.- Significa que nadie puede venderlas, por que le pertenecen desde que nace hasta que muere.

d) Son oponibles al Estado y a sus autoridades, en cuanto no pueden ser violadas por éstas y en caso contrario, puede dar origen a la interposición del juicio de amparo respectivo.

CAPITULO SEGUNDO
BREVE REFERENCIA DEL DELITO

CAPITULO SEGUNDO

1. BREVE REFERENCIA DEL DELITO

1.1 CONCEPTO DE DELITO

Para dar una mejor explicación y entendimiento de delito es necesario mencionar en que consiste el ilícito jurídico y para ello citaremos algunos autores:

Para el maestro Manuel Ovilla Mandujano “el ilícito jurídico es norma. Es una construcción Lógica- preceptiva que determina lo prohibido, es simultáneamente norma y conducta como lo es el derecho.”⁹⁸

El ilícito vive dos tiempos, en uno es supuesto, hipótesis, prescripción y en uno segundo, es la realización del precepto, de la norma.

El autor Hans Kelsen dice que el ilícito “es jurídico porque es condición para que opere la sanción, no la única, pero sí la más importante. Es la que el orden jurídico prohíbe y sanciona, lo que se opone a lo que está ordenado, a la obligación jurídica”.⁹⁹

De acuerdo con el diccionario de la Real academia Española, esta palabra quiere decir: “ no permito legal ni moralmente”. A la palabra le corresponden como sinónimo otras tantas, como delito, falta, crimen, culpa, infracción, conducta antisocial, conducta desviante.

Ilícito es el nombre técnico con que le designa a lo prohibido.

⁹⁸ Ovilla Mandujano, Manuel, Teoría del Derecho. Edición México 1990. Editorial Duero S.A de C.V. pág.110.

⁹⁹ Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, Traducción Francesa, P.87

El investigador David Elbio Dayenoff nos ilustra y dice que el ilícito tiene “Categorías fundamentales de la teoría del ilícito son:

- a) el ilícito; la violación del orden jurídico, y
- b) La responsabilidad, o sea las condiciones bajo las cuales el autor del ilícito penal debe responder penalmente por el hecho cometido.

En ilícito encontramos dos componentes bien diferenciados: la infracción de la norma (tipicidad) y la falta de excepciones que la permitan (antijuricidad).

La teoría del ilícito penal se designa como teoría de lo injusto. Mediante esta expresión se entiende traducir la voz alemana Unrecht que, literalmente, significa negación del derecho”.¹⁰⁰

Consecuentemente a lo anterior el ilícito es una conducta prohibida y sancionada.

Y así el autor Carlos Creus nos explica que “ ...Todo sujeto que realiza un hecho ilícito, vulnerando un bien jurídico que no le es propio, en contradicción con el mandato, tiene que reparar, es decir, volver a colocar las cosas en el estado en que se encontraban antes de su hecho o, cuando ello es imposible, compensar de otra manera a quien sufrió desmedro en sus bienes. Producido este desmedro, para la procedencia de la reparación no se tendría por qué tener en cuenta si realmente la voluntad del sujeto estuvo o no dirigida a vulnerar dicho bien, siendo suficiente la causación de “daño” (responsabilidad objetiva), aunque en ocasiones el derecho sólo obliga a reparar cuando ha mediado aquel contenido en la voluntad del agente (responsabilidad subjetiva).

Pero en algunos casos el derecho no se conforma con la reparación. Considerando la importancia del particular bien jurídico para la vida en sociedad,

¹⁰⁰ Elbio Dayenoff, David, Derecho penal Parte General. Edición 1ª julio 2002 Buenos Aires 2002. Editorial García Alonso. Pág. 58-59.

necesita sumarle otra sanción tras el objetivo de intensificar su protección preventivamente (en previsión de futuros ataques), agregando entonces la de la pena a los hechos ilícitos que lo afectaron (dañándolo o poniéndolo en peligro). La pena, por su misma razón de ser, sólo puede compaginarse dentro de un cuadro de responsabilidad subjetiva y, a diferencia de la reparación, no se relaciona con la medida del daño producido al bien jurídico, sino primordialmente con la gravedad del ataque medido por la magnitud que asuma la voluntad del sujeto agente respecto de la violación del mandato, es decir, al ataque al bien jurídico".¹⁰¹

Por lo anteriormente expuesto y por ser el ilícito un concepto básico para poder explicar lo que es delito, toda vez que el ilícito constituye una conducta reprochable para el derecho por ser un mandato con que el derecho protege el bien jurídico. Es decir es conducta prohibida y sancionada, por que a cada conducta ilícita se le aplica una pena.

A continuación analizaremos el concepto de Delito.

CONCEPTO DE DELITO

Para algunos autores el delito lo definen de la siguiente forma:

Etimológicamente la palabra delito proviene del latín delicto o delictum, supino del verbo delinqui, delinquere, que significa desviarse, resbalar, abandonar.

Proporcionar el concepto del término delito a simple vista, parece fácil, pues sólo bastaría en remitirse a lo establecido en lo dispuesto por el artículo 15 del nuevo Código penal para el Distrito Federal, sin embargo, dada la importancia del tema, es necesario realizar un estudio doctrinal del mismo, apoyándose para ello y tomando como punto de partida lo argumentado por algunos personajes del derecho penal.

101 Creus, Carlos, Derecho penal. Edición 4^a 1999 Buenos Aires, Editorial Astrea. Pág.124 –125.

La palabra delito significa, como lo explica el maestro Fernando Castellanos “abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley”.¹⁰²

Diversos autores han dado su definición y criticado a la vez el concepto de delito, pero no es nuestro trabajo analizar profundamente tal cuestión, sino mencionar lo que en nuestro Derecho Penal se conoce como delito.

Tal es el caso del artículo 15 de nuestro Nuevo Código Penal para el Distrito Federal Vigente Y el cual establece que, el delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión.

Así pues los autores han tratado en vano de realizar un concepto del delito con validez universal para todos los tiempos y todos los lugares; una definición filosófica, esencial sin embargo, esto parece imposible de realizar, en virtud de que el delito, se encuentra íntimamente relacionado con la manera de ser de cada pueblo y con las necesidades de cada época por lo que los hechos que unas veces han tenido el carácter de delito, lo han perdido en función de situaciones diversas, y, por el contrario, acciones no delictuosas han obtenido la calidad del delito.

Para el penalista Bettiol “ el delito es un hecho del hombre que vulnera las condiciones de existencia, de conservación de desarrollo, de una sociedad en un momento determinado y por el cual se prevé para el sujeto agente como consecuencia, una pena de naturaleza aflictiva en cuanto comporta privación o disminución del disfrute de determinados bienes jurídicos (vida, libertad personal, patrimonio. Etc.). el acento se pone en el contenido de las situaciones que el delito niega o menosprecia, y se abre así en el plano dogmático un camino de investigación metodológica que pretende indagar el telos de los conceptos que el derecho penal expresa”.¹⁰³

¹⁰² Castellanos Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, Edit. Porrúa, México 1991, Pag. 125.

¹⁰³ Bettiol, Giuseppe, instituciones de Derecho Penal y Procesal, Ed, Bosch, Barcelona, 1977, p, 27.

El autor y tratadista en materia penal José Moisés Vergara Tejada “El delito es un hecho del hombre castigado por las leyes penales”.¹⁰⁴

Para el penalista González Quintanilla, “el delito es un comportamiento típico, antijurídico y culpable”¹⁰⁵

El diccionario enciclopédico Espasa menciona que “ ...delito. m. l culpa. Crimen, quebrantamiento de la ley. 2 acción u omisión voluntaria, castigada por la ley con pena grave...”.¹⁰⁶

El investigador Elbio Dayenoff señala dos puntos importantes sobre el delito y son:

“a) El concepto total del delito

Según esta posición, el delito es “infracción punible” o “infracción de un deber ético social “ . el hecho prepondera sobre su autor y la libertad del autor es el fundamento legítimamente de su responsabilidad. El autor prepondera sobre el hecho y el fundamento legitimante de la “responsabilidad” Penal está dado por el interés de la sociedad en evitar nuevas lesiones de bienes jurídicos. Pero esta teoría en la práctica es inutilizable.

b) El concepto analítico de delito

Según esta concepción, la teoría del delito se basa en “la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico”. Este concepto permite extraer elementos particulares que hagan viable la utilización práctica del concepto de delito en la aplicación de la ley penal.

104 Vergara, Tejada, José Moisés, Manual de Derecho Penal, Parte General, Págs. 139.

105 González Quintanilla, José Arturo, Derecho Penal Mexicano, Ed, México 1991. Editorial Porrúa S.A de C.V. pág.169.

106 Diccionario Enciclopédico. Edición México 1994. Editorial, Espasa S.A . Tomo IV, Pág. 818.

c) El concepto analítico de delito

Según esta concepción, la teoría del delito se basa en “la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico”. Este concepto permite extraer elementos particulares que hagan viable la utilización práctica del concepto de delito en la aplicación de la ley penal.

hagan viable la utilización práctica del concepto de delito en la aplicación de la ley penal.

La mayor diversidad conceptual se percibe en las distintas formas de estructurar la culpabilidad que, mientras para la idea del delito como infracción está constituida por el poder obrar de otra manera (reprochabilidad), para el punto de vista del delito como lesión de bienes jurídicos se expresa en la actitud asocial del autor manifestada en el hecho cometido. Lo mismo suele ocurrir con el elemento de lo ilícito (tipicidad + antijuridicidad). La infracción del deber ético social se agota en la infracción de la norma que lo impone y la producción de un peligro o lesión real para un bien jurídico (interés social) no agrega nada, desde el punto de vista contrario, el elemento esencial de lo ilícito es precisamente esta lesión del bien jurídico y no la lesión del deber.¹⁰⁷

El autor antes citado menciona dos posturas sobre el delito, que son: en una el concepto total del delito señalando que el hecho cometido lesiona el deber ser, ante una sociedad y en la que la infracción sería el poder actuar de otra forma y no lesionando a una sociedad y que en la vida actual vigente no se aplica.

En segundo término encontramos el concepto analítico del delito en el que se pone en peligro o se lesiona un bien jurídico, toda vez que siendo este punto el que nos interesa a razón de que toda conducta que afecte un bien jurídico, es decir si lesionamos el bien jurídico, afectamos el entorno material o incorporal, que

satisface las necesidades humanas (individuales o colectivas). Por ejemplo: vida, libertad, patrimonio etc.

¹⁰⁷ Elbio Dayenoff, David, Derecho penal Parte General. Edición 1ª julio 2002 Buenos Aires 2002. Editorial García Alonso. Pág. 50-51.

Finalmente el delito representa generalmente, un ataque directo a los derechos del individuo (integridad física, honor, vida, propiedad, libertad, etc.), pero siempre , en forma mediata, o inmediata contra los derechos del cuerpo social.

De aquí se desprende también, un principio muy importante, “ el principio de legalidad”. (Nulla poena, sine lege). Consagrado en nuestra Constitución, en el Artículo 14 párrafo tercero que a la letra dice así:

“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer , por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate”.¹⁰⁸

Esto quiere decir que cuando se cometa un delito las leyes deben ser perfectamente aplicables en los casos concretos, por que si una conducta delictiva no esta descrita por un ordenamiento jurídico el cual se aplicara a el delito cometido, simplemente no habría delito que perseguir, por que no se podría aplicar ninguna ley.” No hay delito si no hay ley.

Después de entender el concepto de delito es necesario mencionar los elementos que integran el delito.

ELEMENTOS DEL DELITO

A los elementos del delito se les llama también “elementos”, “peldaños”, “escalones” o “niveles” del delito”.

El Penalista Porte Pettit menciona La doctrina recurre a dos teorías para estudiar la composición del delito. “

- a) La totalizadora o unitaria, y
- b) La analítica o atomizadora”

¹⁰⁸ Carbonell Miguel, Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, leyes y Códigos de México, Editorial Porrúa, Edición actualizada 149ª, Pág.15

a) Los unitarios consideran al delito como “bloque monolítico”, presentándose, de acuerdo con Bettiol, como “ una entidad que no se deja escindir (dividir) en elementos diversos, que no se deja, para usar una expresión vulgar rebanar, Es decir, el delito es un todo orgánico; es una especie de bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos pero no es en algún modo fraccionable, y su verdadera esencia, la realidad del delito no esta en cada uno de sus componentes del mismo y tampoco en su suma, sino en el todo y en su intrínseca unidad: sólo mirando al delito bajo este perfil, es posible comprender un verdadero significado, no debiéndose olvidar que el delito constituye una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea

- b) Analítica o atomizadora

La concepción analítica estudia el delito desintegrándolo en sus propios elementos pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito”.¹⁰⁹

El penalista Martínez Licona, en México ha dicho que “ si el método unitario o sintético estima el delito como un bloque monolítico y no completa esta posición permitiendo que el análisis cale en sus elementos, tan hondamente como sea posible, para separarlos conceptualmente, incurre en una limitación semejante, bien que de signo contrario, a la del procedimiento analítico que se dejara arrastrar por desmedido afán de atomizarlo todo y olvidara la gran síntesis funcional que el concepto del delito implica”.¹¹⁰

En relación a la tesis analítica o unitaria, el penalista Ballvé pallise, “observa, que esta discusión hubiera sobrado, pues si hubieran sido un poco más cautos en el uso de los términos análisis y síntesis, hubieran distinguido su significado en gramática, en dialéctica, en las ciencias experimentales y en las especulativas y

¹⁰⁹ Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de derecho penal. Edición 15ª México 1993. Editorial Porrúa. Pág.197.

¹¹⁰ Martínez Licona, Dogmatica del delito, México, 1953. Pág. 19

además hubieran tenido en cuenta el carácter esencialmente sintético de la técnica jurídica”. ¹¹¹

De lo anterior podemos analizar que el delito debe ser estudiado:

De acuerdo a la teoría unitaria y analítica puesto que la primera va ha estudiar al delito sin dividir los elementos del delito ya que esta compuesto por situaciones diversas, por que la realidad del delito esta en el todo y en su intrínseca unidad, ya que sólo así comprenderíamos el significado del delito. Y la segunda se encargará de dividir los elementos del delito considerando cada uno de ellos como un vinculo estrecho en razón de esa misma unidad, con lo que podemos decir que primero se deberá analizar y posteriormente sintetizarlos elementos del delito para saber el verdadero significado del mismo.

Ahora de lo anterior cuales son los elementos del delito.

El autor Vergara Tejada nos dice que para saber cuales son los elementos del delito es necesario saber “¿qué es el delito? Al margen de honrosas y a veces grandilocuentes definiciones de los grandes jurisconsultos, nosotros consideramos que el delito puede definirse desde dos puntos de vista: el filosófico o substancial, y el formal o material.

Aspecto puramente filosófico o substancial podemos decir que el delito. es un hecho realizado por el hombre que hiere la existencia y progreso de la sociedad y por

ende, el Estado por vía de la ley penal, impone una pena al ofensor, con el único ánimo de restablecer la estabilidad social quebrantada.

En el aspecto formal o material, el delito encuentra un concepto más simple y entendible, pero que lógicamente se deduce del concepto filosófico antes emitido.

Así, y sin desatender la variedad de conceptos emitidos por diversas corrientes teóricas, bien podemos decir que, el delito “ es un hecho del hombre castigado por las leyes penales”.

¹¹¹ Ballvé Pallise, Función de la Tipicidad en la Dogmática del delito, México, 1951. Pág. 31

Por virtud de esta corta definición, concordamos entonces en todos sus puntos con el concepto que del delito otorga el actual código penal”. ¹¹²

El penalista Castellanos menciona que “Noción jurídico- formal. Para varios autores, la verdadera noción formal del delito la suministra la ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues formalmente hablando, expresan, el delito se caracteriza por su sanción penal; sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar de delito”.¹¹³

Consecuentemente es necesario mencionar los diferentes conceptos sustanciales de los autores respecto a el delito no concepto simple sino como los elementos que lo constituyen.

El penalista Mezger expresa “ el delito es la acción típica antijurídica y culpable”.¹¹⁴

El penalista Berchermann nos dice que “...El delito es una acción típica, antijurídica y culpable. Por lo tanto, toda conducta punible al menos presenta los siguientes elementos: ser típica, antijurídica y culpable...”.¹¹⁵

Para el autor Cuello Calón es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible.¹¹⁶

El autor y penalista Jiménez de Asúa textualmente dice: “Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputabilidad a un hombre y sometido a una sanción penal”.¹¹⁷

¹¹² Vergara Tejada, José Moisés, Manual de derecho penal parte general. Edición México 2002. Editorial Ángel Editor. Pág. 138-139.

¹¹³ Castellanos, Fernando, Lineamientos Elementales Derecho penal. Ed.1ª México 1959. Edt. Porrúa S.A de C.V Pág.128 y 129.

¹¹⁴ Mezger, Tratado de Derecho de derecho penal, 3ª edición, Milano 1955. Pág. 143.

¹¹⁵ Berchermann Arizpe, Antonio, Derecho penal Mexicano. Edición 1ª 2004 México. Editorial Porrúa Pág. 362

¹¹⁶ Cuello Calón, Derecho penal, t. I, Madrid, 1955, Pág. 156.

¹¹⁷ Jiménez de Asúa, La ley y el Delito, editorial A. Bello, Caracas. Pág. 256.

Como se ve, en la definición del maestro Jiménez de Asúa se incluye como elementos del delito: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y a las condiciones objetivas de penalidad.

Siendo el delito un hecho típico, antijurídico y culpable, cada elemento del delito tiene circunstancias que lo contrarían, o sea, que no lo dejan existir jurídicamente, de tal forma que aún cuando pueda advertirse la realización de un hecho sancionado por la ley penal, dicho hecho resulta jurídicamente estéril y, en consecuencia, ningún efecto produce. Así, podemos hablar de “aspectos positivos del delito” (elementos del delito) y “ aspectos negativos del delito “ (circunstancias que no dejan aparecer jurídicamente o contrarían al elemento del delito).

De esta forma y aunque en la definiciones del delito se incluyen elementos no esenciales del delito, haremos estudio de ellos junto con los que si lo son siguiendo el sistema de Jiménez de Asúa que es el que tiene dentro de sus aspectos positivos y negativos los elementos básicos del delito.

DELITO

Aspectos Positivos

Aspectos Negativos

Conforman el delito

no conformar el delito

Acción o conducta

Falta acción

Tipicidad

Ausencia del tipo

Antijuridicidad

Causas de justificación

Imputabilidad

Causas de

inimputabilidad

Culpabilidad

Causas de inculpabilidad

Condicionidad objetiva

Falta de Condición

objetiva

Punibilidad

Excusas absolutorias

Los elementos o aspectos positivos del delito se encuentran en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en diversos artículos. En el artículo 15. (Principio de acto). El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión.

Así en este artículo se obtiene tres elementos del delito:

El primero “la conducta “, es decir, una acción u omisión atribuible al sujeto

El segundo “la tipicidad”, es decir que la conducta desarrollada por el sujeto, se prevea expresamente en la ley penal.

El tercero, “La antijuridicidad”, en si en la repulsa que el legislador hace al sujeto por haber realizado la conducta típica, lo cual se refleja en la sanción que le impone y que se encuentra también expresada en la misma ley.

El delito para que sea complementado necesita de otro elemento como lo es la culpabilidad así como lo establece el artículo 18 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, dice “Las acciones y omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente”.

Consecuentemente a lo anterior tenemos que la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, son los cuatro elementos o aspectos positivos del delito.

Por su parte, los contra – elementos o aspectos negativos, se encuentran esencialmente en el artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que dice:

CAPITULO V

CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO

Artículo 29. del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal “(Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

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

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

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

a)Que se trate de un bien jurídico disponible;

b)Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y

c)Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse

consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, estos hubiesen otorgado el consentimiento.

IV Legítima defensa). Se repela una agresión 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 agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, el de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación: Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la 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, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

VI (cumplimiento de 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 cumplirlo o ejercerlo;

VII (inimputabilidad 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 para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.

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 porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto 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 sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.

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

Si en los casos de las fracciones IV, V y VI de este artículo el sujeto se excediere, se estará a lo previsto en el artículo 83 de este Código”.¹¹⁸

Consecuentemente a lo anterior es necesario saber en que consisten los elementos positivos y negativos del delito.

¹¹⁸ 3 Leyes para el Distrito Federal, Ed. Agosto del 2005 México. Edt. Sista S.A de C.V. Pág. 113.

ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO

Conforman el delito

Acción o conducta

Tipicidad

Antijurídidad

Imputabilidad

Culpabilidad

Condicionabilidad objetiva

Punibilidad

1.- Acción o conducta

El penalista José Moisés Vergara nos dice “la acción: es un comportamiento voluntario, esto es, existe previamente al desarrollo del comportamiento una voluntad, un movimiento de la psique, del individuo que es lo que al final produce el acto”.¹¹⁹

El penalista Porte Petit menciona “La acción es una de las formas de la conducta, constituyendo por tanto una de las especies del género: conducta”.²³

El investigador y penalista Berchermann indica que “ en primer lugar ha de concurrir una “acción”. Conforme a la opinión más extendida, la acción es un comportamiento humano -significativo en el mundo exterior-. A lo que habrá de agregar que aquel sea al menos dominable por la voluntad”.¹²⁰

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido

“Dentro del significado de conducta, debe entenderse el comportamiento corporal voluntario”¹²²

¹¹⁹ Vergara Tejada, José Moisés, Manual de derecho penal parte general. Edición México 2002. Editorial Ángel Editor. Pág. 152.

¹²⁰ Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de derecho penal. Edición 15ª México 1993. Editorial Porrúa. Pág. 235

¹²¹ Berchermann Arizpe, Antonio, Derecho penal Mexicano. Edición 1ª 2004 México. Editorial Porrúa Pág. 36

¹²² Semanario judicial de la federación, CXII, p. 1850

Consecuentemente a los conceptos anteriores, la acción es un comportamiento voluntario humano. Aunque no todo acto desarrollado por una persona dependen directamente de su voluntad sino que proviene del inconsciente o instinto del sujeto donde no hay un control de la voluntariedad. Ahora la voluntad es jurídicamente relevante cuando se ha manifestado, es decir, cuando se revela en el mundo exterior del sujeto, incidiendo en el.

Así como el delito que se constituye de elementos también la acción y encontramos:

1. La omisión

El penalista Vergara Tejada menciona la omisión es “ La conducta pasiva del agente”, esto es, en “no hacer” algo indicado imperativamente por la ley”.¹²³

El autor nos da a entender que la omisión es una acción por que existe una voluntad del sujeto de no hacer y que esta obligado hacer.

La omisión u omisión simple el penalista Bettioli, Giuseppe menciona “ La omisión simple consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a “un tipo de mandamiento” o imposición”.¹²⁴

La omisión se clasifica en:

- A) Comisión por omisión
- B) La omisión por simple olvido
- C) La acción u omisión por voluntad afectada

¹²³ Vergara Tejada, José Moisés, Manual de derecho penla parte general. Edición México 2002. Editorial Ángel Editor. Pág. 154.

¹²⁴ Bettioli, Giuseppe, Diritto penal. Edición Palermo 1945. Editorial Temis, p. 161.

- A) Comisión por Omisión

El penalista José Moisés Vergara Tejada, nos menciona “... la omisión impropia o comisión por omisión, son terceras personas las que cometen el ilícito, pero el agente en este caso no hace nada por impedirlo... el agente tiene el deber de evitar el ilícito no sólo porque una ley así lo ordene, sino además, por virtud de un contrato

(de cualquier naturaleza) o porque su anterior proceder y la prudencia, así lo

aconsejaban... Sólo es punible si el daño producido es de índole material...”¹²⁵

El penalista Porte Pettitt menciona “ La comisión por omisión es la violación a una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva, existe un resultado típico y material se sanciona el resultado material producido por ésta”.¹²⁶

De lo anterior se deduce que la comisión por omisión es una violación a lo establecido y prohibido por una norma penal o rama del derecho de resultado material.

B) La omisión por simple olvido

El autor Moisés Vergara Menciona “ la omisión por simple olvido, es omisión que también es punible y que se surte tanto de la omisión propiamente dicha, como de la omisión impropia (o comisión por omisión), según el resultado típico que con el olvido se produzca y la clase de persona obligada a actuar por la ley. Es el no hacer violando una norma prohibitiva con un resultado material por simple olvido”.¹²⁷

Del concepto anterior se determina que el que realiza tal conducta puede ser que quien teniendo el deber de actuar en un sentido determinado, se olvide de hacerlo.

¹²⁵ Vergara Tejada, José Moisés, Manual de derecho penal parte general. Edición México 2002. Editorial Ángel Editor. Pág. 156.

¹²⁶ Porte Pettitt Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la parte General de derecho penal. Edición 15ª México 1993. editorial Porrúa S.A. Pág. 251.

¹²⁷ Vergara Tejada, José Moisés, Manual de derecho penal parte general. Edición México 2002. Editorial Ángel Editor. Pág. 158.

Un ejemplo: sería que la enfermera olvida aplicar el medicamento indicado a un paciente para evitar la muerte y no lo hace

C) La acción u omisión por voluntad afectada

El Penalista Vergara Tejada nos dice “La Ley también sanciona a la acción o la omisión proveniente de una voluntariedad afectada por un trastorno mental transitorio provocado por el mismo agente activo del delito”.¹²⁸

Como ejemplo de esta omisión los drogadictos, ebrios, es decir cuando el agente utilizó su lucidez mental para atrofiarse esa misma lucidez, y por virtud de la nueva situación mental se realizan acciones u omisiones típicas, la ley castiga el resultado obtenido sin atender la falta de voluntariedad del agente.

2. Tipicidad

Para algunos autores, consideran que al hablar de la tipicidad como elemento positivo del delito, es necesario mencionar al tipo penal aún cuando ambos son cuestiones diversas.

Así tendremos que mencionar al tipo penal.

El tipo constituye un presupuesto general del delito.

El penalista Porte Pettit cita en su obra apuntamientos de la parte general del derecho penal que “el tipo es una conducta o hecho descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción material, conteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos.¹²⁹

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala al respecto:

¹²⁸ Vergara Tejada, José Moisés, Manual de derecho penal parte general. Edición México 2002. Editorial Ángel Editor. Pág. 159.

¹²⁹ Porte Pettit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la parte General de derecho penal. Edición 15ª México 1993. editorial Porrúa S.A. Pág.335.

“el tipo penal delictivo, de acuerdo con la doctrina, puede definir como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se lega una consecuencia jurídica que es la pena”¹³⁰

“bien sabido es que el tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal, de donde se sigue que una acción por el sólo hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, pues cuando hay ausencia de alguno de sus presupuestos, es inconcuso que el tipo penal no llega a configurarse”.¹³¹

El tipo también tiene elementos que lo constituyen entre ellos encontramos:

- 1.- Elementos típicos objetivos del tipo
 - 2.- Elementos típicos subjetivos del tipo
- A continuación nos referimos a ellos.

1.- Un elemento objetivo del tipo son los que pueden ser captados por los sentidos y que son descritos por la misma ley. Los cuales consisten en cosas, lugares, verbos situaciones, etc.

Ejemplo: El delito de estupro artículo 180. del Nuevo código de Penal para el Distrito Federal. "... Al que tenga cópula con persona mayor de doce y menor de dieciocho años, obteniendo su consentimiento por medio de cualquier tipo de engaño..."¹³²

En donde el tipo objetivo será tener cópula, (con persona mayor de doce y menor de dieciocho años), esto es, que la cópula es un acto material y para esos

¹³⁰ Semanario Judicial de la federación, CXIX, p. 2887. cfr,: Semanario Judicial de la federación, XVI, P. 257. sexta época segunda parte.

¹³¹ semanario Judicial de la federación, XVI, p. 257. Sexta Época. Segunda parte.

¹³² 3 Leyes para el Distrito Fedérela que debe conocer el ciudadano, edición México 2005. Editorial Sista S.A de C.V. Pág. 150.

efectos también la minoría de edad exigida se advierte en forma material, o como antes se dijo, tales hechos y circunstancias se pueden advertir por medio de los sentidos, por que son materiales.

2.- un elemento subjetivo, por su parte consiste en el conjunto de aquellos elementos también descritos por la ley pero que no se pueden advertir por los sentidos sino a base de deducciones lógicas, esto es, son abstractos.

Ejemplo: engañar, causar deshonra, desprecio, etc. Cuestiones que sólo se dan en la mente del sujeto del delito;

Un ejemplo. De ello sería en el delito de estupro

El elemento subjetivo será el engañar a la víctima, que es una circunstancia que no se puede advertir por medio de los sentidos, sino por deducciones lógicas.

Sin embargo hay tipos penales que no tienen tipo subjetivo, es decir que no se exija en ellos los elementos abstractos de otros tipos pero siguen siendo validos.

Ejemplo. El homicidio simple, artículo 123 del Nuevo código Penal para el Distrito Federal. "... el que prive de la vida a otro..."¹³³

Como se ve en este tipo no se exigen otros elementos de naturaleza abstracta, es decir aquellos elementos subjetivos que no pueden apreciar por lo sentidos, basta que se den los elementos materiales.

Finalmente conforme a los elementos del tipo podemos deducir que el tipo es la descripción de una conducta delictiva prohibida por la ley en la materia.

Una vez mencionado el tipo que no podíamos evadir por que es un complemento importante de la tipicidad señalaremos a continuación en que consiste la tipicidad expuesta por los autores y tratadistas en la materia:

¹³³ 3 Leyes para el Distrito Federal que debe conocer el ciudadano, edición México 2005. Editorial Sista S.A de C.V. Pág. 137.

El autor Berchemann en relación a la tipicidad menciona "La acción ha de ser típica. Esto es aquella ha de coincidir con el supuesto legal de hecho de un delito. De los que las más importantes están en la parte especial de los CP –figuras típicas- Por ejemplo: si alguien se "apodera de una cosa mueble ajena con el ánimo de apropiársela sin derecho, realiza el tipo de robo. La estricta vinculación de la conducta al tipo penal es una consecuencia de la garantía de legalidad. Por ende, no es posible derivar acciones punibles sin un tipo legal que previamente

contemple la conducta y la pena, contra lo que sí se permite para algunas consecuencias jurídicas civiles”.¹³⁴

El penalista Porte Petit dice “La tipicidad consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo”¹³⁵

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido: “Para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsana en un tipo legal, esto es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable, y que no concurra en la total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de la culpabilidad. Puede una conducta humana ser típica, porque la manifestación de voluntad, o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la definición de un tipo penal, como puede ocurrir, por ejemplo, tratándose de homicidio o fraude, pero si se demuestra que el occiso fue privado de la vida, por el sujeto activo, cuando éste era objeto de una agresión injusta, real, grave, desaparece la antijuridicidad del acto incriminado y consecuentemente al ocurrir la causa justificadora de la acción, resulta no culpable, o si tratándose del segundo de los delitos, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no integrarse sus elementos constitutivos”.¹³⁶

Finalmente analizando los conceptos anteriores concluimos que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal es decir a la descripción que se establece en la ley de ciertas conductas delictivas ejemplo: la conducta de un individuo que mata a otro, esta conducta la adecuamos al tipo penal, dicha conducta la

¹³⁴ Berchermann Arizpe, Antonio, Derecho penal Mexicano. Edición 1ª 2004 México. Editorial Porrúa Pág. 361.

¹³⁵ Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de derecho penal. Edición 15ª México 1993. Editorial Porrúa. Pág. 332 – 333.

¹³⁶ Semanario Judicial de la Federación, CXVII; p. 731.

encontramos descrita en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 123 se describe el homicidio: “ Al que prive de la vida a otro...”¹³⁷

3.- Antijuridicidad

La palabra antijuridicidad es complicada por ello señalaremos los conceptos de diferentes autores:

La palabra antijuridicidad es contradecir (contrariar) el orden jurídico general. Es decir lo contrario a derecho.

El penalista Marquez Piñeiro respecto a la antijuridicidad nos expresa “ Se trata de una contradicción entre una conducta determinada y el concreto orden jurídico impuesto por el Estado.¹³⁸

Por otro lado el penalista Vergara Tejada nos señala “ La antijuridicidad, es la conducta realizada por la persona que contraría la voluntad protectora del legislador, tomando en cuenta que cuando el legislador creó la ley, su objetivo era declarar protegido un interés jurídico y al mismo tiempo reprochar aquellas conductas atentadoras de tal interés jurídico, sancionándolas. Lamentablemente la antijuridicidad no es expresa en la ley, como lo es el tipo, la tipicidad y la acción, sino que queda en la mente del legislador y sólo se obtiene por deducciones lógicas, razón por la cual a la tipicidad y a la acción se les denomina elementos objetivos del delito, y a la antijuridicidad y a la culpabilidad se les denomina elementos subjetivos del delito, precisamente por que aquellos son palpables, concretos, comprobables por los sentidos; en cambio éstos, quedan en el campo abstracto de la mente del legislador (antijuridicidad) o en la mente del sujeto del delito (culpabilidad: estado anímico de la persona; dolo o culpa) y sólo puede obtenerse a base de juicios deductivos.

¹³⁷ Leyes para el Distrito Federal, Edición 1ª 1999. Editorial Sista S.A de C.V, Pág.137.

¹³⁸ Marquez Piñeiro, Rafael, Derecho penal parte General, Ed. 3ª México 1999. Edt. Trillas. Pág. 193.

Por lo que por antijuridicidad debe entenderse el reproche de la norma jurídica para aquellas conductas dañinas a los bienes jurídicos reconocidos y protegidos por el estado a favor de los individuos a la sociedad y que conlleva una pena para aquellos que sin derecho afecten tales bienes jurídicos. ¹³⁹

Para el autor y penalista Porte Pettit considera “Una conducta es antijurídica cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación”¹⁴⁰

Por su parte el estudioso en la materia Castellanos Tena menciona “La antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae al tipo penal respectivo”.¹⁴¹

De los conceptos antes mencionamos podemos decir que la antijuridicidad es la conducta reprochable por la norma jurídica, respecto de quien vulnera el bien jurídico que a su vez es protegido por la ley.

En relación con el concepto de antijuridicidad encontramos también la antijuridicidad en sentido formal y material:

Antijuridicidad formal, deriva indudablemente de que se considera la violación a la norma jurídica que manda o prohíbe.

Por otro lado el penalista porte pettit indica “La conducta o el hecho son formalmente antijurídicos, cuando violan una norma penal prohibitiva o preceptiva”¹⁴²

¹³⁹ Vergara Tejada, José Moisés, Manual de derecho penal parte general. Edición México 2002. Editorial Ángel Editor. Pág. 185.

¹⁴⁰ Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de derecho penal. Edición 15ª México 1993. Editorial Porrúa. Pág. 285

¹⁴¹ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales Derecho Penal. Ed. 45ª México 2004. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 179.

¹⁴² Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de derecho penal. Edición 15ª México 1993. Editorial Porrúa. Pág. 376

Por su parte Castellanos Tena, menciona “ El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado

(oposición a ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos. ¹⁴³

Para el penalista Marquez Piñeiro quien expresa “ la antijuridicidad formal esta constituida por la conducta opuesta a la norma. ¹⁴⁴

Sin embargo el tratadista en la materia Malo Camacho expresa ”La antijuridicidad es una sola, un único juicio valorativo acerca de la conducta típica que se estima antijurídica o no, a la luz de sus propias valoraciones que reconocen derechos, que se recogen en los permisos, que a su vez dan origen a las legitimantes y, tal juicio, que implica el reconocimiento de que existe o no contradicción con el orden jurídico protegido por la ley penal, y supone un juicio formal.¹⁴⁵

Finalmente a la concepción analizada la antijuridicidad formal es la esencia de la antijuridicidad es decir la violación del valor o bien protegido por la norma jurídica que ordena y prohíbe.

Antijuridicidad material

Existe antijuridicidad material cuando se lesiona el interés social tutelado para dicha norma.

Pero para entender esta clasificación es necesario mencionar los diferentes conceptos de los tratadistas en la materia:

¹⁴³ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales Derecho Penal. Ed. 45ª México 2004. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 181.

¹⁴⁴ Marquez Piñeiro, Rafael, Derecho penal parte General, Ed. 3ª México 1999. Edt. Trillas. Pág. 194.

¹⁴⁵ Malo Camacho, Gustavo, Derecho penal Mexicano, Ed. 1ª 1997. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 409.

El ilustre penalista Bettiol, piensa que “debe considerarse el comportamiento humano sustancialmente antijurídico, cuando lesiona intereses sociales tutelados para dicha norma”.¹⁴⁶

El autor Malo Camacho respecto a la antijuridicidad material dice “al mismo tiempo, implica también, el reconocimiento de la lesión a un bien jurídico protegido por la ley penal, y supone un daño material, que en todo caso, conforma el contenido específico de lo que se ha querido entender como antijuridicidad material, pero cuidando de no permitir que tal noción lleve a los extremos de ilegalidad que ya la historia ha registrado.”¹⁴⁷

Por su parte el penalista Marquez Piñeiro nos indica que “la antijuridicidad material se halla integrado por la lesión o peligro para bienes jurídicos”.¹⁴⁸

Consecuentemente a lo anterior la antijuridicidad material es el reconocimiento de la lesión a un bien jurídico protegido por la ley penal con resultado material. Y debemos atender que tanto la antijuridicidad formal como material son intrínsecas.

4.- Imputabilidad

La imputabilidad como lo han dicho los tratadistas y autores es un presupuesto de la culpabilidad. Pero esto no nos dice nada por eso es necesario esclarecer este criterio para un mejor entendimiento.

El autor Castellanos Tena expresa “La imputabilidad es pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.

En pocas palabras, podemos definir la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal”.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Bettiol, Giuseppe, Derecho Penal Parte General. Edt, Temis. Bogota 1965 p, 255.

¹⁴⁷ Malo Camacho, Gustavo. Derecho penal Mexicano. Edc. 1ª México 1997. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 409.

¹⁴⁸ Marquez Piñeiro, Rafael, Derecho penal parte General, Ed. 3ª México 1999. Edt. Trillas. Pág. 194.

¹⁴⁹ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales Derecho Penal. Ed. 45^a México 2004. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 218.

Por su parte el autor Vergara Tejada señala “ La imputabilidad es una figura penal tan debatida como el delito mismo de tal forma que su alcance jurídico depende siempre del concepto que de ella se encuentre. Con la mayor de las modestias, definimos a la imputabilidad como la capacidad psíquica necesaria para

comprender lo debido e indebido de un acto u omisión y poder decidirse de acuerdo a esa comprensión. La imputabilidad exige además que el individuo haga un esfuerzo máximo de entenderlo así, por que la capacidad no es lo que se obtienen o se tiene, sino lo más que puede obtenerse o tenerse. Ahora para declarar imputable a todo individuo es el sólo hecho de nacer con salud mental, exigiendo al sujeto haga lo más posible para entender “lo malo” jurídico de sus actos”. ¹⁵⁰

La suprema corte de justicia de la Nación al respecto de la imputabilidad menciona.

“ Imputabilidad, ciudadanía y mayoría de edad. Constituyen premisas distintas, y por ello, no existe contradicción entre los artículos 4º . Del Código de defensa social del estado de puebla y 1º . de la convención sobre los derechos del niño, con el 34 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.- si en la especie, la legislación específica aplicable al inconforme, artículo 4º. Del Código de Defensa Social, dispone que serán imputables los mayores de dieciséis años, entendiéndose por imputabilidad, la capacidad del sujeto para comprender lo ilícito de su actuación, es inconcuso que tal hipótesis no encuadra en los considerados menores de edad por la convención sobre los derechos del niño, cuyo presupuesto excluye a aquellos que son considerados mayores de edad cuando dispone expresamente, en lo que interesa “...salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. “, motivo por el cual no pueden ser estimados opuestos tales ordenamientos, como tampoco que sea contrario al precepto 34 de la Carta Magna, ya que allí trata lo atinente a los requisitos para adquirir la ciudadanía –dieciocho años comportamiento honesto-, siendo entonces.

Tópicos distintos la imputabilidad- como presupuesto de la culpabilidad-, y las obligaciones y deberes que se adquieren al cumplir dieciocho años de edad”.

¹⁵⁰ Vergara Tejada, José Moisés, Manual de derecho penal parte general. Edición México 2002. Editorial Ángel Editor. Pág. 284-285.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 521/99.-24 de marzo de 2000.- Unanimidad de votos.-

Ponente. Diógenes Cruz Figueroa.-Secretaria: Yolanda Leticia Escandón Carrillo.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, julio de 2000, página 775, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis VI.P.66 P.

Con lo expuesto en los puntos citados de este tema, son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores, al tiempo de la acción, del mínimun de salud y desarrollo psíquico exigidos por la ley del Estado; pero sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme a responder de él.

En relación a el párrafo anterior el penalista Díaz Aranda expresa “ la edad penal o imputabilidad se ha fijado a partir de los dieciocho años siempre y cuando el sujeto goce de sus facultades mentales. Atento a lo anterior, quien sufre deficiencias mentales permanentes o transitorias no podrá considerarse como imputable dado que no tiene la capacidad psíquica para comprender la trascendencia de sus actos”.¹⁵¹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto menciona:

Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo: XI, Enero de 2000; Tesis: III.2º .p.58; Página. 1005.

IMPUTABILIDAD DISMINUIDA. DEBE SANCIONARSE ACORDE A LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 69 BIS DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. La figura de la imputabilidad

disminuida que es reconocida por la doctrina, ha sido plasmada en el artículo 69 del código punitivo Federal, y para su aplicación no resulta menester que el activo carezca de la

¹⁵¹ Díaz Aranda, Enrique, Derecho penal parte general (Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría funcionalista social). Edc. 1ª México 2003. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 379.

capacidad para comprender lo ilícito de su actuar, sino únicamente que esa capacidad se encuentre disminuida; es decir, que aun cuando pueda percibir la trascendencia social y moral de sus actos, presente un retardo mental que disminuya su capacidad de comprender el carácter de ilicitud del hecho, por lo que no puede ser sancionado de acuerdo a las reglas generales de la imposición de penas, sino que el juzgador debe aplicar las reglas especiales respecto de hasta las dos terceras partes de la pena que en derecho corresponda, tal y como lo establece el citado precepto legal, que a la letra dice: “ Si la capacidad del autor, de comprender en carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que corresponda al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor”. Por tanto, el tribunal responsable al no acatar las reglas del numeral en comento y no sancionar al activo con hasta las dos terceras partes de la pena que le correspondería al antijurídico o la medida de seguridad consigna (artículo 67 del Código penal Federal), o bien ambas, transgrede en perjuicio del quejoso las garantías de legalidad y seguridad jurídica, contenidas en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna.

Segundo tribunal colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito.

Amparo directo 229/99. 12 de agosto de 1999. Unanimidad de votos. Ponente:

Oscar Vázquez Marín. Secretario: Oscar Naranjo ahumada.

Dentro de la imputabilidad también encontramos la responsabilidad

La responsabilidad como nos menciona el tratadista en la materia Castellanos Tena “ La responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado”. ¹⁵²

Son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho están obligados previa sentencia firme, a responder de él.

¹⁵² Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales Derecho Penal. Ed. 45ª México 2004. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 218.

El ilustre autor Villalobos menciona “ se usa el término responsabilidad para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típicamente contrario a derecho, si obró culpablemente; así, los fallos judiciales suelen concluir con esta declaración, teniendo al acusado como penalmente responsable del delito que motivo el proceso y señalando la pena respectiva.”¹⁵³

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho, pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. El tratadista y penalista Cuello Calón dice “A estas acciones se les llama liberae in causa (libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto, por que el sujeto era imputable”.¹⁵⁴

Ejemplo: de libres en su causa decide cometer robar y para darse valor toma en exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad. Aquí sin duda existe imputabilidad; entre el acto voluntario (decisión de delinquir) y su resultado, hay un enlace causal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, aún cuando se pruebe que el sujeto se hallaba, al realizar la conducta, en un estado de inconsciencia de sus actos voluntariamente procurado, no se elimina la responsabilidad.

“Si en autos no se ha probado que el quejoso hubiera actuado en estado de inconsciencia de sus actos, determinando por el empleo accidental e involuntario de sustancias embriagantes y por lo contrario, de la declaración del propio procesado se infiere que, sí acaso existió tal estado (que por otra parte tampoco

se ha probado), no se debió al empleo accidental e involuntario de sustancias embriagantes, se elimina la posibilidad de que concurra, en la especie, la causa de inimputabilidad que se invoca. Como tampoco se ha probado que el estado de embriaguez en que dice haberse encontrado el quejoso, fuera completo, nulificando su capacidad de entender y de querer, cabe concluir que se está frente a una acción libre en su

¹⁵³ Ignacio Villalobos, Derecho penal Mexicano. Edc. 3ª México 1975. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 290.

¹⁵⁴ Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal, I, Edc. 8ª Pág. 300.

causa, en que el sujeto, queriendo el estado de inimputabilidad, puesto que se ha colocado voluntariamente en él. Ha querido el hecho (conducta y resultado), excluyéndose así tanto la posibilidad de considerar la acción como ejercida por una persona en estado de incapacidad transitoria, como de estimar la responsabilidad a título de culpa. En consecuencia, la sentencia que lo condenó por el delito de lesiones, no puede ser violatoria de garantías” (amparo directo 58/57, j. Félix Vázquez Sánchez).

De esta forma por lo expuesto al punto de la imputabilidad es la capacidad mental que tiene un individuo de entender y querer actuar, la cual se obtiene a partir de los dieciocho años y no padecen alguna anomalía psicológica y son responsables del acción o acto precedente.

5.- Culpabilidad

Cuando hicimos el estudio de la imputabilidad se dijo que funciona como presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad del sujeto para entender y querer actuar en al campo penal.

Desglosando que una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable.

Los penalista definen a la culpabilidad de la siguiente forma:

El autor e ilustre Calón Eugenio “ Considera culpable la conducta cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada”.¹⁵⁵

El penalista Porte Pettit define a la culpabilidad “ como el nexo intelectual y emocional a que liga al sujeto con el resultado de su acto”.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal, I, Edc. 8ª Pág. 290.

¹⁵⁶ Porte Petit Candaudap, Celestino, Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. Edición 15ª México 1993. Editorial Porrúa. Pág. 49.

El maestro Jiménez de Asúa define la culpabilidad “ como el conjunto de presupuesto que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”.¹⁵⁷

El autor y penalista Castellanos Tena, considera “ La culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto” ¹⁵⁸

Por su lado Ignacio Villalobos define “ La culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa”. ¹⁵⁹

Existen dos doctrinas principales respecto a la naturaleza jurídica de la culpabilidad.

a) La teoría Psicologista o psicológica de la culpabilidad.

En esta teoría, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad, ya supuesta; la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual- volitivo desarrollado en el autor.

El investigador Porte pettit, señala “ Lo cierto es que la culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual

quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo, o como lo llama Jiménez de Asúa, emocional; y otro intelectual. El primero indica la suma de dos querereres: de la conducta y el resultado; y el segundo el intelectual, el conocimiento de lo emocional;

¹⁵⁷ Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito, Caracas, Hermes, 1970, Pág. 444,

¹⁵⁸ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales Derecho Penal. Ed. 45ª México 2004. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 234.

¹⁵⁹ Ignacio Villalobos, Derecho penal Mexicano. Edc. 3ª México 1975. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 283.

y otro intelectual. El primero indica la suma de dos querereres: de la conducta y el resultado; y el segundo el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta”.¹⁶⁰

Para el investigador Luis Fernández Doblado expresa “La culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cuál ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado objetivamente delictuoso”.¹⁶¹

Esta teoría se basa principalmente en el estado psicológico del individuo entre la conducta y el resultado que es el estado emocional, así como el estado intelectual.

b) La Teoría normativa o normativista de la conducta

Esta teoría consiste en fundamentar la culpabilidad pero a continuación haremos una breve referencia de la misma.

El maestro Castellanos Tena menciona “ La culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad. Ese juicio surge de la ponderación de dos términos: por una vertiente, una situación real, una conducta

dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y, por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al Derecho”.¹⁶²

El autor Fernández Doblado considera “ La culpabilidad, pues, considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber”¹⁶³

¹⁶⁰ Porte Petit Candaudap, Celestino, Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 49.

¹⁶¹ Fernández Doblado, Luis. Culpabilidad y error, Pág. 24

¹⁶² Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales Derecho Penal. Ed. 45^a México 2004. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 234.

¹⁶³ Fernández Doblado, Luis. Culpabilidad y error, Pág. 27

En esta teoría no debe entenderse a la culpabilidad como nexo psicológico entre el individuo y el hecho antijurídico (como lo dicen los psicólogos) si no más bien como un reproche que la sociedad, por conducto del juez, hace al individuo por no comportarse de la manera que la ley manda

Consecuentemente a lo anterior en esta teoría es el juicio de reproche hacia la personalidad una motivación del sujeto, por no comportarse y acatar la norma ya sea que lo haga con intención (dolo) o por descuido (culpa), de lo anterior sólo importando la desobediencia a la norma jurídica.

Finalmente y a manera de análisis podemos decir que la culpabilidad es un estado psíquico del sujeto que lo entrelaza con el hecho (teoría psicologista). Pero que sólo puede ser valorado jurídicamente (lo que indica la norma jurídica nos referimos a la teoría normativista).

La norma exige determinada conducta, es cierto, pero tenemos que tomar en cuenta el estado psicológico y valorar conforme a la norma jurídica para deducir si se le reprocha o no esa conducta. Es decir si le era exigible actuar conforme a la norma, habida cuenta de su estado psicológico.

En otro orden de ideas la culpabilidad tiene dos formas de manifestarse:

Dolo y Culpa

En primer lugar nos referiremos al Dolo.

DOLO

De acuerdo al segundo párrafo del artículo 18 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, “Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización”.¹⁶⁴

Como se advierte de lo subrayado, el Código Penal prácticamente otorga “todo” lo que haya que saber acerca de esta forma de culpabilidad. En efecto, obra con dolo el que conoce, el que prevé, el quiere o el que acepta la realización del hecho típico o su resultado.

El tratadista y Doctrinario Cuello calón manifiesta “ el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso “. ¹⁶⁵

El autor Jiménez de Asúa al respecto menciona “ lo define como la producción de un resultado antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica”¹⁶⁶

De esta forma en el dolo, el agente, conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla.

EI DOLO TAMBIÉN TIENE SUS ELEMENTOS EL ÉTICO O COGNOSCITIVO Y EL VOLITIVO O EMOCIONAL.

En relación a los elementos señalaremos los autores que al igual con otros investigadores y penalistas concuerdan con el mismo criterio:

¹⁶⁴ 3 Leyes para el Distrito Federal, Ed. Agosto del 2005 México. Edt. Sista S.A de C.V. Pág. 111.

¹⁶⁵ Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal, I, Edc. 8ª Pág. 302.

¹⁶⁶ Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito, Caracas, Hermes, 1970, Pág. 459.

El maestro Castellanos Tena menciona “el dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional.

El elemento ético esta constituido por la conciencia de que se quebrante el deber.

El elemento volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico”. ¹⁶⁷

El investigador Vergara Tejada menciona “ el dolo se funda esencialmente en dos aspectos subjetivos del individuo: el conocimiento del tipo penal y la determinación para realizarlo o aceptar el resultado, que serán entonces los elementos del dolo; al primero se le ha denominado “ elemento cognoscitivo” y al segundo, “elemento volitivo”, según habíamos dicho con anterioridad en esta obra.

Conviene analizar estos elementos.

El elemento Cognoscitivo.- Cuando hablamos de este elemento nos referimos al conocimiento o entendimiento que el sujeto tiene respecto al “tipo penal” o respecto

al resultado dañoso que su conducta típica y antijurídica va a producir. El dolo, mediante este elemento, aparece entonces cuando el individuo conoce o entiende todas las circunstancias relativas al tipo penal, no necesariamente a sus elementos objetivos, normativos y subjetivos a que nos referimos cuando analizamos este elemento del delito. Pero, además, cuando el agente debe conocer que su conducta va a producir un resultado dañoso previsto en la propia Ley”.¹⁶⁸

En este elemento se requiere que el sujeto comprenda que su actuar es antijurídico, que es injusto, que nunca lo hubiese querido para sí.

¹⁶⁷ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales Derecho Penal. Ed. 45^a México 2004. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 239.

¹⁶⁸ Vergara Tejada, José Moisés, Manual de derecho penal parte general. Edición México 2002. Editorial Ángel Editor. Pág. 305.

Una vez más señalo a el penalista Vergara Tejada quien indica el otro elemento del dolo y que es “el elemento volitivo:

Elemento Volitivo.- a la exigencia de saber o entender que el acto pensado es injusto, se le agrega la decisión de realizarlo, o por lo menos aceptar el resultado de esa decisión, lo cual constituye el elemento “volitivo” del dolo”.¹⁶⁹

El estudioso maestro Díaz Aranda, señala respecto a los elementos:

“Dos son los elementos conformadores del dolo: cognoscitivo y volitivo. De ellos me ocupare a continuación:

A. ELEMENTO COGNITIVO

El elemento cognitivo “es el presupuesto “ de la voluntad, toda vez que no se puede querer lo que no se conoce; de acuerdo a el Diccionario de la lengua española, “conocer” es “averiguar mediante las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas” y percibir el objeto como distinto de todo lo que no es él”.

Al paso que conocer en el lenguaje coloquial grabar en la “conciencia” palabras, conceptos conocimientos y experiencias que “ inconscientemente” se tienen disponibles en la memoria” ¹⁷⁰

El penalista Beling dentro de este elemento cognitivo señala “el dolo no requiere del conocimiento del texto, sino solamente se necesita el conocimiento de las “ circunstancias del hecho ”, que contempladas jurídicamente reproducen la

¹⁶⁹ Vergara Tejada, José Moisés, Ob. Cit., Pág. 307.

¹⁷⁰ Díaz Aranda, Enrique, Derecho penal parte general (Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría funcionalista social). Edc. 1ª México 2003. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 261-262.

imagen del delito- tipo legal. “ Circunstancias del hecho” significa estado de cosas puramente objetivas. El autor no necesita haber efectuado su valoración jurídica (subsunción a un delito- tipo).¹⁷¹

El autor e investigador Frank respecto a elemento cognitivo indica “ el dolo es suficiente con que el sujeto, en el momento de la acción, haya pensado, en el sentido de reflexionado, en el resultado, mientras que los restantes elementos constitutivos del tipo debe haberlos conocido o sabido”.¹⁷²

De lo anterior expuesto por los autores dentro del elemento que señala Díaz Aranda se deduce que la actuación dolosa del sujeto no significa que el sujeto conozca del artículo de la ley donde se describe su conducta como prohibida; para

eso necesitaría conocer todas las leyes penales, y eso es imposible para un ciudadano común y corriente.

Lo único que se requiere es que tenga conocimiento de la situación en la cual está actuando.

Ejemplo: robo simple, el sujeto tiene conocimiento de la conducta que esta realizando al momento de “agarrar” “llevarse” “tomar” una cosa que no le pertenece. **Si obra con ese conocimiento se verifica la parte cognitiva del dolo, y será labor del penalista encuadrar ese conocimiento en la descripción de la conducta correspondiente.**

El investigador Díaz Aranda expresa “ el conocimiento del dolo abarca los elementos descriptivos y normativos, los cuales pueden ser esenciales o accidentales.

Los elementos descriptivos son aquellos que describen la conducta, es decir es más fácil que el hombre medio tenga el conocimiento de que está privando de la vida

171 Beling, Ernest Von, Esquema del Derecho penal (la doctrina del delito- tipo), trad. De Sebastián Soler a la 11ª . Edición de 1930 del libro Grundzüge des Stranfrechts (Die lehre von Tatbestand, Buenos Aires, Depalma, 19944, p. 77.

172 Frank, Aufbau des Schuldsbegriffs, 1907, p. 29, cita en Díaz pita, Pág. 56.

a otro o que está imponiendo una cópula por la fuerza (descriptivos). y más difícil que sepa si el sujeto al que ésta ofreciendo dinero tiene la calidad de servidor público conforme a lo establecido en el artículo 256 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, o saber qué se entiende por falso o por documento.

Los elementos normativos, como lo ajeno o lo lascivo son de mas fácil comprensión. Al efecto, basta con que el sujeto “tenga conocimiento de la especial significación y función que poseen en la vida social los hechos designados con tales conceptos.

Los elementos esenciales, dependen de la existencia del dolo y en ocasiones del delito mismo.

Los elementos accidentales, sólo determinan la agravación o la atenuación de la conducta típica.

El investigador Díaz Aranda cita en su obra al autor Gómez Benítez José Manuel, [quien a su vez señala] “la falta de un elemento esencial o accidental excluiría el dolo, y ello no es así, pues sólo la ausencia de un elemento esencial da lugar a la aplicación de las reglas de error de tipo, según las cuales si el error es vencible, la conducta típica subsiste a título de culpa, (Teoría Jurídica del delito (derecho Penal parte General, Madrid, civitas, 1992, pág. 205)”.¹⁷³

La ausencia de elementos accidentales sólo dejará subsistente la conducta típica base excluyendo aquella agravada, como sucede en la relación entre homicidio y parricidio, que podemos constatar en la siguiente tesis jurisprudencial:

Séptima Época Instancia: Primera Sala; fuente: Semanario Judicial de la federación; Tomo: 1205-1216 Segunda Parte; Pagina: 29.

¹⁷³ Díaz Aranda, Enrique, Derecho penal parte general (Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría funcionalista social). Edc. 1ª México 2003. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 263.

“PARRICIDIO, DOLO ESPECIFICO NECESARIO PARA LA INTEGRACIÓN DEL. CASO ERROR EN EL GOLPE. El artículo 240 del Código Penal del Estado de México, que regula el parricidio, lo tipifica como la privación de la vida, dolosamente, de cualquier ascendiente o descendiente consanguíneo y en línea recta, sean legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco, o del cónyuge. Esto es, que tal ilícito requiere de dolo específico, pues no basta la intención de matar, sino que la misma debe estar dirigida precisamente a una de las personas con las que se tenga un vínculo de los señalados. Ahora bien, si la intención del agente es privar de la vida a su cónyuge, pero por error en el golpe (aberratio ictus), a quien mata es a uno de sus descendientes, ello no es suficiente para estimar que su conducta se adecua a dicho tipo, pues falta la directa intención de privar de la vida al descendiente para que su actuar se amolde a la figura legal en mención, pues es palpable la ausencia del dolo dirigido a la víctima, y el delito realmente integrado viene a ser el de homicidio”.

Amparo directo 7410/85. Felipe soria Mondragón. 3 de marzo de 1986. 5 votos.
Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaría: María edith Ramírez de vidal

El dolo cognitivo se refiere única y exclusivamente a la “ parte externa de la conducta”, no abarca el resultado ex post ni la valoración ex ante como nos dice el penalista Díaz Aranda.

“La valoración ex ante, consiste en realizar en ejercicio mental en el cual quien ha de evaluar se debe colocar en el momento previo a la realización de la conducta del autor para tomar en cuenta el fin del autor, su plan, contexto circundante, los medios con los que contó; conforme a ello se podrá realizar un pronóstico sustentado en un juicio de probabilidad general (conocimientos nomológicos y ontológicos) sobre el peligro que encerraba esa conducta para el bien jurídico.

La perspectiva ex post consisten en la valoración realizada sobre los resultados provocados por una conducta; ya no se trata de un pronóstico sobre cuáles podrán ser los resultados de dicha conducta (perspectiva ex ante), sino de los cuales realmente fueron los resultados (ex post)”. 174

174 Díaz Aranda, Enrique, Ob, Cit.,. Pág. 265.

Ejemplo: en el caso de que el sujeto lesiona a través de un golpe a puño cerrado a su víctima, quien al ser trasladada al hospital muere por el accidente ocasionado al colisionar la ambulancia con otro vehículo.

De lo anterior señalo la valoración ex ante, no debe considerarse como la causa de muerte, pero la valoración ex post del proceso causal así lo indica.

Pero de las condiciones especiales del sujeto pasivo en el supuesto de que fuera hemofílico que muere a consecuencia de la hemorragia sanguínea provocada por la herida por el golpe a puño cerrado. En ese supuesto, como la mayoría de los seres humanos no son hemofílicos, el juicio de probabilidad, desde

una perspectiva ex ante, es que el sujeto activo no pudo tener el conocimiento de un resultado de muerte al realizar su conducta, y por tanto queda excluido el conocimiento doloso de un delito de homicidio, aunque subsiste el de lesiones. Aún así el juicio de probabilidad tendrá que ser otro si el tenía el conocimiento previo de la hemopatía de la víctima (conocimientos especiales).

La valoración (ex post) la autoridad jurisdiccional conoce del hecho debe colocarse mentalmente en el lugar del autor.

La valoración (ex ante) Para establecer un pronóstico sobre las capacidades del autor al momento de realizar la conducta y valorar si actúo teniendo en cuenta el peligro que corría el bien o no lo tuvo en cuenta.

En síntesis, el dolo no abarca el conocimiento del resultado ex post.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto aplica éste criterio en la tesis de jurisprudencia:

Séptima Época Instancia: Primera Sala; fuente: Semanario Judicial de la federación; Tomo: 163-168 Segunda Parte; Pagina: 38.

CHEQUES SIN FONDOS, LIBRAMIENTO DE Y FRAUDE. DIFERENCIAS. No es verdad que la figura penal que contempla el artículo 193 de la Ley General de Títulos Operaciones de Crédito corresponda a una especie en el genero de los delitos de fraude, por la sola circunstancia de que la propia ley remita para su sanción el Código penal. El libramiento de cheques sin fondos no solo es de naturaleza especial por estar previsto en una ley especial, si no porque el bien jurídico tutelado también lo es. En efecto, la protección penal no tiene como finalidad el patrimonio de las personas si no la seguridad de la circulación del cheque, como instrumento de pago concepto que requiere que la citada circulación se ve garantizada eficaz y severamente con disposiciones de carácter penal. En esta figura, no es menester demostrar el medio comisivo, como el aprovechamiento del error o el engaño previos que requieren en cambio, el delito de fraude o alguna figuras equiparables a el. La hipótesis se surte por la simple expedición del documento, la presentación de este ante la institución librada dentro de los

quince días siguientes, su expedición y su impago por insuficiencia de fondos imputables al librador, el dolo en el delito del artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito consiste simplemente en representarse y querer el propio libramiento del documento con conciencia plena del carácter ilícito del hecho. No se trata de un delito patrimonial, porque, por su comisión no procede la condena al pago de la reparación del daño, correspondiendo el cobro de esta un procedimiento diverso de carácter mercantil; en cambio, la figura del fraude, por antonomasia, es sancionada con la pena corporal relativa, pero a demás con el pago o devolución de lo defraudado.

Amparo Directo 7875/81. Prisciliano García Rocha. Siete de julio de mil novecientos ochenta y dos.

Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.

De la anterior Jurisprudencia lo único que sí sabe el autor al momento de realizar la conducta es la probabilidad que tienen de lesionar al bien jurídico. Pero el resultado sólo se podrá determinar hasta después de realizada la conducta.

Finalmente, en la valoración ex post el autor realiza la conducta con dolo cuando tiene conocimiento de peligro que representa la misma conducta que realizara y no necesita conocer el resultado, y en la valoración ex ante por que no puede saber que es lo que pasará.

B. ELEMENTO VOLITIVO

En primer lugar debemos saber que significa el vocablo querer.

El Diccionario de la Lengua Española, el vocablo “ querer ” significa “ “desear o apetecer” || 2. amar, tener cariño, voluntad o inclinación a una persona o cosa || 3. Tener voluntad o determinación de ejecutar una cosa || 4. Resolver, determinar || 5. Pretender, intentar o procurar || 6. Ser conveniente una cosa a

otra; pedirla, requerirla || 7. Conformarse o avenirse uno al intento o deseo de otro...”.

El término “ querer “ abarca el deseo de conseguir un resultado, como sería el de realizar cierta conducta, en razón a esto debemos determinar las diferentes interpretaciones de lo que se quiere para integrar el dolo; una de esas interpretaciones sería la de querer una conducta como el resultado.

Ejemplo: En el homicidio doloso, no bastaría con el hecho saber y querer dirigir la conducta hacia la provocación de la muerte de una persona, sino que además se requería querer ese resultado específico.

Conforme a este ejemplo puedo decir que se entiende lo que se quiere y lo que se debe querer para afirmar el dolo.

El penalista Díaz Aranda señala con tesitura “ El querer del sujeto activo debe concurrir en momento de realizar el hecho, no importan las representaciones del sujeto antes del suceso (dolus antecedens), por ejemplo, si tenía dudas, como tampoco las posteriores (dolus subequens), como sucede con el arrepentimiento”.⁷⁸

En conclusión de los dos elementos tanto cognitivos como el volitivo, es mejor basar el dolo en los elementos cognitivos del autor de la conducta delictuosa y menos en la parte volitiva ya que ofrece problema probatorio.

¹⁷⁵ Ibídem Pág. 269.

Así lo recomendable para sustentar el dolo sería la concepción cognitiva la que se puede comprobar exclusivamente con al intención del autor de realizar su conducta a pesar de que sus conocimientos le advierten sobre los peligros que encierra su realización.

Ahora estudiaremos las clases de dolo, cada tratadista establece su propia clasificación de las especies dolosas, Así se habla en la doctrina de dolo directo,

simplemente indirecto, eventual, indeterminado, alternativo, genérico, específico, calificado, etc. Pero señalaremos los más sobresalientes en la práctica:

CLASES DE DOLO

El maestro Castellanos Tena, define al dolo directo como “ aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado. Según Cuello Calón el dolo directo se da cuando el resultado corresponde a la intención del agente

El dolo indirecto (o simple indirecto), conocido también como dolo de consecuencia necesaria, se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aún previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho.

El dolo eventual (confundido por algunos con el indeterminado) existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución de hecho, aceptando sus consecuencias. Hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere directamente, pero tampoco de deja de querer, se menosprecia, que en última instancia equivale a aceptarlo”.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales Derecho Penal. Ed. 45ª México 2004. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 241

El investigador y penalista Vergara Tejada define:

“El dolo directo será donde el sujeto se ubicará cuando entiende claramente que su acción realizará los elementos de un tipo penal determinado y, por tanto, al decidirse a realizar dicha acción, quiere el resultado típico determinado. Este tipo de dolo también ha sido llamado “dolo de intención”, porque es evidente la

intención directa del agente para realizar un tipo y obtener un resultado determinados.

El dolo indirecto, se ve cristalizado en aquellos casos en que el sujeto sabe y decide realizar un hecho típico determinado y que dará resultados típicos indeterminados pero ciertos, consecuencia del hecho típico querido.

El dolo eventual, aparece cuando al agente se le presenta la posibilidad de un resultado típico y, en vez de desistir de su acción, continúa con ella aceptando su producción". 177

Ejemplo: robo, en el, que, el sujeto decide robar a una farmacia su finalidad es extraer todo el dinero y al que se resista lo matará, el autor sabe que quizás se defenderán; sin embargo persiste el llevar acabo su acción y realizar el hecho típico aceptando de antemano cualquier. En éste ejemplo habrá dolo directo en el robo, porque es el tipo y resultados queridos y esperados por el sujeto, habrá dolo eventual en el posible homicidio que realice, porque, aun cuando no quiere directamente cometer este tipo penal, no obtener ese resultado, su acción en este sentido será posible o eventual, por lo que el resultado de su acción, cualquiera que sea, siempre será aceptada por el sujeto.

177 Vergara Tejada, José Moisés, Manual de derecho penal parte general. Edición México 2002. Editorial Ángel Editor. Pág. 307.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto al dolo eventual menciona lo siguiente:

Séptima Época Instancia: Primera Sala; fuente: Semanario Judicial de la federación; Tomo: 217-228 Segunda Parte; Página: 24.

DOLO EVENTUAL O INDIRECTO, CULPA CONSCIENTE Y PRETERINTENCIONALIDAD. El dolo eventual o indirecto sea definido como aquel en que el autor se representa como posible un determinado resultado, a pesar de lo cual no renuncia a la ejecución de la conducta, aceptando la consecuencia de ésta, o bien, cuando el sujeto sin dirigir precisamente su comportamiento hacia el resultado, lo representa como posible, como contingente, y aunque no lo desea de manera directa, por no constituir el fin de su acción o de su omisión, sin embargo lo acepta, ratificándose en el mismo. Es dentro de este marco, donde la hipótesis de la “ ruleta rusa invertida” encuentra su perfecta adecuación, pues no cabe duda de que al haber el activo tomado su pistola, dejando una bala en el cilindro al que dio vuelta, para luego apuntar hacia su compañero, según ambos lo habían acordado, y dispararle, en su mente se representaba la posibilidad de que el hoy occiso podría resultar lesionado o muerto, como en efecto aconteció, sin que a pesar de ello desistiera de su comportamiento. Es innegable que el resultado no lo deseaba, pero lo acepto, e incluso podríamos atrevernos a pensar que en lo íntimo de su mente hasta lo deseó, por que de no haber acontecido el hecho en la forma en que se desarrolló, hubiera podido ser de manera inversa y resultado lesionado o muerto el inculpado, hipótesis que definitivamente no deseaba, pero cuya realización era factible, porque como se desenvolvía el “juego de la ruleta rusa invertido”, era inevitable que cualesquiera de los participantes fuera dañado. No es factible ubicar el presente caso en el ámbito de la culpa consciente, pues en esta no hay voluntad respecto al resultado que se representa, el cual no se quiere ni se acepta, a diferencia del dolo eventual, en el que existe aceptación del resultado previsto como posible o probable. Para incurrir en culpa es menester la violación del deber de cuidado, a lo que es totalmente ajeno al actuar doloso, en cualquiera de las formas que concurra, de acuerdo a las diversas clasificaciones de doctrina. El homicidio preterintencional se caracteriza por un resultado consistente en la muerte, que se previo, con la esperanza de que no se realizaría, o que no siendo previsto haya sido previsible, actuando el activo solo con animus dañandi; por tanto, el actuar del acusado no se ajusto a tales exigencias porque la preterintencionalidad requiere que al inicio se obre de manera dolosa, en tanto que la conducta desplegada por el activo sea dirigida a causar un daño al pasivo, esto es, que deseara solo lesionarla; sin embargo en una segunda fase, a virtud de la concurrencia de la culpa se logra un resultado típico (muerte), que sobre pasa al inicialmente querido.

Amparo Directo 6858/86. José Luis Martín Sánchez Juárez. tres de junio de mil novecientos ochenta y siete. Unanimidad de cuatro votos. Ponente Luis Fernández Doblado. Secretaria: Maria Edith Ramírez de Vidal.

Después de haber analizado el dolo ahora es necesario explicar la culpa:

CULPA

De la misma forma en que el dolo no se encuentra conceptuado en la ley, la culpa sólo encuentra descripción de acuerdo a sus elementos, que se encuentran descritos precisamente, en el segundo párrafo del artículo 18 tercer párrafo del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, donde dice: “obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

La culpa, al igual que el dolo, la culpabilidad, etc., es una relación causal (subjetiva) entre el mundo subjetivo del individuo con el resultado típico, por lo que, al igual que dichas figuras, abundan los criterios, teorías, opiniones corrientes de pensamiento, etc.,

Ahora nos referimos a el concepto de la culpa:

El maestro y penalista Castellanos Tena, señala “ existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas”.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales Derecho Penal. Ed. 45ª México 2004. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 248.

Por su parte el autor Cuello Calón, expresa “ existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso previsible y penado por la ley “.179

Por otro lado el investigador Edmundo Mezger, indica “ actúa culposamente quien infringe en un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever. 180

Para el investigador Vergara Tejada “ la culpa se entiende de antemano que el sujeto actuó con intención directa de realizar el hecho antijurídico ni obtener o aceptar el resultado típico, esto es, no actuó con ánimo delictivo, como sucede con el dolo”. 181

De esta forma y manera de deducción de los anteriores conceptos, la culpa siempre presupone que no hubo un deseo, un querer de un resultado típico por parte del autor, aún cuando este resultado se produzca.

Así también como la culpa al igual que el dolo, ya se dijo anteriormente que es una forma de culpabilidad porque resulta ser nexo entre el mundo subjetivo del individuo con el mundo objetivo, más precisamente, con el hecho típico; de ahí que el sujeto imputable tenga que responder a la sociedad por daño que su mundo subjetivo haya propiciado en el objetivo, por que aun cuando ni directa ni indirectamente quería el resultado típico, sus actos fueron irresponsables moralmente. Es más, siempre habrá casos en que un individuo descuidado pueda causar más daño que otro que actúa con todo el dolo del mundo. Hay eventos en que uno o más sujetos entienden y se determinan por un delito doloso grave.

Ejemplo: Asaltar una empresa y se mata al policía que cuidaba a varios trabajadores a la cajera, secretaria, al de la limpieza etc. Pero éste daño grave

179 Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal, I, Edc. 8ª Pág. 247.

180 Mezger, Edmundo, Tratado de Derecho penal, 2ª Ed., Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Revista de Derecho Privado 1946, t. I. también la nueva edición del t.I de 1955. Pág. 171.

181 Vergara Tejada, José Moisés, Manual de derecho penal parte general. Edición México 2002. Editorial Ángel Editor. Pág. 313.

resulta de menor valor para la sociedad. Que numerosas cantidades de muertos y daños graves producidos en un accidente terrestre por negligencia de un conductor

que se durmió y se impacta contra otro conductor de automóvil, produciendo de esta forma un daño grave.

Y de éste ejemplo citado surge ¿por qué la ley castiga gravemente al asaltante y no al conductor?

Respuesta a lo anterior porque la sociedad sanciona el grado con que el sujeto autor entendió y se determino por el delito, o en su caso, el grado con que el autor previó o debió prever el resultado dañoso; ante cualesquier perspectiva.

Consecuentemente a lo anterior expuesto existen teorías respecto ala culpa entre ellas encontramos las sobresalientes expuestas en nuestra actualidad principalmente por:

El maestro e investigador y estudioso Castellanos Tena quien dice que “ para determinar la naturaleza de culpa y adquieren relevancia:

- a) de la previsibilidad
- b) de la previsibilidad y evitabilidad
- c) del defecto en la atención.

La primera (previsibilidad) fue sostenida principalmente por Carrara, para quien la esencia de la culpa “ consiste en la previsibilidad del resultado no querido. La culpa consiste en la voluntariedad omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho.

La segunda (previsibilidad y evitabilidad), teoría expuesta por Binding y seguida por Brusa, acepta la previsibilidad del evento, pero añade el carácter de evitable o prevenible para integrar la culpa, de tal manera que no ha lugar al juicio de reproche cuando el resultado, siendo previsible, resulta inevitable.

La tercera (del defecto en la acción, sostenida principalmente por Angliolini, hace descansar la esencia de la culpa en la violación, por parte del sujeto, de un deber de atención impuesto por la ley". 182

Por su parte Vergara Tejada menciona dos teorías que al igual son de las más usuales respecto a la culpa. La teoría Subjetivista y la teoría objetivista.

Teoría Subjetivista, el sujeto es culpable por el incorrecto desempeño de su psique, de su mundo subjetivo, por no adecuarlo a los de los demás, esto es, de no lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos de su congéneres, lo cual se acerca a la idea de culpabilidad. [en esta teoría no se explica la negligencia, por la falta total de acción intelectual es decir como sucede por el olvido o la ignorancia , ya que lo que se castiga en la culpa es la reflexión intelectual inadecuada lo que da como resultado la imprudencia y así resulta el daño de que se trata, así en esta teoría sólo es culpable el que actúa psíquicamente en forma inadecuada, lo cual sólo refleja culpabilidad por imprudencia, no por negligencia; por tanto a la negligencia no alcanza sanción].

Teoría Objetivista, esta se inclina por sancionar todo incumplimiento de una norma por parte del agente, ya sea porque su actuar subjetivo fue inadecuado (imprudencia), o porque ni siquiera hubo ese actuar subjetivo (negligencia) con tal de que por cualquiera de ambas causas se produzca un resultado típico y antijurídico, lo cual se acerca más a la idea de la antijuridicidad. [esta teoría, nace al entorno a que declara culpable al sujeto cuando viola una norma jurídica produciendo un resultado típico sin haber querido esperado aceptado este resultado por esta razón esta teoría no es aceptable en sistema jurídico penal]. 183

182 Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales Derecho Penal. Ed. 45ª México 2004. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 248.

183 Vergara Tejada, José Moisés, Manual de derecho penal parte general. Edición México 2002. Editorial Ángel Editor. Pág. 314-315.

Partiendo de un método inductivo llegamos al deductivo a razón de que las teorías expuestas el investigador Vergara Tejada no tienen mayor relevancia y no son importantes para nuestro sistema jurídico penal a diferencia de las expuestas por el penalista Castellanos Tena que son por las que nos inclinamos.

Nos corresponde estudiar los elementos de la culpa

Encontramos dos elementos principales e importantes que señala el autor Castellanos Tena:

“1.- El actuar voluntario (positivo y negativo)

2.- El actuar voluntario se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; tercero: los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente;

3.- Precisar una relación de causalidad entre el hacer y el no hacer iniciales y el resultado no querido. (si el resultado es querido o aceptado, sea directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, se estará en el caso de la imputación dolosa.)¹⁸⁴

Diversas clases de culpa

Dos son las especies principales de la culpa: consciente, con previsión o con representación e inconsciente sin previsión o sin representación.

La culpa consciente, con previsión o con representación, existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible pero no solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de que no ocurrirá. Hay voluntariedad de la

conducta causal y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere, se tiene la esperanza de su no producción.

184 Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales Derecho Penal. Ed. 45ª México 2004. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 249.

La culpa inconsciente sin previsión o sin representación, se da cuando no se prevé el resultado previsible (penalmente tipificado). Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible.

Consciente (con previsión o ----- CULPA ----- Con representación)	Inconsciente (sin previsión o sin representación)
V	V
El agente prevé el posi- posible resultado el re penalmente tipifi- de cado, pero no lo- quiere; abriga la haber esperanza de --- De que no se producirá	El agente no prevé la bilidad de que emerja sultado típico, a pesar ser previsible. No prevé lo que debió previstó.

6.- Condicionalidad objetiva

En cuanto a las condiciones objetivas de punibilidad el jurista Ignacio Villalobos menciona “ Esencia es necesidad; es no poder faltar en un sólo individuo de la especie sin que éste deje de pertenecer a ella; por lo mismo, tener como esenciales estas condiciones de ocasión, que con más frecuencia faltan que concurren en los delitos, sólo se explica como efecto de un perjuicio arraigado”.¹⁸⁵

El investigador maestro Vergara Tejada, menciona “ Cuando hablamos de requerimiento de ciertos requisitos subjetivos o adjetivos para que la punibilidad se concretice, nos referimos a las llamadas “ condiciones objetivas de la punibilidad”, esto es, la necesidad de que se objetivicen ciertas hipótesis para que la pena pueda ser aplicada.”¹⁸⁶

¹⁸⁵ Opcit Pág. 206.

¹⁸⁶ Vergara Tejada, José Moisés, Manual de Derecho penal Parte General, Ed. 1ª 2002 México. Edt. Ángel Editor. Pág. 367.

El penalista Castellanos Tena, expresa “ Las condiciones objetivas de la punibilidad, es cuando concurren los factores del delito; por ello suele afirmarse que no guardan entre sí prioridad temporal, pues no aparece primero la conducta, luego tipicidad, después la antijuricidad, etc., sino que al realizarse el delito se dan todos elementos constitutivos.”¹⁸⁷

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XXI, Junio de 2005

Tesis: II.2o.P.170 P

Página: 881

USO DE DOCUMENTO FALSO. EL HECHO DE QUE ESTE DELITO NO CONTenga EN FORMA EXPRESA CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD, NO SIGNIFICA QUE LA AFECTACIÓN A TERCEROS Y AL PROPIO BIEN JURÍDICO NO SE PREVEA IMPLÍCITA EN LA PROPIA CONDUCTA, YA QUE LA NATURALEZA DEL TIPO PRESUPONE EL USO CONSCIENTE DE UN DOCUMENTO APÓCRIFO. Las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, establecidas en el numeral 245 del Código Penal Federal se traducen en condicionantes reveladoras de la trascendencia social y criminológica del acto mismo de la falsificación, entendida como la conducta que produce y aporta al mundo fáctico un documento apócrifo, lo cual es razonable desde la lógica más elemental, en virtud de que su existencia perse, sobre todo tratándose de documentos privados, no necesariamente conduce a establecer una afectación real o

potencial al bien jurídico tutelado, sino sólo cuando con esa elaboración o acto material de alteración y falsificación concurren además: a) El propósito de sacar algún provecho para sí o para otro, o causar un perjuicio; b) La potencialidad de resultar perjuicio en contra de terceros; y c) La falsificación sin el consentimiento del tercero potencialmente afectado. Sin embargo, la diversa conducta de hacer uso del documento falso, a sabiendas de ello, presupone y lleva implícita la presencia de esas circunstancias reveladoras de una trascendencia social por la evidente puesta en peligro del bien jurídico tutelado, que lo es la certeza y veracidad que corresponde

187 Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho penal, Ed. 45ª México 2004. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 132.

a la expedición de documentos, de modo que, resulta obvio que todo aquel que use un documento a sabiendas de su falsedad o de su carácter apócrifo, denota la intención de obtener algún tipo de beneficio y la potencial transgresión, por razón del estado de peligro que produce, al bien jurídico. Por tanto, el hecho de que en forma expresa (expressis verbis) no se contenga en la descripción típica de referencia, la exigencia adicional de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, no significa que esa afectación potencial a terceros y al propio bien jurídico no se prevea implícita en la propia conducta que constituye el núcleo del tipo, ello en función precisamente de la naturaleza de dicha descripción típica que presupone el uso consciente de un documento apócrifo, de manera que también se presuponen las peculiaridades de dicha falsificación.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 575/2004. 28 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Jorge Hernández Ortega.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo IV, Segunda Parte-1, julio a diciembre de 1989, página 570, tesis de rubro: "USO DE DOCUMENTO FALSO, DELITO DE. SU COMPROBACIÓN NO REQUIERE DE LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 245 DEL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL."

De esta forma y conforme a la conceptualización anterior las condiciones objetivas son aquellas situaciones o previsiones jurídicas que entorno al sujeto se pueda aplicar la pena u obstaculizar para que la punibilidad desaparezca.

Asimismo las condiciones objetivas como el mismo nombre lo dice son condiciones que de acuerdo a la conducta que realice el sujeto son calificadas para que se puede dar la aplicación de la punibilidad.

De lo anterior se desprende que las condiciones objetivas tienen dos tipo de situaciones que son necesarias para que pueda darse la punibilidad es decir para que la pena pueda aplicarse son:

Condiciones Subjetivas.- como menciona el maestro Vergara Tejada “ puede ser aquella situación o previsión jurídica que debe rodear el agente para poder aplicarle la pena o evitar que la punibilidad desaparezca.[así el maestro Vergara Tejada, señala otro tipo de condición siendo].

Condición adjetiva, es aquella de procedibilidad, esto es aquel acto procesal necesario para que la punibilidad se vea concretizada”.¹⁸⁸

De lo anterior expuesto tanto las condiciones subjetivas como adjetivas son requisitos indispensables para que la punibilidad pueda darse punto de estudio a continuación.

7.- Punibilidad

El punto a tratar es muy complicado y es necesario explicar en que consiste. La sanción, pena, coacción.

SANCIÓN

Todas las concepciones jurídicas se refieren a la sanción como un elemento del derecho o la norma jurídica, sólo que unas le dan un papel y lugar preponderante y otras accidental o atributivo.

De acuerdo con el Diccionario de la real academia Española, esta palabra quiere decir:

“1. Estatuto o Ley. 2. Acto solemne por el que el jefe del estado confirma una ley o un Estatuto. 3. Pena que la ley establece para el que la integre. 4. Mal dinamado de una culpa o yerro y que es como su castigo o pena. 5. Autorización o aprobación que se da cualquier acto uso o costumbre”.

188 Vergara Tejada, José Moisés, Derecho penal Parte General, Ed. 1ª 2002. Edt. Ángel Editor. Pág. 366-367.

La sanción vive en el derecho a través de las diferentes ramas del derecho, hay sanciones penales, constitucionales, civiles, administrativas, urbanas, mercantiles, económicas.

El autor Hans Kelsen indica ” El marco de un derecho nacional la sanción es la irrogación de un mal o la privación (por la fuerza si es necesario) de un bien, (la vida, la libertad, la propiedad, los derechos civiles y políticos). 189

El ilustre investigador Ovilla Mandujano, señala “La sanción es una técnica de control social; se usa para motivar conductas sociales, (individuales o colectivas), su reglamentación y empleo está reservado a un monopolio de la clase social (la dominante históricamente) dentro de una comunidad económica, política y concreta”.190

Por su parte el estudioso del derecho García Maynez señala “ la sanción se clasifica en:

1.- Cumplimiento forzoso, consiste en exigir a través de una sentencia, la obligación jurídica que no fue cumplida por el sujeto obligado; es decir, hay que

entregar la cosa o la cantidad debida u ofrecida, hay que cumplir con el servicio que se hubiese prometido.

2.- La indemnización, es una sanción equivalente. En ocasiones no coincide el contenido de la sanción con el cumplimiento de la obligación jurídica por las razones que se quieran y es el momento en que aparece la indemnización como pago de daños y perjuicios.

En el Código Civil para el Distrito Federal en sus artículos 2108 y 2109, señala se entiende por daño:

¹⁸⁹ Hans Kelsen, Teoría General del Estado, Traducción Luis Legaz y Lacambra, México, 1965, Editora Nacional. pp. 58 y 59.

¹⁹⁰ Ovilla Mandujano, Manuel, Teoría del Derecho. Ed. 7ª junio 1990, Editorial Duero S.A de C.V. Pág. 101.

“ La pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación .

Por perjuicio:

La privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación”.

3.- El castigo, es una sanción finalista, pues produce un sufrimiento en el sujeto que realizó lo prohibido o faltó a lo estipulado como obligatorio.

De estas formas simples, al congregarlas se saca la fórmula compleja de la sanción.

- 1.- Cumplimiento forzoso más indemnización;
- 2.- Cumplimiento forzoso más castigo;
- 3.- Indemnización más castigo, y
- 4.- Cumplimiento forzoso, más indemnización, más castigo”. ”¹⁹¹

Nota: no deben confundirse con la acumulación de la penas que es totalmente distinto.

Ejemplo de las anteriores conjugaciones:

1.- Cuando un trabajador despedido sin causa justificada, demanda su reinstalación y el pago de los salarios caídos. En caso de que los Tribunales de Trabajo le dan la razón, el cumplimiento forzoso será la reinstalación y la indemnización el pago de los salarios no cubiertos a partir de la fecha del despedido hasta el laudo.

¹⁹¹ García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, Edt. Porrúa S.A de C.V. pp. 289.

2.- Cumplimiento forzoso y castigo. Cuando al celebrarse algún contrato se estipulan ciertas prestaciones en dinero como pena y al acreedor tiene derecho a exigir al deudor el cumplimiento y el pago de la pena convencional.

3.- Indemnización y Castigo. En el caso de robo, se obliga al que roba a reparar el daño causado o devolver la parte de lo robado y a purgar determinada condena de privación de la libertad y algunos casos hasta multa. (esta es de materia penal)

4.- Cumplimiento forzoso, indemnización y castigo. Cuando un trabajador a quien lo le han pagado sus salarios en la fecha o en el lugar convenidos, da por rescindido su contrato y exige al patrón el pago de lo que se debe y la indemnización de los meses señalados por el artículo 123 constitucional; el castigo será la rescisión del contrato; la indemnización el pago de los 3 meses y el cumplimiento forzoso la entrega de las cantidades no cubiertas.

Normativamente la sanción es el uso reglamentado de la fuerza.

El estudioso e ilustre investigador del derecho Ramón Capella señala “ lo que caracteriza a las sanciones legales es estar prescritas por una norma jurídica. El autor de un homicidio, por ejemplo, puede ser objeto de una sanción moral, si no es insensible y de la reprobación social; también puede ser objeto de la venganza popular o privada; pero ninguno de estos hechos es una sanción legal si no esta prescrito por una norma del cuerpo jurídico. (“lo usual es además, que la sanción legal sean otras”) ¹⁹²

Características de la sanción

Es privación de bienes: libertad, propiedad, vida, expectativas.

Aparece como prevención de no realizar conductas prohibidas.

¹⁹² Capella, Juan Ramón, El Derecho como lenguaje, Pág. 179 y SIG.

Se da como la realización de la prevención, cuando se hace lo prohibido

Tiene como condición la realización del ilícito.

Califica conductas como ilícitas.

Matiza las conductas humanas.

Se dirige siempre contra hombres.

Opera incluso con resistencia por parte del afectado.

Es impuesta para la conservación de un orden de intereses

Establecida en los instrumentos legales y se concreta por medio de Agentes jurídicos competentes.

Es monopolio de fuerza.

De esta forma conforme a lo anterior la sanción legal la que nos interesa es un medio de control de la sociedad por medio de la fuerza. Que también funciona como medio de prevención para no realizar conductas prohibidas.

Dentro de la sanción legal encontramos la coacción.

COACCIÓN

El autor Vallado Berrón, expresa “ la coacción es la ejecución forzada de la sanción, con respeto del realizador del acto anti- jurídico, del autor del supuesto, cuando la misma no se cumple voluntariamente”.¹⁹³

El maestro Ovilla Mandujano señala “ La coacción, si bien es un garante, control; también aparece como una determinada ideología, que se autolegitima como necesaria e indispensable en la convivencia social. La coacción vive 2 discursos a la vez, como expresión de una técnica de control represiva y como un discurso ideológico.

Un sistema político requiere de la coacción a fin de garantizar su funcionamiento y reciclaje; pero el espacio de represión es muy reducido para su

¹⁹³ Vallado Barrón, Fausto, Introducción al estudio del derecho, p. 92.

efectividad, por lo que se hace necesaria la ideología y hacer aparecer a la violencia prescrita o sea a la sanción, como último recurso para garantizar la paz social”.¹⁹⁴

El autor Norberto Bobbio, juspositivista (1980), al acercarse al estudio de la coacción, plantea que sirve para indicar principalmente 4 formas de uso de la fuerza:

“1) El poder de constreñir (con la fuerza) a quienes no hacen lo que deberían de hacer;

2) El poder de impedir (con la fuerza) a quienes hacen lo que no deberían de hacer;

3) El poder de sustituir (con la fuerza) a quienes no han hecho lo que debían de hacer (ejecución forzada);

4) El poder de castigar (con la fuerza) a quienes han hecho lo que no debían de hacer (pena, multa).

La fuerza sirve respecto a las acciones, para producirlas o para sustituirlas; y respecto a las omisiones, para hacerlas observar o para castigar su inobservancia. El derecho –concluye- en cuanto al poder coactivo, que es el objeto de su reglamentación, tiene 4 funciones:

1) determinar las condiciones.

2) Las personas

3) El procedimiento

4) El quantum de fuerza de que puede y debe disponer quien, observando ciertos procedimientos, está encargado de ejercer en determinadas condiciones el poder coactivo en contra de determinadas personas.

¹⁹⁴ Ovilla Mandujano, Manuel, Teoría del Derecho. Ed. 7ª junio 1990, Editorial Duero S.A de C.V. Págs. 100-101.

[Al respecto el autor indica] Decir que el derecho es regla de la fuerza significa en otras palabras decir que el derecho es el conjunto de normas que regulan el cuándo, el quién, el cómo y el cuánto del ejercicio del poder coactivo”.¹⁹⁵

De lo anterior expuesto por los diferentes autores se determina que la coacción, es un medio auxiliar para hacer cumplir ese conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta externa del hombre y que a su vez es impuesta y sancionada por la coacción pública del estado. Es decir la coacción es esa fuerza para poder impedir, sustituir, castigar a quienes hacen lo que no o que deberían de hacer.

PENA

Es importante que estudiemos y analicemos a la pena, puesto que debemos entender que es una consecuencia de la realización del ilícito penal.

Para el investigador en derecho Enrique Ahrens, define “ la pena, en el sentido propio de la palabra no es más que una de las medidas que ha de tomar el Estado en consecuencia de la lesión de un derecho con respecto al mismo delincuente; el establecimiento del Estado de derecho es el fin general de la acción del Estado respecto a una lesión del derecho y el castigo no es más que una parte de esta acción; pero como es la acción principal a la cual se reduce con frecuencia toda la acción del Estado, tomaremos aquí el término de castigo para esta acción general”.¹⁹⁶

El maestro e ilustre investigador Ovilla Mandujano expresa “ la pena se impone porque el ilícito ha sido realizado”¹⁹⁷

¹⁹⁵ Bobbio, Norberto, Contribución a la Teoría del derecho, Traducción de Ernesto Valdés, Bs. As., 1965, EUDEBA, Págs. 341-342.

¹⁹⁶ Ahrens, Enrique, curso de derecho natural, 4ª ed. México, 1876. librería de Aburet p. 194.

¹⁹⁷ Ovilla Mandujano, Manuel, Teoría del Derecho. Ed. 7ª junio 1990, Editorial Duero S.A de C.V. Pág. 102.

El investigador y penalista Castellanos Tena, define “ la pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para garantizar el orden jurídico; es la reacción del poder público frente al delito”. ¹⁹⁸

De lo expuesto, la pena es el castigo que a de aplicarse por haberse realizado alguna conducta ilícita penal, para prevalecer el orden jurídico de una sociedad.

En la legislación penal, las sanciones se expresan a través de la pena las que pueden ser: preventivas, represivas y ambas son formas de castigo que dicta el orden jurídico para proteger sus intereses.

.- Preventivas

-Represivas

De acuerdo con el Código Penal Mexicano las medidas Preventivas son

Las medidas de seguridad

- Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.

-Confinamiento.

-Prohibición de ir a un lugar determinado.

-decomiso y pérdida de instrumentos y objetos relacionados con el delito.

-Amonestación.

-Apercibimiento.

-Caución de no ofender.

-Vigilancia de la autoridad.

-Medidas tutelares para infractores

¹⁹⁸ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho penal, Ed. 45^a México 2004. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 130.

Sólo mencionaremos algunas de ellas

-Confinamiento, consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de ahí.

-decomiso, es un acto que entraña pena accesoria, consistente en la pérdida a favor del Estado, de los instrumentos y efectos que sirvieron para realizar un ilícito.

-Amonestación, es la advertencia que un juez dirige al acusado haciéndole ver las consecuencias del ilícito que cometió; excitándolo a la enmienda y cominándolo a que no reincida ya que la sanción será mayor si lo hace. Este tipo

de sanción también es muy común en la legislación burocrática y se le conoce como el “regaño del jefe” y tiene la misma connotación apuntada.

-Apercibimiento, es la conminación que el juez hace a una persona cuando teme con fundamento que está en disposición de realizar un ilícito, ya sea por amenazas hechas, de que en caso de llevarlo a cabo se le considera como reincidente.

Las medidas Represivas son:

Penas valga la redundancia

-Prisión

-Sanción pecuniaria

-suspensión o Privación de derechos

-Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones y empleos.

-Publicación especial de sentencia .

-suspensión o disolución de sociedades mercantiles.

-Tratamiento en libertad o semi libertad y trabajos a favor de la comunidad.

-Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito

Sólo mencionaremos alguno de ellos:

-Prisión, consiste en la privación de la libertad personal y de movimiento que puede ir no menos de 3 meses ni mayor de 50 años en lugares especiales que se les llama colonias penitenciarias en algunos casos.

-Sanción pecuniaria, es la multa y en algunos casos la reparación del daño.

-suspensión o Privación de derechos, en el caso de ser condenado a prisión comprende los derechos políticos, de tutela, curatela, apoderado, defensor, albacea, perito, depositario, interventor judicial, síndico o interventor en quiebras, árbitro, arbitrador o representante de ausentes.

-Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones y empleos, por autoridad competente con fundamento legal y mediante los procedimientos establecidos es el despido del trabajo.

-Publicación especial de sentencia: consisten la inserción total o parcial de ella en 1 o 2 periódicos que circulan en la localidad o en otras entidades diferentes; el juez escoge los periódicos y resuelve la forma en que debe hacerse la publicación.

Conforme a las explicaciones respecto de sanción, coacción y pena, es necesario analizar el punto de la punibilidad.

La punibilidad, es una situación jurídica en que se encuentra aquel que por haber cometido una infracción penal, se hace merecedor de un castigo.

El penalista e investigador Vergara Tejada menciona “ la punibilidad aparece como una figura al lado de una acción u omisión constitutiva de delito, porque representa “ la amenaza de pena que se le impondrá al autor de esta conducta destructiva”.¹⁹⁹

¹⁹⁹ Vergara Tejada, José Moisés, Derecho penal Parte General, Ed. 1ª 2002. Edt .Ángel Editor. Pág. 364.

El penalista Castellanos Tena define a “ la punibilidad es ingrediente de la norma en razón de la calidad de la conducta, la cual, por su naturaleza típica, antijurídica y culpable, amerita la imposición de la pena”²⁰⁰

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto indica

Novena Época

Instancia: QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVIII, Agosto de 2003

Tesis: XVII.5o. J/4

PENA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA. EL JUZGADOR NO ESTÁ OBLIGADO A COMBINAR EN LAS SENTENCIAS LAS LOCUCIONES "EQUIDISTANTE ENTRE MÍNIMA Y MEDIA" O "EQUIDISTANTE ENTRE MEDIA Y MÁXIMA", U OTRAS SEMEJANTES, PARA MENCIONAR LOS PUNTOS INTERMEDIOS ENTRE EL MÍNIMO Y MÁXIMO DE LA PUNIBILIDAD DEL DELITO QUE CORRESPONDA AL GRADO DE PELIGROSIDAD DEL DELINCUENTE. Para situar el grado de peligrosidad del reo, el juzgador no está obligado a combinar sacramentalmente las locuciones: equidistante entre la mínima y la media o equidistante entre media y máxima, u otras semejantes, para expresar la graduación entre la mínima y máxima de un delito, o los puntos intermedios entre esas categorías pues, de aceptarse, se perdería la claridad que debe revestir toda sentencia y se limitaría la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales; consecuentemente, basta con que el vocablo que emplee el juzgador, por ejemplo, cercana a la mínima, permita determinar en cada caso concreto, a partir del mínimo, medio y máximo, la punibilidad del delito de que se trate, partiendo de los datos objetivos del delito y subjetivos del delincuente que justipreció y la correspondencia entre la pena concretamente impuesta y el grado de peligrosidad (o culpabilidad) del sentenciado.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

200 Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho penal, Ed. 45ª México 2004. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 130.

Amparo directo 606/2002. 31 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Cantú Álvarez, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Martín Ábalos Leos.

Amparo directo 808/2002. 31 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Marco Antonio Rivera Corella. Secretaria: Marely de los Ángeles Castillo Reyes.

Amparo directo 876/2002. 31 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Marco Antonio Rivera Corella. Secretaria: Marely de los Ángeles Castillo Reyes.

Amparo directo 169/2003. 6 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Cantú Álvarez, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Martín Ábalos Leos.

Amparo directo 223/2003. 11 de julio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Ramiro Rodríguez Pérez. Secretario: Martín Ábalos Leos.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XV, mayo de 2002, página 1258, tesis I.7o.P.2 P, de rubro: "PENA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA. PRECISIÓN DEL VOCABLO EMPLEADO PARA DESIGNAR EL GRADO DE CULPABILIDAD, DEBE DETERMINARSE EN CADA CASO CONCRETO."

De lo anterior la punibilidad aparece como una figura al lado de una acción u omisión constitutiva de delito, porque representa” la amenaza de pena que se le impondrá al autor de esa conducta destructiva, por tanto todo ilícito penal para que lo sea, necesariamente debe llevarse aparejada la posibilidad de aplicación de una pena al infractor de la ley penal.

Finalmente la punibilidad es mera amenaza de imponer una pena a quien comete el delito; es pura coerción penal que tiene por objeto la prevención (especial o general) en ánimo de tutelar bienes jurídicos y hacer posible la convivencia social. Pero esa amenaza o coerción, no es propiamente en elemento más del delito, sino la natural consecuencia de él, es por ello que se determina que la punibilidad es consecuencia necesaria de el.

Nuestro siguiente punto a tratar son los elementos negativos del delito, es decir las causas, conductas, formas en las que no se configura el delito.

ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO

no conformar el delito

Falta acción
Ausencia del tipo
Causas de justificación
Causas de inimputabilidad
Causas de inculpabilidad
Falta de Condición objetiva
Excusas absolutorias

El primer elemento negativo del delito es:

1.- Falta de acción, es el elemento negativo del delito denominado acción o conducta desarrollada por el sujeto activo del delito y que constituye un elemento de éste, es decir se contraponen la falta de acción o conducta que no permite, pues, ver desarrollado aquel elemento del delito.

Si la conducta comprende tanto la acción como la omisión, la ausencia o falta de aquélla, abarca la ausencia de acción o de omisión, es decir, el aspecto negativo entraña la actividad y la inactividad no voluntarias.

Ahora dentro del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal , en su artículo 29 fracción I señala “ (Causas de exclusión). El delito se excluye:

I (Ausencia de Conducta). La actividad o la inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente” ²⁰¹

Al respecto el maestro e investigador Castellanos Tena menciona “ Una de las causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada vis absoluta, o fuerza física exterior irresistible. a que se refiere la fracción I del artículo 29 del Nuevo Código Penal. ²⁰²

Ahora tanto los penalistas como la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación a la llamada vis absoluta o fuerza física irresistible mencionan:

Por fuerza física exterior irresistible, nos dice la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la federación, LXXXIV, pp. 175 y 3093, 5ª Época.

“debe entenderse cierta violación hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que este ejecute, irremediablemente, lo que no ha querido ejecutar”.

De acuerdo a la Doctrina y la jurisprudencia, debe entenderse que el sujeto actúo en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando sobre él, se ejerce directamente una fuerza superior a las propias a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es involuntario. Lo que quiere decir, que la integración requiere que la fuerza sea material, física, producida por hechos externos y que quien la sufre no pueda resistirla y sea obligado a ceder ante ella.

Por su parte Porte Petit menciona “ hay fuerza física irresistible, cuando la actividad o inactividad forzadas, no pueden constituir una conducta, por faltar uno de sus elementos: la voluntad. Se ha estimado y con razón, que estos casos el hombre actúa como un instrumento, como actúa la pistola, el puñal, la espada, el mosquete,

201 3 Leyes para el para el Distrito Federal, México 2004. Edt. Siata S.A de C.V. Pág. 113.
202 Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho penal, Ed. 45ª México 2004. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 164.
etc., en la mano del hombre para realizar un delito, y sancionar al individuo cuando actúa por una fuerza física irresistible, es tanto se dice, como sancionar a cualesquiera de los instrumentos de que se valiera el delincuente”.²⁰³

Para el penalista Castellanos Tena la vis absoluta o fuerza física exterior irresistible dice “ es unánime el pensamiento, en el sentido de considerar también como factores eliminatorios de la conducta a la vis maior (fuerza mayor) y a los movimientos reflejos. Operan, porque su presencia demuestra la falta del elemento volitivo, indispensable para la aparición de la conducta que, como hemos dicho, es siempre un comportamiento humano voluntario. Sólo resta añadir que la

vis absoluta y la vis maior difieren por razón de su procedencia; la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza, es decir, es energía humana. Los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios (si el sujeto puede controlarlos o por los menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito)". 204

De esta forma la vis absoluta, es un aspecto negativo de la conducta. Esta involucra una actividad e inactividad voluntarias. De tal manera, que la fuerza física hace que el individuo realice un hacer o un no hacer, que no quería ejecutar.

2.- Atipicidad

Otro elemento negativo del delito es la atipicidad, y se presenta cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal. Ahora ¿que es la atipicidad?.

Para el maestro Castellanos Tena “ La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta es típica, jamás podrá ser delictuosa”.205

203 Candaudap Porte Petit, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho penal, Ed. 15ª México 1993. Edt. Porrúa S.a de C.V. Pág. 323.

204 Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho penal, Ed. 45ª México 2004. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 164.

205 Castellanos Tena, Fernando, Ob. Cit., Pág.175.

Dentro de esta definición que a mi parecer es exacta y perfecta a razón de que a diferencia, de los elementos positivos del delito, la tipicidad es la adecuación de la conducta delictiva al tipo (descripción de la conducta delictiva en la ley) y aquí es la ausencia de la conducta es decir cierta conducta no se adecua encaja se moldea al tipo penal.

Ejemplo: La cópula con persona mayor de dieciocho años, obteniendo su consentimiento mediante engaño; el hecho no es típico por falta de adecuación exacta a la descripción legislativa, en donde se precisa, para configurarse el delito de estupro, que la ofendida sea mayor de doce y menor de dieciocho años.

En nuestro nuevo Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 29 fracción II señala “(Atipicidad). Falta alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate”.²⁰⁶

Las causas de atipicidad se determinan de la siguiente manera:

a) Ausencia de calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activos y pasivo

Ejemplo: Delito de peculado, en el cual el sujeto activo ha de ser el encargado de un servicio público (artículo 273 párrafo primero).

b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico

Ejemplo: Sin la institución o el interés por proteger, no habrá objeto jurídico, como la falta de propiedad o posesión en delitos patrimoniales. Se presenta atipicidad por no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción.

c) Cuando no se dan las referencias temporales o especiales requeridas en el tipo

²⁰⁶ 3 Leyes para el para el Distrito Federal, México 2004. Edt. Siata S.A de C.V. Pàg. 113.

Ejemplo: el delito de robo artículo 224 fracción V del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal que menciona “ en despoblado o lugar solitario.

d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley;

Ejemplo: Sí las hipótesis legal precisa de modalidades específicas estas han de verificarse para la integración del ilícito; es el caso de la violación que se da por medio de la violencia física y moral.

e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y,

Ejemplo: cuando se contienen los elementos subjetivos del injusto; éstos constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persigue. Diversas descripciones delictivas aluden a los conceptos intencionalmente, a sabiendas, con el propósito etc.

f) Por no darse, en su caso, la antijuricidad especial.

Ejemplo: allanamiento de morada artículo 210 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal al señalar que el motivo se efectúe "...sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente..."

3.- Ausencia de antijuricidad

El aspecto negativo del delito en cuanto al elemento de la antijuricidad encontramos a las justificantes como su nombre lo dice, son aquellas causas de justificación de las conductas tipificadas como delitos.

Las causas de justificación deben estar descritas en la propia ley penal, aunque pueden estar descritas en una ley de otra índole.

Decir que una conducta es dañina esta justificada por el legislador significa, que el sujeto que la realizó obro con permiso de la ley o derecho, por lo que cierta conducta delictiva esta tipificada por la ley como delictuosa, jurídicamente no lo es. Es decir tal comportamiento en todo momento ha sido lícito, es decir con derecho, aun cuando sea destructiva de un bien jurídico, y sólo faltará que el juzgador así lo valore y lo decrete.

Las justificantes son igual al autocontrol del orden social.

Al respecto el penalista Vergara Tejada señala “ es el orden social el fundamento de las justificantes; es el interés supremo por el cual el legislador autoriza la destrucción de intereses jurídicos particulares y que por tal motivo, dispensa el castigo al autor de ese hecho dañino”²⁰⁷

Antes de entrar al estudio de las justificantes como ausencia de antijuridicidad

Las justificantes no sólo las encontramos en la ley penal sino en otros ordenamientos jurídicos como (civil, mercantil, agrario) ahora lo que es antijurídico en un ordenamiento no lo puede ser en otro y lo que es lícito tal ordenamiento lo puede ser en otro.

Ejemplo. La alteración o llenado previo de un pagaré para su cobro, previsto como lícito en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, tenemos que esta Ley y la Ley penal pertenecen a un mismo orden jurídico (sistema positivo mexicano), por lo que deducimos que lo lícito en la ley mercantil puede oponerse como lícito en el ordenamiento penal, nunca podrá ser lícito un acto bajo una ley y que el mismo acto sea ilícito bajo otra: o es lícito en ambas, o es ilícito en ellas.

Ahora en nuestro Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, señala en su capítulo V, Causas de Excluyentes del Delito.

²⁰⁷ Vergara Tejada, José Moisés, Derecho penal Parte General, Ed. 1ª 2002. Edt. Ángel Editor. Pág. 188.

En su artículo 29. fracción:

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

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible;

b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.

La justificante antes citada requiere para su realización de tres elementos básicos, existiendo también la excepción a la regla, siendo los elementos:

- .- El consentimiento
- .- El que el bien jurídico afectado sea disponible,
- .- Que exista capacidad jurídica de quien otorga el consentimiento (siendo el titular).

El Consentimiento

.- El consentimiento, la palabra consentimiento provienen del latín consensus, que se refiere a el asentamiento consiente de alguien que jurídicamente tiene esa facultad.

El autor Joaquín Escriche, en su diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, define “ el consentimiento es la adhesión a la voluntad de otro; o el concurso mutuo de la voluntad de las partes sobre un hecho que aprueban con cierto conocimiento”.

El consentimiento se externa para otro y se da entre dos o más voluntades, de tal suerte que ellos “ coincidan” sobre un hecho o un acto

El consentimiento debe existir pero del titular bien jurídico afectado, esto es, sólo del sujeto pasivo de la conducta dañosa, sin que se habla del consentimiento para realizar dicha conducta por parte del sujeto activo. A razón de que el consentimiento del sujeto activo se encuentra incito en la ley, desde luego no afectando a terceros, es decir cuando el propio titular del bien lo destruye, no hay lugar al delito. así el consentimiento es un acuerdo de voluntades que concurren en un hecho y, cuando el sujeto pasivo del delito otorga su voluntad para que el bien jurídico del cual es titular se afecte, no habrá castigo para el activo, surgiendo así la justificante del consentimiento.

En cuanto al momento en que el consentimiento debe darse por parte del sujeto pasivo la ley no señala si es necesario que se otorgue antes, durante, o después de realizada la conducta dañina. Al respecto el penalista Vergara Tejada señala “ Es obvio que por virtud de la naturaleza jurídica del consentimiento, éste necesariamente debe darse, para su validez, antes o durante la comisión de la conducta ilícita, pues, recuérdese que el consentimiento denota “permiso“, “anuencia“, “licencia“, etc., que se otorga al sujeto activo para realizar el hecho sobre el que recae”.²⁰⁸

Así a lo antedicho, tal licencia, permiso, o anuencia, sólo podrá darse antes o durante la realización de la conducta de que se trate, nunca después, por que si se otorga después de realizada la conducta delictuosa, jurídicamente ya no se tendrá como tal, sino como un simple “perdón”del ofendido, que será tácito si dicho ofendido

²⁰⁸ Vergara Tejada, José Moisés, Ob. Cit. Pág. 190.

por el delito no acude a la autoridad a denunciar los hechos delictuosos y será “expreso” cuando una vez integrada la investigación correspondiente, el ofendido “ se desista “ de su acusación, o en palabras de la Ley otorgue el perdón.

El consentimiento tiene dos formas de darse así lo establece el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1803.- “El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos

inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente “.²⁰⁹

El consentimiento tiene condiciones de validez, estas condiciones en las que el sujeto pasivo debe otorgarlas estas deben ser en forma seria, consciente, a verdad sabida, etc., de tal forma que dicho sujeto pueda prever el daño que está consintiendo; así, el engaño, el error, las maquinaciones, la minoría de edad, etc., son circunstancias que afectan a esa capacidad mental del individuo para prever seriamente el perjuicio que consiente, esto es, son vicios que afectan al consentimiento y que, por ende, lo vuelven nulo.

Ejemplo: El masoquista que autoriza a otro a lesionarlo con un látigo mientras se realice el acto sexual y desde luego dentro de los límites necesarios para producirle el placer que solicita (lesiones leves). Pero resulta que el agresor se excede en el castigo permitiendo, rompiéndolo un brazo a dicho sujeto (lesiones graves). En estas condiciones, es indudable que el consentimiento otorgado no era para tanto, y por tanto dicho consentimiento no podrá servirle al agresor como una justificante en relación con el brazo roto.

Otra característica del consentimiento, es que el sujeto pasivo es capaz jurídicamente hablando, y que además pueda disponer del bien jurídico afectado.

Ahora debo advertir que el derecho Penal es autónomo a virtud de que protege innumerables bienes jurídicos que no tutelan otras ramas del derecho,

²⁰⁹ Código Civil para el Distrito Federal. Ed. 63^a . Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág.327.

amparando en casos determinados bienes jurídicos a su vez tutelados por el derecho Civil u otro ordenamiento, dando lugar, a que pueda sostenerse que el derecho penal es esencialmente constitutivo y por excepción sancionador; pero aún aceptando que en algunos casos proteja los mismos bienes que los de otras ramas, el derecho penal, lo hace desde un aspecto diferente a aquéllas, porque no los tutela desde un ángulo particular sino general, habida cuenta que su ámbito es

más amplio, es decir, la protección es en base al interés social, que por otra parte, tiene indudablemente un contenido propio.

De lo anterior, en principio no encontramos en el Código penal la definición sobre la capacidad jurídica y tampoco advertimos que la ley penal señale a los sujetos que considera tienen esa capacidad jurídica, por lo que debemos buscar las respuestas en otro ordenamiento legal que para efectos de la federación y del Distrito Federal, vendría a ser el Código Civil Federal y para los estados sus correspondientes Códigos Civiles.

La palabra “capacidad”, proviene del latín *capacitas*, que significa “aptitud para alguna cosa”.

La doctrina y la jurisprudencia han dicho “ la capacidad es la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o la facultad o posibilidad de que esta persona pueda ejercitar sus derechos o cumplir con sus obligaciones, por sí misma”. Vista desde este punto de vista, la capacidad suele dividirse para su estudio en: capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

La aptitud legal, se da cuando la misma ley reconoce derechos y le impone obligaciones al sujeto de que se trate.

La capacidad de goce, esta consiste, como ya se dijo, en la aptitud legal de ser sujeto de derechos y obligaciones.

Ejemplo: La ley de educación pública le otorga al sujeto el derecho de recibir instrucción escolar gratuita, pero le impone la obligación de aprobar los exámenes si quiere seguir estudiando.

Los sujetos con capacidad de goce son como lo establece artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, menciona “ La capacidad jurídica de las

personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”.

Aclarando que Capacidad de goce es igual a la capacidad jurídica, pues las personas por el sólo hecho de serlo, incluso aquellos que toda vía no nacen pero ya estén concebidos. En esta parte la ley civil coincide con la ley penal, pues mientras el ordenamiento civil tutela los derechos de los aún no nacidos, pero si concebidos, como puede ser el derecho a la vida, está también lo hace cuando penaliza el aborto (artículo 144), como una forma de proteger, pues, el bien jurídico que consideras es la vida y que ya le reconoce como su titular al no nacido pero sí concebido.

En relación a la capacidad del ejercicio, ésta consiste, como también dijimos, en la aptitud del sujeto para ejercitar “por sí mismo” sus derechos o cumplir con sus obligaciones. Los sujetos que deben ejercitar esos derechos son:

El artículo 24 del Código civil para el Distrito Federal establece “ El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la Ley.

De esta forma a lo establecido la ley reconoce la plena capacidad de ejercicio de todas las personas; esto es, que en forma generalizada toda persona tiene la facultad de ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones “por sí mismas” . La ley a su vez otorga excepciones a este tipo de capacidad, entre las cuales podemos citar las incidencias en el artículo 23, complementadas en el artículo 450, ambos del Código Civil Federal, que al respecto dicen.

Artículo 23.- la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones de la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad

de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad
- II. Los mayores de edad que por causas de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

De lo expuesto en los preceptos se advierte, la minoría de edad es aún causa de restricción de la capacidad de ejercicio, aunque ésta no es total, pues al menor de edad emancipado (por virtud del matrimonio) adquiere por ese sólo hecho gran parte de su capacidad de ejercicio, según se indica en los artículos 451, 641 y 643 del Código citado que dicen:

Artículo 451.- los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, tienen incapacidad legal para los actos que se mencionan en el artículo relativo al capítulo I del título Décimo de este libro.

Artículo 643.- El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

- I. de la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.
- II. De un tutor para negocios judiciales.

Así entonces, la capacidad de ejercicio es un atributo que la ley reconoce a todas las personas físicas por el sólo hecho de serlo, con las restricciones que la misma ley otorga y que en ocasiones se ve ampliada en otros ordenamientos

legales que conforman al sistema jurídico, el calificar cuándo hay o no esa capacidad jurídica del sujeto pasivo del delito.

Las personas morales también tienen capacidad de goce y ejercicio que adquieren al momento de constituirse como tales, pero dicha capacidad se ve seriamente restringida atendiendo a su objeto social, como bien se indica en los artículos 26, 27, 28 del Código Civil para el Distrito Federal, que dicen:

Artículo 26.- Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución.

Artículo 27.- las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que la representan, sea por la disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos.

Artículo 28.- las personas morales se regirán por las leyes correspondientes, por su escritura constitutiva y por sus estatutos.

Finalmente las personas físicas y morales extranjeras también tienen en nuestro país capacidad de goce y de ejercicio, aunque éste se ve aún más restringida, según se advierte así en la fracción I del artículo 27 constitucional,

“sólo los mexicanos tienen derecho para adquirir por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirirle dominio de las tierras, aguas y sus acciones, o para obtener concesiones de explotación de minas de aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere aquellos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación de bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y

cincuenta de las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas.

El Estado, de acuerdo con los intereses públicos internos y los principios de reciprocidad, podrá, a juicio de la Secretaria de Relaciones, conceder autorizaciones de los Estados extranjeros para que adquieran, en el lugar permanente de la residencia de los padres federales, la propiedad privada de bienes inmuebles necesarios para el servicio directo de sus embajadas o legaciones.

De lo antedicho se deduce que la capacidad de ejercicio será entonces esa aptitud del sujeto para ejercitar por sí mismo sus derechos y cumplir con sus obligaciones. De este punto partimos para caracterizar el artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, fracción III inciso b) que encierra el requisito de la capacidad jurídica que el titular de un bien jurídico protegido debe tener, para que el consentimiento que otorgue en el sentido de poder destruirlo, sea válido y con ello resulte jurídicamente válida la justificante que nos ocupa.

Para efectos de los actos jurídicos, la capacidad de ejercicio tiene un doble aspecto: capacidad general y capacidad especial;

Capacidad general consiste en la aptitud requerida para la realización de cualquier tipo de acto jurídico.

Ejemplo: alguien que acude al super para comprar sus viveres de subsistencia, y no fue necesario celebrar previamente el acto jurídico para que se lleve a cabo la compraventa, simplemente compra lo que necesita y se va, lo que puede hacer cualquier persona en general.

Capacidad especial, consiste en la aptitud requerida para determinadas personas, para la realización de actos jurídicos específicos.

Ejemplo: Un arrendador que por su naturaleza realiza un acto jurídico de arrendamiento con el arrendatario. En este caso, es claro que no cualquier persona puede realizar válidamente un acto jurídico de esta naturaleza, sino sólo aquel que pueda disponer legalmente del bien arrendado, es decir, sólo puede ejecutar un acto jurídico de arrendamiento, aquel sujeto que reúne la calidad especial que la ley otorga y exige para que dicho acto se realice.

Ahora el artículo 29 del Nuevo Código penal para el Distrito Federal se desprende que, artículo 29 . El delito se excluye cuando: (..) fracción III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos: (..) b) que el titular del bien jurídico, o quien este legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y

De lo anterior se determina que el requisito de la justificante que hemos denominado en esta obra “ el consentimiento del pasivo” consiste en que exista capacidad jurídica del titular para disponer libremente del bien que ha autorizado destruirlo.

Finalmente de todo lo expuesto en cuanto al consentimiento y la capacidad jurídica determino que debe regirse conforme a las diversas leyes que componen nuestro sistema jurídico, y bueno conforme a la materia que encontremos (civil, mercantil, laboral, etc.,). Ahora la capacidad jurídica que nos ocupa es la facultad de ser sujetos de derechos y obligaciones (capacidad de goce) o la facultad de poder ejercitar por sí mismos derechos o cumplir con sus obligaciones (capacidad de ejercicio).

Sin embargo debemos entender que al autorizar la afectación de un bien jurídico protegido, no basta que el sujeto tenga capacidad de goce y capacidad de ejercicio, sino que el titular de ese bien, es decir que la ley no restrinja , por virtud

de algún gravamen recaído sobre tal bien, la disponibilidad del mismo, pues de lo contrario no habrá disponibilidad legal, que es uno de los elementos exigidos por la ley penal para la afectación válida de un bien jurídico protegido, aun cuando sí pueda haber capacidad del sujeto pasivo, caso en el cual no opera la justificante.

De lo anterior es necesario analizar que el bien jurídico protegido afectado por virtud del consentimiento del pasivo sea jurídicamente disponible.

Debemos tomar en cuenta dos cuestiones:

.- la disponibilidad del bien protegido por el titular, es decir que no exista algún gravamen que imposibilite a su titular para disponer de él.

.- la disponibilidad del mismo bien jurídico que otorga el Estado, es decir los derechos de terceros, los que se toman en cuenta para decir que sí un bien jurídico protegido es disponible o indisponible por su titular, sino lo que aquí se mira son los intereses de la sociedad.

El penalista Vergara Tejada señala “Los bienes indisponibles para los particulares son aquellos que tienen una utilidad directa para la sociedad, de tal forma que el particular, aun cuando sea su titular, no puede destruirlos o afectarlos de ningún modo ni en ningún grado, pues en estos casos también estaría afectando a la sociedad.

Ahora en sentido opuesta cuando el bien jurídico de que se trate no sea útil en forma directa para la sociedad, sino que ésta puede desenvolverse normalmente sin ese bien, entonces estaremos frente a un bien jurídico disponible, aún cuando el titular del bien jurídico autorice sea destruido no causa ningún impacto a la colectividad.

Consecuentemente a lo anterior el consentimiento del pasivo no puede excluir a la antijuridicidad, o sea, no puede producir la justificante que lleva el mismo nombre, porque, en los delitos que ofenden directamente a los intereses del Estado (delitos contra la personalidad del Estado, contra la administración pública, contra la administración de justicia, etc.) por que el bien jurídico que se destruye en estos ilícitos, afecta directamente el desenvolvimiento normal de la sociedad.

Otro caso en el que no podemos excluir la antijuridicidad por consentimiento del pasivo es en aquellos delitos en que se ofendan a un número indeterminado de personas (delitos contra fe pública, la seguridad pública, etc.) por que finalmente se afecta a la colectividad.

Otro caso de bien jurídico indisponible los delitos contra la familia, ya que la sociedad está interesada en preservar el núcleo familiar por lo que, en esta perspectiva, cualquier ofensa que se le haga afecta a la misma sociedad.

Ahora de lo anterior ejemplificado debemos saber que los derechos personalísimos (la vida, el honor, la salud, etc.) sobre éstos existen dos corrientes teórico- legales en atención a su valor jurídico y el grado de afectación del bien.

Ejemplo: La vida es un bien indisponible porque anula la presencia de un individuo ante la sociedad.

Otro ejemplo. lesiones cuando son tan graves que impiden que el sujeto pasivo realice óptimamente sus actividades propias de un elemento de la colectividad, se tendrá a la salud del sujeto como un bien jurídico indisponible por que afecta a una colectividad de la sociedad.

La ley no otorga, una exacta división o calificación de los bienes jurídicos disponibles o no disponibles (indisponibles) por los sujetos del delito.

Como ya habíamos mencionado que el consentimiento tiene una excepción.

La excepción del consentimiento se da cuando no se obtenga el consentimiento por imposibilidad de obtenerlo en el momento necesario, y siempre y cuando sea indudable que el titular hubiese actuado en los mismos términos.

Para aclarar esta excepción daremos un ejemplo:

Un automóvil en el que el conductor no es el dueño y traslada a sus compañeros de trabajo a otra dependencia del mismo, pero en el transcurso del camino se queda sin frenos y para salvar a sus compañeros es necesario que frene con motor es decir con velocidad de la máxima a la mínima lo que ocasionará que se dañe la maquina, no avisando al dueño por no estar a su alcance, siendo su decisión hacerlo para poder salvar la vida de sus tripulantes.

En este caso no se pudo pedir la autorización del titular del bien jurídico, por no estar presente y sin embargo se justifica el consentimiento para destruir el bien por que con ello pudo salvar la vida de las personas. Con lo que se tiene como justificante.

Asimismo de lo anterior, digo que la antijuridicidad se excluye (y con ella el delito), cuando se afecte un bien jurídico con el consentimiento del titular otorgue su autorización libre de vicios; que el bien jurídico afectado sea disponible; se exceptúa el caso en que no se obtenga el consentimiento por imposibilidad de obtenerlo en el momento necesario, y siempre y cuando sea indudable que el titular hubiese actuado en los mismos términos.

Otra excluyente de la antijuridicidad la Legítima defensa

Legítima Defensa

La legítima defensa es otra causa de justificación que evita la antijuridicidad y, con ella, la aparición del delito. Esta justificante es una de la más antigua conocida en el mundo del delito, ya que estaba reconocida por la costumbre o el Derecho no escrito como una justificante que impedía castigar al sujeto que la hacía valer, por que es un derecho natural del hombre, que esta unido a un instinto de conservación; de ahí que su conducta en el sentido de defenderse del agresor, siempre se haya consentido por la misma comunidad.

El penalista Cuello Calón señala “es legítima la defensa la necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor”.²¹⁰

Para el autor y penalista Von Liszt. Indica “se legitima la defensa necesaria para repeler [(rechazar, evitar, impedir, o no querer algo)]una agresión actual y contraria al derecho mediante una agresión contra el atacante”.²¹¹

Por su parte el investigador Jiménez de Asúa expresa “ legítima es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios”.²¹²

²¹⁰ Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal, I, Edc. 8ª pág. 341.

²¹¹ Von Liszt, Franz, Tratado de Derecho Penal, T.II, Pág. 332, 2ª edición, Madrid, 1927.

²¹² Jiménez de Asúa, La ley y el Delito, editorial A. Bello, Caracas. Pág. 363.

De las definiciones determino que la legítima defensa nace de una agresión antijurídica y actual o inminente por el agredido o por terceras personas en contra del agresor, sin sobrepasar los medios para la defensa.

Desde la antigüedad ha sido reconocida la legítima defensa inclusive el derecho canónico se ocupó de ella al establecer (todas las leyes y todos los derechos permiten repeler la fuerza con la fuerza).

El penalista Castellanos Tena señala dos posturas:

“La escuela Clásica, la defensa legítima descansa en la necesidad; ante la imposibilidad de que en un momento dado el Estado acuda en auxilio del injustamente atacado, para evitar la consumación de la agresión, es lícito y justo que él se defienda; así, la defensa privada es sustitutiva de la pública.

Según los positivistas, si el agresor muestra su temibilidad al atacar injustamente, resultará lícito cuanto se haga para rechazarlo, por tratarse de un acto de justicia social; el sujeto que se defiende no es peligroso.

Para Hegel, si la agresión injusta es la negación del Derecho, la defensa legítima es la negación de esa negación y, por lo tanto, la afirmación del derecho, siendo su fin la anulación de la injusticia.

Carránca y Trujillo, conciliando diversas opiniones, afirma que la defensa privada se legitima suficientemente, tanto por la necesidad, como por la ausencia de temibilidad en el sujeto, revelada por sus motivos y fin, así como por la imposibilidad en que el Estado se encuentra de acudir en defensa del interés agredido injustamente”.²¹³

De lo anterior expuesto partimos de lo general a lo individual, por la siguiente

²¹³ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho penal, Ed. 45ª México 2004. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 192.

razón el fundamento de la defensa legítima es la preponderancia de intereses, no por considerar de mayor importancia el interés del agredido que el del injusto agresor, sino en virtud de existir para el Estado una preponderancia importante

interés de tener protegidos los derechos y bienes jurídicos integrantes del orden social y con la finalidad de paralizar el ataque del agresor.

De esta forma la finalidad del estado es mantener la disciplina de la sociedad por lo que no debemos concretarnos al hablar de la defensa legítima entre los bienes o intereses individuales sino, sobre el interés público por el orden la seguridad y las garantías, para los derechos de quienes se mantienen dentro de la paz y la disciplina social, puesto que a todos los seres humanos se garantiza la vida y el disfrute de los mismos bienes jurídicos, es decir se debe observar la unión y respeto para los demás y para la comunidad en que viven y no permitir que se destruya el orden y el bien común al amparo de aquellas garantías.

Dando lugar primario al bien social sobre el bien de un particular, en el que el interesado expone al constituirse (convertirse) en agresor. Por lo que el que ejerce la defensa legítima siempre actúa con derecho y no como irracional o un irresponsable, ni como a quien se puede excusar.

Para entrar al estudio de la legítima defensa es necesario señalar que dependiendo de las circunstancias propias en que se cometan los actos agresivos: hay legítima defensa general y privilegiada.

A continuación estudiaremos la legítima defensa general:

LEGÍTIMA DEFENSA EN GENERAL

Legítima Defensa en general el penalista Vergara Tejada señala “ Es la reacción defensiva necesaria y racional que un sujeto despliega contra un agresor que no ha sido provocado, y que sin embargo, amenaza con causar un daño inmediato, sin derecho y actual en los bienes del agredido. La conducta del

defensor, empero, no resulta antijurídica por situarse en la hipótesis permisiva legal".²¹⁴

Del concepto citados la legítima defensa tiene elementos esenciales que son agresión, una defensa y bienes jurídicos en peligro.

1.- La agresión, el autor Vergara Tejada expresa "es aquella conducta atacante de un individuo que no ha sido provocado y sin embargo amenaza con causar en forma injusta, real y actual, un menoscabo los bienes jurídicos protegidos ".²¹⁵

Los elementos esenciales de la agresión son: Que sea una conducta atacante, que dicha conducta no haya sido provocada, que amenace con causar un mal (menoscabo en el bien jurídico protegido) y que tal menoscabo sea injusto real y actual.

.- Que sea una conducta atacante, como ya habíamos planteado en el punto de la conducta que nos referíamos al comportamiento humano, y como vimos los tratadistas se enfocaban a la elección mental que el sujeto tiene antes de actuar en un sentido, es decir el acto desplegado por el sujeto precedido de su voluntad para hacerlo.

Ahora atendiendo la conducta de la persona en la figura dela defensa legítima defensa debe ser siempre " atacante ", esto es, que amanece causar un daño o lesión en intereses protegidos jurídicamente. Por tanto, toda conducta que no pone en peligro el interés jurídico de otro, no puede considerarse como una conducta atacante para efectos de la figura que tratamos.

²¹⁴ Vergara Tejada, José Moisés, Derecho penal Parte General, Ed. 1ª 2002. Edt. Ángel Editor. Pág. 213.

²¹⁵ Vergara Tejada, ob, cit., Pág. 217.

Ejemplo: cuando una persona se encuentra campando en el bosque y al caer la noche decide azar un trozo de carne y se acerca un oso y lo ataca, aquí no podemos hablar de conducta atacante por que los animales no razonan, no reflexionan, ni piensan sino que sólo se mueven por instintos, por lo que falta el razonamiento en el ataque, y no podemos hablar de conducta por que sólo es atribuible a las personas de ahí que no pueda hablarse jamás de legítima defensa cuando no existe la persona atacante.

- Que dicha conducta no haya sido provocada, la conducta debe ser real, actual o inmediata sin derecho y no provocada y el menoscabo sea real actual inminente. (la inmediatez en la agresión, en este caso debe entenderse que un sujeto ha sido provocado por el agredido, cuando éste en forma voluntaria se ha colocado en una situación de peligro inmediato por parte de aquél).

La conducta dentro de la legítima defensa debe ser real es decir cuando se va acometer el hecho punible o injusto, de tal forma que no cabe duda de que así será.

La conducta debe ser actual o inmediata, es decir que sea presente no fuera ni pasada.

La provocación debe ser suficiente y desde luego, anterior a la agresión para efectos de que la legítima defensa pueda ser desvalorada por el Derecho.

La provocación será suficiente cuando es previsible el desencadenamiento de la agresión, sin que para ello deban tomarse en cuenta los caracteres personales- antisociales del autor de la agresión. En este caso aplicaremos la idea de Zafaroni, en su obra Manual de derecho Penal, p. 526. en efecto, si aplicamos aquí la teoría física de que “ a toda acción corresponde una reacción “. Es decir toda provocación situará en peligro de una reacción al sujeto provocador. De lo anterior determinamos que la provocación, pues, se estima suficiente cuando bajo condiciones normales se advierta que el provocado va a responder al acto

provocante, aun cuando exista una mínima posibilidad de que dicho provocado acepte sumisamente la provocación.

Asimismo la provocación como la agresión sólo puede considerarse para efectos de desvalorar la legítima defensa cuando afecta bienes jurídicos palpables en la realidad y no meramente en la idealidad.

La provocación debe ser dolosa si se quiere con ella desvalorar con ella la legítima defensa, pero deberíamos de utilizar la palabra intención ya que el dolo como habíamos dicho cuando hablamos del dolo que se presume el razonamiento sobre el delito que se quiere cometer, lo cual es distinto de la "intención" por que esta supone el querer desarrollar un acto, pero no presume necesariamente que el actor conozca el delito que va a cometer con tal acto.

Ejemplo: si en un partido de fútbol soquer un jugador da un puntapié a un rival y el se voltea queriendo golpearlo, estará el primer jugador legitimado para defenderse sin que su defensa legítima pueda verse desvalorada por el puntapié que le dio, por que no fue con intención como lo golpeó. De esta manera con la norma prevé el dolo en la provocación, o sea, en forma intencional y nunca imprudencial.

Por otra parte se exige que la provocación sea inmediata, el maestro Vergara Tejada indica " La provocación sólo podrá desvalorar la legítima defensa si, además de ser suficiente e intencional en los términos ya dichos, también lo es inmediato o actual, esto es, presente". 216

Ejemplo: El que toma la decisión de robar una casa y va armado entra a la casa, pero el dueño sale opone a su paso con otra arma de fuego decidido a matar si insiste en robar, como el sujeto que va a robar es más rápido en manejo del arma, dispara y logra herirlo con su pistola antes de que el dueño pueda dispararle su arma.

Es claro que el asaltante no podrá alegar que el dueño lo agredió y que por ello se defendió, por que el que lo provocó suficiente, intencional e inmediatamente fue él asaltante, quedando entonces totalmente desvalorada la defensa (porque no puede

²¹⁶ Ibídem, Pág. 226.

haber legítima defensa contra legítima defensa según se ha dicho).

Y por ejemplo: si yo le digo al dueño que mañana le robare los muebles que llegarán de Francia y enojado saca su arma de fuego queriendo disparar, y el supuesto asaltante saca su pistola y lo hiere, en estas circunstancias es obvio que la actuación del supuesto asaltante, no puede constituir una provocación inmediata o presente, simplemente por que el bien jurídico que quería afectar todavía no estaba en la casa y en consecuencia en esos momentos no podía afectar ningún bien. Por que en este caso, la agresión inmediata fue del dueño y el asaltante se defendió legítimamente, sin que la defensa se haya desvalorado con la sola promesa de robarle sus muebles de la casa del dueño.

Bajo este ejemplo, toda provocación que ha pasado o no se ha dado, no puede ser suficiente para restarle mérito a legítima defensa.

Finalmente agrego que si bien la provocación por parte del agredido inhibe a su legítima defensa no pudiendo en consecuencia alegar juridicidad en su actuación defensiva que afecta bienes jurídicos de otro sujeto, dicha provocación sólo podrá desvalorar a la legítima defensa cuando la misma es suficiente, intencional y presente, según las consideraciones que de estas condicionantes jurídicas hemos dado.

Cuando mencionamos que la agresión causará un mal, hablamos de un menoscabo en el bien jurídico protegido por lo que es necesario mencionar la defensa como elemento

Otro elemento de la legítima defensa es la misma defensa:

2.- La legítima defensa estriba, precisamente en la defensa y como ya habíamos dicho en la reacción del agredido ante la acción antijurídica que pone en peligro los bienes jurídicos propios o los de un tercero.

El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, caracteriza a la defensa como en su artículo 29 fracción IV como una repulsión expresando se repela...”, Lo que no es en otra cosa una acción de defensa frente a lo injusto, que también puede ser en sentido positivo o negativo, tal y como sucede con la agresión o la provocación.

Al igual que la agresión, la repulsa en la legítima defensa sólo es válida frente al derecho si llenan los requisitos que la misma ley exige, de tal forma que la afectación de bienes jurídicos del agresor por parte del agredido será permitida o prohibida dependiendo del llenado de tales requisitos.

El mismo ordenamiento antes citado, ordena que en la repulsión del acto antijurídico y agresivo debe existir la necesidad y la proporcionalidad, según lo siguiente::

La necesidad de la defensa, es decir el acto defensivo debe ser necesario, si se quiere sea legítimo, entiéndase por “ necesario ” aquel acto desplegado por el defensor que es indispensable para proteger el bien jurídico puesto en peligro. La defensa siempre debe ser necesaria cuando se trate de proteger bienes jurídicos, puesto que los bienes jurídicos susceptibles de defenderse en los términos de la legítima defensa serán aquellos cuyo menoscabo originado por la agresión injusta se representan en el mundo real, no nada más en el mundo ideal de las personas agredidas.

La racionalidad en la defensa, la reacción en la legítima defensa también debe ser proporcional si se quiere sea legítima, cuando hablamos de proporción o racionalidad en la reacción defensiva, no nos referimos al grado de afectación del bien puesto en peligro en relación con el grado de afectación del bien puesto en peligro en relación con el grado de afectación que la reacción ocasiona en los bienes del agresor , es decir no debemos comparar el daño que se produce a los bienes del sujeto que agrede, con el daño que se intenta producir con la agresión, sino, en todo caso, a los medios empleados para agredir y los empleados para repeler.

En la racionalidad de los medios que se emplean para defenderse el bien jurídico puesto en peligro, debe tomarse en cuenta la disposición que de ellos haga el defensor, si tiene a su alcance varios de ellos y desde luego, el uso que los mismos hagan

De lo anterior se deduce que no es fácil el requisito de la racionalidad exigido por la ley en la legítima defensa si se toma en cuenta que la gran mayoría de las veces el agredido no puede conservar la serenidad y prudencia propia de aquel que no es agredido para decidir atinadamente la ración de la defensa, por lo que cuando se trata de valorar la proporcionalidad en la defensa debe el juzgador situarse con adecuación en esa situación como si fuera el quien se haya ofendido, toda vez que tiene la Facultad de decir (arbitrio), recordando por supuesto que el agredido no lleva la balanza en la mano.

Ejemplo: el niño que con un bat golpea los cristales de mi casa y los rompe, si tomamos en cuenta que es un niño, no podemos también nosotros tomar el bat y golpearlo en la cabeza por que sin duda esta acción representa desproporcionalidad entre la agresión y la repulsión, bastaría quitarnos el cinturón para repeler el ataque del niño.

Del anterior ejemplo la racionalidad en la defensa se traduce en proporcionalidad de los medios empleados en el ataque y la defensa, así como el uso que de tales medios hagan los sujetos que intervengan en la figura de la legítima defensa. Por lo que la racionalidad en la defensa necesaria no depende de los valores puestos en juego, ni del carácter personal de los sujetos que intervengan en el hecho antijurídico, sino siempre de la naturaleza de los medios utilizados para agredir y defender, y del uso que ellos se haga por tales sujetos, y siempre procurando neutralizar el peligro, antes que agredir, a su vez, a manera de venganza, por que cuando eso último ocurre, bien se puede exceder en la defensa, es decir actuar irracionalmente (exceso en la causa como lo manejan varios autores).

La parte final de la defensa legítima son los medios defensivos.

La doctrina los ha denominado ofendículas, que son todos aquellos aparatos, mecánicos, circuitos, etc., que la tecnología ha puesto en manos de los individuos para vigilar, ahuyentar, agredir, matar, etc., de aquellos sujetos que osan atreverse a menoscabar los intereses jurídicos de otros.

Ejemplo: gas lacrimógeno, alarmas, cámaras de video ocultas, carros blindados, seguros para automóvil (bastones, candados, cadenas aseguramiento), alambradas de alto voltaje, de las cuchillas rompe- neumáticos.

Respecto a los medios ofensivos u ofendículas existen diversas corrientes de opinión relativas a su legalidad en relación con los bienes jurídicos que protegen y lesionan cuando son activados.

El maestro Vergara Tejada cita a dos autores expresando su corriente en relación a los medios defensivos ” Bettiol expresa no es lícito predisponer un arma de fuego que se dispara automáticamente al abrir la bóveda. Por su parte Ranieri indica la instalación de medios automáticos violentos que pueden generar hasta la

muerte del agresor, siempre será lícito si visiblemente se colocan advertencias de su existencia". 217

De esta forma se observa de la posición de la doctrina en que unos opinan, analizan como ilícitos los daños causados por los ofendículas, considerando como

punto importante el valor de los bienes que defienden, así pues a mayor valor, mayor será el daño que lícitamente puedan causar, por otro lado otros autores indican que no importa el grado de daño cometido ni el valor social del bien ofendido,

217 Vergara Tejada, José Moisés, Derecho penal Parte General, Ed. 1ª 2002. Edt. Ángel Editor. Pág. 233.

sino lo único que se requiere para que el menoscabo causado por el aparato sea lícito, es que se anuncie visiblemente la existencia del peligro.

Asimismo se tiene que considerar que cada persona tiene un valor estimativo de las cosas, esto a razón de que cada quien tiene especial celo por proteger lo que le pertenece, y que por otro lado el agresor injusto debe atenerse a las consecuencias de su ilícito proceder.

A continuación citare un sencillo ejemplo tomando como punto de partida el valor de las cosas que se pretenden proteger, para la búsqueda racional del medio de protección:

Ejemplo: La colección de figuras de papel no podríamos cuidarla mediante bombas que se activan automáticamente cuando el agresor las robe, sencillamente por que la mayoría de las personas una colección de papel no tiene supremo valor, al lado de una casa de empeño, sin embargo ésta casa de cambio si podría estar protegido por bombas, ¿ pero que si pasa si la casa de empeño esta vacía? Tendríamos que quitar las bombas para hacer justo el ofendícula,

puesto que si no guarda ningún valor no será justo que el ladrón muera si no iba robar nada.

Ahora analizando el ejemplo. Es cierto que para algunas personas una colección de figuras de papel pueda ser más valioso que todo el oro y joyas del mundo guardadas en la casa de empeño.

Del ejemplo anterior no es en sí el valor material de las cosas protegidas con los ofendículas (medios de defensa) lo que hace o no legítimos a éstos, sencillamente porque cada quien tiene un valor estimativo de sus cosas.

Consecuentemente la finalidad de los ofendículas es proteger el bien jurídico de la amenaza del agresor que, como ya se dijo, puede ser de alto o bajo valor social, afectivo, económico, moral., etc., dependiendo siempre de la estima de su propietario.

Por lo que los medios defensivos que se pudieran emplear para la protección de bienes jurídicos siempre serán lícitos sin importar el tipo de bien que se protege mediante este tipo de aparatos que la tecnología y la ciencia nos aportado.

Sin embargo debemos distinguir de lo anterior dos cosas que en la protección de bienes jurídicos no puede actuarse irresponsable o imprudencialmente por el propietario porque entonces sí habría ilicitud en su mal uso.

Ejemplo: es lícito la activación de gas lacrimógeno si se forza violentamente la chapa de la puerta de una casa, pues es obvio que aquel que lo intenta es un sujeto peligroso que sólo así puede neutralizarse. Sin embargo no podrá ser lícito que dicho gas lacrimógeno se active con el sólo hecho de tocar la puerta de acceso de la casa, tomando en cuenta que cualquiera pueda hacerlo sin que ello represente peligrosidad o agresividad del sujeto que intente abrir la puerta.

Del ejemplo. Anterior la legítima defensa sólo existe cuando es necesaria y racional, siendo esto último aquello que es suficiente para neutralizar el peligro a que se someten ilícitamente bienes protegidos, por lo que ante un sujeto extremadamente peligroso que se atreve a violentar la chapa de la puerta, lo que se prevé es que sólo mediante la activación del gas podrá neutralizarse; de ahí la licitud de esta medida. Sin embargo no hay que vista la responsabilidad y prudencia del propietario de la casa, que siempre se aconsejarán poner una advertencia visible en el sentido de que si el ladrón intenta violentar la chapa mencionada, se activará el gas lacrimógeno. Cuando esto ocurre, sin duda alguna el propietario actúa lícitamente y el agresor, y como decía Mariano Jiménez Huerta, “ se mato sólo”.

Finalmente se determina que los ofendículas o medios defensivos son totalmente lícitos sin importar el valor de los bienes que con ellos se protege, y sin importar el daño que puedan ocasionar al agresor, pero siempre y cuando, se tomen las medidas de advertencia necesarias para evitar en lo posible menoscabar bienes jurídicos del agresor en forma irracional; tal y como ocurriría, pues, al estar el dueño presente.

LA LEGÍTIMA DEFENSA PRIVILEGIADA

Para poder entender la legítima defensa privilegiada es necesario señalar que el artículo 29 del Nuevo código penal para el Distrito Federal fracción IV párrafo segundo establece la legítima defensa privilegiada: “Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al 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 encuentre bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión”.

En este precepto legal se advierte la autorización la destrucción de bienes jurídicos del sujeto que intenta penetrar o ya penetró, sin derecho, al hogar del agente defensor o cualquiera de los lugares previstos en dichos apartados; o al llegar a esos lugares el agente defensor ya encuentre al sujeto en circunstancias que revelen la probabilidad de una agresión.

Como la legítima defensa privilegiada no tiene las características de la legítima defensa general, por ello es privilegiada, toda vez que la general se repele una agresión real (no solamente ideal), actual o inmediatamente (presente) y sin derecho (que no la autoriza la ley) encaminada a menoscabar bienes jurídicos protegidos del agredido (la vida, la integridad corporal, la propiedad, etc); la privilegiada se repele aquel sujeto que intenta penetrar o ya penetró también sin derecho a un lugar protegido por la ley, o ya estando dentro de dicho lugar, su comportamiento revela la probabilidad de una agresión en los bienes jurídicos protegidos.

Del anterior párrafo descrito analizaremos:

a) Que el agresor trate de penetrar por cualquier medio y sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, al de sus dependencias o a las de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos de los que exista la misma obligación.

La legítima defensa privilegiada opera de pleno derecho salvo prueba en contrario: De esto tenemos entonces que el sujeto que fue herido al cruzar la puerta de acceso de la casa de su vecino, y el cual fue invitado por éste para que pasará al interior del hogar, siempre tendrá la carga de probar que así fue, pues de lo contrario, la ley presume que entró sin derecho y que, por ende, la repulsión violenta de que fue víctima estuvo justificada por el derecho.

Asimismo la ley dice que la repulsión legitimada puede hacerse sobre aquella persona que “ 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 encuentre bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación”.

En primer término debemos decir que al establecer dicho párrafo “ al lugar en que habite de forma temporal o permanente ”. Se refiere a cualquier lugar donde el sujeto resida, ya sea permanente o transitoriamente, y no nada más en lo personal, si no también su familia, es decir se refiere la ley a todo lugar ocupado por el agente o su familia en carácter de habitación, sea domicilio o sea cualquier otro lugar de habitación transitoria.

Ejemplo. Un cuarto de un hotel, pues no se requiere de acreditamiento de legitimidad de posesión o uso, pues la ley tampoco exige la prueba de que el que repele al intruso esté debidamente legitimado para poseer el lugar donde sucede el hecho ilícito.

La ley habla de dependencias del lugar que habita al que trate de penetrar, pudiendo el agente repeler violentamente al agresor. En este sentido, debemos entender a las dependencias como “ todo lugar, construido o no, colocado al lado del sitio donde esta la habitación como son: los patios, cocheras, jardines, bodegas, etc., que forman parte de la finca se habita y, por tanto, se entiende que hay un peligro para los moradores de la misma.

La ley establece también que puede repelerse violentamente al agresor que intenta penetrar en el lugar que habita la persona o de su familia así como a sus dependencias, por todo aquel agente que tiene la obligación de defender a tales personas. La ley se refiere al decir personas, a todos aquellos sujetos que por cualquier motivo legal están obligados a proteger a otros.

Ejemplo: los guardaespaldas, quienes por disposición de un contrato celebrado entre las partes adquieren la obligación de vigilar y defender la integridad corporal de otra persona. La ley extiende el deber a los familiares del protegido.

Por último la ley se refiere a los lugares donde existan solamente bienes propios o ajenos, de los cuales exista la misma obligación de cuidarlos.

Ejemplo: los depositarios judiciales, los veladores.

La diferencia entre los guardaespaldas y los citados del ejemplo es que el primero adquiere la obligación de cuidar la integridad corporal de una persona y su familia, los segundos deben cuidar bienes aunque pueden ostentar ambas obligaciones al mismo tiempo. Llenando previamente los requisitos establecidos por la ley.

También se habla de penetrar (el paso a través de), por lo que a simple análisis el penetrar se refiere a “ entrar en un lugar o en un sitio “ Pues la ley establece que todo aquel que intente penetrar a uno de los lugares antes dichos sin derecho y por cualquier medio, puede ser repelido violentamente. El término sin derecho significa que no esta autorizado por la ley, es decir que la penetración queda prohibida por la norma jurídica la entrada a un lugar o sitio sin que la propia norma lo autorice.

Cuando se autoriza la penetración o penetración legal hablaríamos de las ordenes de cateo por que existe una autorización previa para poder penetrar al lugar donde se habite. Pero esta la otra cara de la moneda en la que también no existe la autorización legal como es el caso del penetrar a un lugar de trabajo, como los hijos que tienen derecho a la habitación y no requieren de autorización para penetrar a su domicilio, sólo requerirán la aprobación de la persona que legalmente pueda otorgarle para penetrar con derecho a tales lugares, aún cuando exista mucha confianza, amistad, familiaridad, etc., pues estos factores de ninguna manera otorgan por sí mismos jurídicidad a la penetración.

A continuación analizaremos se autoriza violentar los bienes jurídicos de un sujeto cuando es encontrado en alguno de los lugares (los patios, cocheras, jardines, bodegas, etc., antes precisados).

- a) Que se encuentre al sujeto en uno los lugares antes mencionados, en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

Es otra hipótesis de la legítima defensa privilegiada que autoriza violentar los bienes jurídicos de un sujeto cuando es encontrado en alguno de los lugares antes precisados, en forma que denote ánimo de agredir. Desde luego que la estancia del probable agresor en los lugares antes dichos, de igual forma debe ser “ sin derecho” es decir que al encontrarse en ese lugar haya penetrado sin autorización expresa de la norma jurídica o de la persona que debió legalmente dar el permiso.

Ejemplo: la policía que penetra a un domicilio con la orden de cateo expedida por autoridad distinta de la judicial ejerciendo violencia sobre los bienes, será enteramente “ sin derecho “.

Finalmente al referirse en la legítima defensa privilegiada a las circunstancias que revelan la probabilidad de una agresión. Es fácil explicar habiendo ya analizado la agresión y que consiste en una conducta atacante, que dicha conducta no haya sido provocada, que amenace con causar un mal (menoscabo en el bien jurídico protegido) y que tal menoscabo sea injusto real y actual, así como los bienes (hablamos de los disponibles e indisponibles) que son susceptibles de defenderse.

3.- Bienes jurídicos en peligro

Cuando mencionamos bienes jurídicos en peligro, nos debemos referir a bienes tutelados por la legítima defensa en general, y que la ley autoriza al sujeto a defenderlos de la agresión que de ellos hace otro sujeto, puesto que la titularidad de estos bienes puede ser:

- a) Bienes jurídicos propios, menoscabo que se nos presenta en el mundo real
- b) Bienes jurídicos ajenos, el mundo ideal de la persona agredida, es decir cierto sujeto puede defender todos aquellos bienes jurídicos que no le pertenezcan, ya sea que tengan o no tengan dueño, o que se conozca o no se conozca, con tal de que el ataque a ellos sea antijurídico.

Es necesario mencionar que históricamente la legítima defensa nació sólo respecto a los delitos de homicidio y lesiones, por lo que únicamente quedaban tuteladas la vida y la integridad psíquico- física de las personas. Actualmente todos los Códigos conocidos tutelan cualquier bien jurídico. Sólo dio una información breve del bien jurídico ya que más adelante estudiaremos este punto como bien jurídico tutelado en el delito.

Para efectos de la legítima defensa, el bien jurídico, como nos explica el maestro Vergara Tejada “ son todos aquellos reconocidos o tutelados por el derecho a favor de las personas y, aun más, aquellos intereses jurídicos o naturales de los individuos cuya realización no esta prohibida expresamente por una norma jurídica, **entendiéndose entonces permitidos y por ende formantes de la esfera jurídica del individuo**”.²¹⁸

Ejemplo: En los artículo 14 y 16 de nuestra Ley Suprema, se establecen derechos que otorga y reconoce para los gobernados, como son: en el artículo 14, “...nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos...”, artículo 16 Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones...” .

De esta forma se determina que son bienes jurídicos defendibles por medio de la justificante que nos ocupa todos aquellos que las normas jurídicas reconocen expresamente, o que se originan de actos jurídicos típicos o atípicos, con tal que estos últimos no estén prohibidos por las mismas normas, y con tal también, de que el menoscabo que se les pueda ocasionar con el ataque desplegado por otros sujetos, no quede solamente en el mundo ideal o subjetivo del agredido, sino que también se representen en el mundo físico y material.

EL ESTADO DE NECESIDAD

El estado de necesidad es tan antiguo como el hombre mismo, por lo que las sociedades de todos los tiempos establecen en sus diversos regímenes jurídicos a ese estado peligroso como una excluyente del delito.

El estado de necesidad es compuesto de dos palabras latinas “status”, que significa situación o estado, y “necitas”, que se refiere al imperativo con que una causa produce cierto efecto.

²¹⁸ Vergara Tejada, José Moisés, Ob. Cit., Pág. 216

Conjugadas estas palabras en el campo jurídico, tenemos que el estado de necesidad será entonces: “ una situación que engendra una causa, la cual a su vez producirá necesariamente un efecto, desde luego dañino; por tal virtud, la persona que intente evitar este efecto, desde luego dañino, tiene como necesidad atacar la situación que engendra la causa “.

Ejemplo: Aquella persona que la persiguen para lesionarla e irrumpe violentamente a una casa- habitación para protegerse de quien lo quiere agredir, estará actuando en estado de necesidad, por lo que el daño causado a la puerta de la casa, ni el propio allanamiento a la morada, podrá constituir delito alguno, toda vez que su conducta se estima lícita o jurídicamente permitida. Sin embargo, el dueño de la casa no sabe lo que está ocurriendo y pensando que se trata de un ladrón, lo hiere lo mata; en esta situación, uno actúo en estado de necesidad menoscabando bienes jurídicos de otro inocente, pero lo hizo legítimamente, esto

es con el permiso de la ley, y el otro también actuó legítimamente porque se defendió bajo el permiso del derecho y que, si bien no pudo advertir el estado de necesidad del otro, será un error invencible que le traerá la inculpabilidad.

De tal forma que si el herido se defiende racionalmente mata al dueño de la finca, su actuar estará justificado, porque bien se metió a la casa violentamente, esto lo hizo con el permiso de la ley, por lo que su estancia en ese lugar era lícita, o sea, con derecho, y si ya adentro fue agredido por el dueño, la misma ley le otorgó permiso para defenderse menoscabando bienes jurídicos del agresor.

En el estado de necesidad, el agente actúa vulnerando bienes jurídicos protegidos de una persona, que no lo ha agredido, o de un objeto, animal etc., que sí lo ha agredido pero que por el sólo hecho de no prevenir el ataque de una persona, jurídicamente no hay agresión (según dijimos al analizar la figura de la legítima defensa) y por tanto el daño que se le cause no será en legítima defensa, sino por estado de necesidad.

En la legislación penal encontramos En el Nuevo Código penal para el Distrito Federal. En su fracción V “ (estado de necesidad). Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo”.

Esta definición del estado de necesidad ofrece los elementos necesarios para que opere el estado de necesidad siendo los siguientes:

a) La existencia de un peligro real, actual o inminente

- .- Real, lo que ocurre en el mundo material.
- .- Actual, Lo que ocurre en el preciso momento que uno esta hablando o está accionando.

.- Inminente, lo que aseguramos va a ocurrir prontamente.

El peligro en el estado de necesidad debe ser real actual o inminente, es decir como una situación que amenaza de daño a cualquiera de los bienes susceptibles de ser destruidos, es decir el peligro no sólo proviene de una agresión (ataque humano) sino de cualquier otra causa de la naturaleza (animales, objetos, fenómenos climatológicos, etc.). La existencia de un peligro es una verdadera situación o un estado sin importar el tipo de fuerza que lo produjo, a contrario de la legítima defensa, que sólo aparece cuando repele una agresión.

b) La necesidad de obrar en el sentido de salvaguardar bienes jurídicos propios o ajenos.

La necesidad es el impulso irresistible que hace que las causas realicen sin equivocación en cierto sentido, dentro de esto debemos tomar en cuenta el grado de necesidad es decir, a mayor fuerza destructora, mayor peligro y, por ende, mayor grado de necesidad de obrar.

Y a su vez la necesidad de obrar siempre será en el sentido de tratar de salvaguardar los bienes jurídicos en peligro ya sea propios o ajenos.

Los bienes jurídicos defendibles en el estado de necesidad son:

Se comprenden todos los derechos e intereses jurídicos de una persona, tanto en lo relativo a su integridad física como a su personalidad.

c) Que el peligro no haya sido ocasionado dolosamente por el agente

En el estado de necesidad, es necesario el dolo en el actuar del agente para ser imputable por el daño ocasionado cuando actúa queriendo salvaguardar un bien jurídico protegido.

La anulación jurídicamente del estado de necesidad implica que haya una acción dolosa, es decir para que sea punible el daño ocasionado en bienes jurídicos protegidos cuando intente resguardar otros bienes puestos en peligro.

Entonces de lo anterior se desprende que no será punible, todo aquel daño en bienes jurídicos protegidos cuando el agente sólo haya actuado culposamente en la producción del peligro, esto es, cuando por culpa inconsciente (negligencia), o culpa consciente (imprudencia = a descuido), se haya desencadenado el peligro.

Ejemplo: el vigilante de un Zoológico que por imprudencia o negligencia deja abierta la puerta de un makako y por salvar su vida se mete a una casa habitación haciendo el rompimiento de la puerta violentamente para entrar, no será imputable, porque no actuó dolosamente en la producción del peligro. Pero todo lo contrario si yo le abro la puerta para que me produzca un daño y para evitarlo me introduzco a una casa rompiendo violentamente la puerta para protegerme, será punible esta conducta porque actúe dolosamente en la producción del peligro.

d) Que haya proporcionalidad entre el bien jurídico que se trata de proteger y el que se lesiona.

En el estado de necesidad es necesario que la acción lesiva sea proporcional al peligro, es decir que el bien jurídico que se trata de salvar sea proporcional al bien que se lesiona.

El penalista Vergara Tejada señala “En el estado de necesidad la proporcionalidad la ley se refiere a ella como la afectación de un bien menor en ánimo de salvar un bien mayor, o cuando mucho el menoscabo de un bien de igual valor que el que se trata de proteger, lo cual se conoce como la teoría de

discriminación que intenta valorizar los distintos bienes jurídicos de las personas, como ánimo de ilustrar sobre el elemento de la proporcionalidad ”. 219

Sin embargo no ha podido culminar satisfactoriamente a razón de que nadie a demostrado convincentemente que la vida es de mayor valor que la honra sexual de una mujer.

De lo expuesto es difícil valorar con ponderación los bienes jurídicos en juego en el estado de necesidad, habida cuenta del modo, tiempo, lugar y demás circunstancias que rodearon a la situación de peligro.

Sin embargo es un punto importante para mi tesis pues al juez es al que corresponde impartir justicia en nombre de la sociedad, evaluar con especial cultura, moralidad y comprensión, el hecho que produjo el estado de necesidad y con ello el actuar protector de quien dice haya estado en esa situación de estado.

219 *Ibidem*, Pág. 250.

e) Que no sea posible evitar el peligro por un medio menos lesivo. Que el estado de peligro sea inevitable, es decir que el agente no tenía otra opción más que lesionar bienes jurídicos con el fin de proteger otros bienes.

En el estado de necesidad, debe huirse si se tiene esa opción, una exigencia de la ley que se justifica porque en la mayoría de las veces, se vulneran bienes jurídicos de un tercero inocente, no del sujeto o del objeto que produce el peligro, por ello siempre que huyendo o de cualquier otro modo pueda evitarse el menoscabo de bienes jurídicos para proteger otros, el agente deberá hacerlo, si no el daño será punible.

f) No tener el deber legal de afrontar el peligro y sus efectos, “el deber legal para efectos del estado de necesidad, es el comportamiento humano que tiene

como base el derecho positivo, por lo que coerciblemente puede lograrse su cumplimiento.

Consecuentemente el estado de necesidad no puede invocarse por aquel que teniendo el deber legal de afrontar un peligro, destruya bienes jurídicos ajenos intentando aludirlo. Es decir la ley se refiere a las personas que legalmente se encuentran en tal situación de afrontarlo, en función a su capacidad o entrenamiento en los casos que se estima pueden producirlo, y no en otros.

Ejemplo: El médico que en un accidente hay varios heridos su deber legal es auxiliar y atender a los heridos, porque para el caso de no hacerlo su actuar sería imputable.

De lo anterior se determina que el estado de necesidad “ es una situación de amenaza de peligro real, actual o inminente sobre los bienes protegidos por el derecho que no ha sido querida por el agente, más sin embargo no queda otro remedio que afectar bienes protegidos de otro de igual o menor valía para resguardar los puestos en peligro”.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER JURÍDICO O EJERCICIO DE UN DERECHO

El cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho son causas de justificación de aquellas acciones o conductas típicas, y aun cuando constituyan un delito, por el permiso que la ley otorga en su realización desplazan al elemento antijurídico, por lo que tales acciones o conductas no son punibles.

En el artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que dice:

CAPITULO V

CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO

Artículo 29. del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal “(Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

VI (cumplimiento de 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 cumplirlo o ejercerlo;

Cuando la ley habla de deber jurídico en esta excluyente, se refiere al poder o facultad que proviene directa y únicamente de la ley; deber jurídico que emana del acto legislativo así como de cualquier acto de autoridad suficiente para regular la conducta de sus destinatarios en forma general, abstracta e impersonal.

Ejemplo: decreto, circular, reglamento en fin de cualquier acto de autoritario con fuerza legal para obligar, y cuya desobediencia es castigada por el derecho.

Los deberes jurídicos se clasifican en:

.-Públicos, todo aquel deber legal que es encomendado a un funcionario público. Ejemplo: como el actuario ejecutor de un juzgado que arranca la tenencia de un bien a su propietario , por virtud de un embargo legal.

.-Particulares, es aquel deber impuesto por la ley al gobernado su desobediencia es sancionada por la norma jurídica.

Un deber jurídico generalmente rige el principio del interés preponderante, es decir la elección y protección de un bien jurídico de mayor valor, aun ante la destrucción de otro bien de menor jerarquía.

El obrar en cumplimiento de un deber jurídico, es la orden que la sociedad emite para lesionar bienes jurídicos en protección de otros de mayor valía, no quedando otro remedio al sujeto que cumplir con esa orden legal, su pena a de ser sancionado por incumplimiento.

Ejemplo: la celebración de compraventa de una casa.

EJERCICIO DE UN DERECHO

Artículo 29. del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal “(Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

El ejercicio de un derecho tutela como realizable toda conducta que no está legalmente prohibida, entendiéndose por tanto permitida, lo cual en sí mismo encierra un derecho ejercitable por el sujeto, y que le da potestad para lesionarlo o poner en peligro cualquier otro bien jurídico protegido de igual o menor valía que el que se intenta salvaguardar.

De esta forma el ejercicio de un derecho, es la autorización de la ley para lesionar bienes jurídicos protegidos en ánimo de permitir el desarrollo de una conducta prohibida, con tal de que el bien afectado, sea de igual o menor valor que el derecho puesto en ejercicio.

Ejemplo: si alguien mata a un familiar muy querido, no podré matarlo para hacer justicia puesto que la ley suprema establece en su artículo 17 párrafo primero. “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho ”.

Con este pequeño ejemplo. Demostramos que sólo podemos realizar lo que la ley autoriza, para poder lesionar bienes jurídicos protegidos de otro, teniendo dicho bien un valor igual o mayor y cuya desobediencia es castigada por la ley.

LA INIMPUTABILIDAD

Artículo 29. del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal “(Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

VII (inimputabilidad 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 el 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 encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este código.

Del párrafo señalado por la ley se determina que la inimputabilidad, es la falta imputabilidad, es decir la carencia de la capacidad psíquica necesaria para entender lo debido o indebido de un hecho y abstenerse de realizarlo.

Si recordamos cuando estudiamos la imputabilidad, los elementos de esta figura son dos: el primero, una capacidad psíquica (para entender lo debido o lo indebido de un acto a un hecho), y el segundo, una capacidad psíquica para decidirse a realizarlo.

De lo anterior se deduce que la inimputabilidad exclusivamente no tiene que darse estas dos formas es decir, el sujeto que ha de realizar cierto delito entenderá lo antijurídico del hecho, pero le falta la capacidad para no decidirse a realizarlo. En este caso aparece uno de los elementos de la imputabilidad y por ende, habrá inimputabilidad.

Ejemplo: Aquel que le da miedo que la olla express se encuentre en el fuego a altas temperatura, puede inmediatamente alterarse su conciencia y salir corriendo atropellando a una persona y causándole lesiones. En este el sujeto es inimputable porque a pesar de que tiene capacidad psíquica para entender lo antijurídico del hecho, no tuvo en cambio esa capacidad para conducirse de acuerdo a esa comprensión.

En este ejemplo falta uno de los elementos de la imputabilidad la capacidad psíquica para decidirse a realizarlo y, por ende, habrá inimputabilidad, produciendo falta de culpabilidad y con ello se excluye al delito. O por lo contrario el sujeto se decide a realizar un acto que a luz del derecho es antijurídico, pero el sujeto no entiende esta forma por falta de capacidad mental, en situación falta el primer elemento de la imputabilidad y dicha conducta será inimputable.

En la inimputabilidad lo que se advierte es la falta de capacidad psíquica para entender y querer el hecho que a la luz resulta antijurídica. Pero esa falta de capacidad debe ser total, y en todo caso debe estar encaminada a la conciencia de delinquir, no a otras situaciones o cosas.

Algo muy importante la diferencia entre la falta total de capacidad psíquica y falta total de conciencia.

En la falta total de capacidad psíquica, el sujeto tiene un mínimo de conciencia que le indica externar sus ideas, pensamientos, aun cuando sufre alteraciones como en la situación de los “locos” .

En la falta total de conciencia, el sujeto no tiene poder psíquico, esta inconsciente, y al tener algún movimiento externo, no es producto de un estado psíquico, sino de un impulso nervioso descontrolado lo cual produce no inimputabilidad, si no falta de conducta por lo que se excluye al delito por falta de este elemento.

En la inimputabilidad se origina de un mínimo de conciencia, que da como resultado un mínimo de capacidad psíquica, y esté mínimo de capacidad psíquica no alcanza para entender y querer el hecho ilícito entonces existe la inimputabilidad.

LA INIMPUTABILIDAD LEGAL

La inimputabilidad legal es la que nos interesa más afondo después de haber analizado sus elementos integrantes de la misma con base a la imputabilidad, es importante analizar la inimputabilidad legal.

Es importante citar de nuevo al precepto legal invocado respecto a la inimputabilidad que a letra expresa:

Artículo 29. del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal “(Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

VII (inimputabilidad 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 el 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 encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código.

Del precepto legal citado se desprende que la ley penal prevé la inimputabilidad surgiendo de dos situaciones de incapacidad psíquica: padecer

trastorno mental o desarrollo intelectual retardado. Es decir se estima en el dispositivo invocado que estas son las dos situaciones que producen una incapacidad psíquica para entender o querer el hecho antijurídico. Así de esta forma se puede decir que las causas de inimputabilidad legal se pueden encontrar en cualquier disposición normativa perteneciente a nuestro sistema positivo, entendiendo que las causas de inimputabilidad para entender y querer el ilícito no sólo serán por incapacidad psíquica sino por otras consideraciones ajenas.

La inimputabilidad legal de acuerdo a su génesis se divide en dos: causas generales y especiales.

Inimputabilidad legal con causa general, nos referimos a las dos situaciones que son padecer el sujeto trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.

Ahora en forma clara nos referimos a la situación de padecer trastorno mental

Para poder entender mejor esta situación es necesario explicar que es padecer.

Padecer significa “sentir física y corporalmente una enfermedad”.²²⁰

²²⁰ Diccionario de la Universidad Nacional Autónoma de México (p. 1651, del tomo I-0).

Siempre es necesario mencionar el significado de padecer para poder explicar el trastorno mental ya que sin dicho concepto nos sería muy vago saber que es trastorno mental dentro de la inimputabilidad mental.

Dentro del concepto padecer encontraríamos aquellos padecimientos psíquicos de tipo morbooso o sea enfermedades de diferente origen que en forma permanente o crónica mantienen alterada la mente.

La palabra padecer, para la inimputabilidad legal general es una forma en que la propia ley puede referirse a cualquier estado psicológico (permanente,

crónico o transitorio) que tenga como efecto inmediato la pérdida de la capacidad psicológica para entender o querer el delito al momento en que sucede.

En la ley no hay disposición especial alguna que comprenda expresamente la alteración mental transitoria, que consiste en la perturbación de las facultades psíquicas. Sin embargo, tampoco podemos excluir a está del padecimiento a que se refiere en forma general la propia ley.

El artículo 29 del Nuevo código penal para el Distrito Federal en su fracción VII, cuando, no sólo se refiere a enfermedades que por diversas causas (congénita, traumatológica, psicológica, etc.) puede sufrir conocidamente el sujeto activo del delito, sino que también conoce comprende los casos en que en forma repentina, esto es, no previsible, el sujeto se alteró en sus facultades mentales (incluyendo en ello hasta el miedo grave), de tal manera que transitoriamente pierde su capacidad psicológica para entender y /o querer el delito.

Es cierto también que dicho precepto que se analiza exige que la falta de capacidad psíquica para entender y querer el delito, debe existir “ al momento de realizar el hecho típico no antes ni después en tal virtud nadie puede alegar inimputabilidad si a la precisa hora de cometer el delito tenia esa capacidad psicológica (aunque fuera disminuida)por muy enfermo mental o estado transitorio de alteración mental que presentare, si el sujeto tenía un poder pasíquico para entender y querer el hecho delictuoso a la hora de su realización, será imputable para efectos de la ley.

Ejemplo: aquel sujeto que priva de la vida a otro no podrá alegar que lo mato en estado incapacidad psicológica, toda vez que si lo hace estará desmostrando que no lo estaba, porque no se acuerda.

Para entender más claro este precepto mencionaremos aquellos sujetos ebrios fármaco dependientes que teniendo plena capacidad psicológica se

embriagan o se drogan y en este estado cometen el hecho ilícito, la ley no les reconoce inimputabilidad sencillamente porque se colocaron dolosa o culposamente en ese estado, por lo que en todo caso responderán del resultado típico de su acción.

Sin embargo hay que observar de lo anterior la previsibilidad alude la ley cuando declara imputables a los que dolosa o culposamente provocaron su incapacidad psíquica (acción libre en su causa).

Ahora al mencionar la previsibilidad, en estos casos debe entenderse como: lo indudable de un hecho relativo a la personalidad del agente, de tal forma que éste bien puede, en conocimiento de su propio temperamento, anticiparse al acontecimiento a futuro.

Ejemplo: aquel que se embriaga y se convierte en una persona brutal, pero pudo prever ese comportamiento y abstenerse de beber, si aún así lo hace debe responder del hecho ilícito que cometió, no pudiendo alegar inimputabilidad por incapacidad psicológica a la hora de la comisión del hecho antijurídico.

Otro ejemplo aquellas personas que concientes son personas aptas y sabiendo de antemano porque se conocen y que al momento de tomar se transforman y son la persona más dócil de los humanos. Y en este caso la mayoría de las personas optan por irse a dormir.

Finalmente toda alteración de las facultades mentales producida por una enfermedad física, biológica, psicológica, fisiológica, etc., (alteración morbosa) cuyo resultado sea la pérdida de capacidad psicológica para entender y/o querer el hecho ilícito cometido a la hora de su comisión será causa de inimputabilidad.

Ejemplo: Olvido mental igualmente lo serán las circunstancias que sin representar una verdadera enfermedad siendo también de esta causa las

circunstancias que sin ser producto de una enfermedad o repentina e imprevisible y por corto tiempo (transitoriamente) producen en el sujeto esa incapacidad al momento del hecho típico.

Ahora un breve antecedente sobre el desarrollo intelectual retardado,

El maestro Vergara Tejada, señala “ el desarrollo intelectual retardado, es una especie de alteración mental morbosa [que provoca reacciones mentales malsanas, diccionario academia básico escolar, editorial Fernández Pág. 89] porque la incapacidad psicológica del agente para entender y/o querer el hecho antijurídico que comete proviene de una enfermedad.

El legislador cuando utiliza la disyuntiva “o” la alteración mental del desarrollo intelectual retardado. Es por evitar la posibilidad de que el desarrollo rezagado de la intelectualidad no se viera como una alteración mental que inhibe al sujeto de entender y querer el echo ilícito y con ello la injusta posibilidad de declarar imputables al retardado mental, por lo que ninguna relevancia debe tener en el ámbito de la imputabilidad, ya que la finalidad de la imputabilidad legal general es saber si a la hora del hecho ilícito el agente tenía o no capacidad psíquica, para saber si es imputable o inimputable.

Siendo ya materia de probanza determinar si se encuentra en la situación de incapacidad mental, corresponderá a los peritos explicar las causas de incapacidad psicológica del sujeto examinado y al juez valorar sus elementos.

Ejemplo: de desarrollo intelectual retardado la sordomudez, pues existe la carencia de oír y hablar, limitan al sujeto desde el nacimiento o infancia, de entender y/o querer el delito que dicho retardo intelectual, ya que los datos culturales que el ser humano adquiere y que lo hacen capaz de entender el mal y el bien son esas dos herramientas el hablar y oír, entonces cuando no tenemos dichas herramientas es muy difícil saber lo que se debe o no hacer.

Otro ejemplo: la vejez otra circunstancia que inhibe al sujeto de entender y querer el delito porque se ha perdido en muchas ocasiones la memoria y con ello la capacidad psicológica, desde luego siempre hay que analizar la capacidad psíquica del sujeto.

De lo anterior se determina que siendo sordomudo o anciano se debe declarar, su incapacidad y así la inimputabilidad, pues la ley no hace referencia a estas causas, sino que requiere la prueba de que estos sujetos son incapaces psicológicos para entender y querer el delito aun bajo cualquier padecimiento que presenten.

LA INIMPUATBILIDAD ESPECIAL

En causa especial hay casos en los que habrá capacidad psicológica en el sujeto. Sin embargo la ley considera que no la hay. Tal es el caso de los menores de edad, en los que pueden presentar capacidad psicológica para entender y querer el delito, la ley considera que no la tienen y entonces los exonera de pena.

Los menores de 18 años sólo pueden ser sometidos a los diversos consejos para menores, previó análisis de la conducta típica penal de que se trate por lo que los Tribunales no tienen facultad jurisdiccional para juzgar a estos individuos.

La ley considera que las facultades psíquicas normales del menor no están óptimamente desarrolladas para ese cabal entendimiento y por ende, lo declara inimputable de pleno derecho sin importar si hay esa capacidad psicológica.

Ejemplo: La ley de los menores infractores correspondientes niega imputabilidad a los menores infractores correspondiente niega imputabilidad a los menores de 18 años en cualquier estado civil que se sitúa al momento de realizar la conducta típica y antijurídica.

Ahora finalmente de manera breve se analizará la imputabilidad disminuida que establece el precepto invocado

Artículo 29. del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal "(Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

VII (inimputabilidad 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 el 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 encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este código.

Es importante señalar lo que establece el artículo 65 del mismo ordenamiento

Artículo 65. Tratamiento para imputables disminuidos). Si la capacidad del autor sólo se encuentra considerablemente disminuida, por desarrollo intelectual retardado o por trastorno mental, a juicio del juzgador se le impondrá de una cuarta parte de la mínima hasta la mitad de la máxima de las penas aplicables para el delito cometido o las medidas de seguridad correspondientes, o bien ambas, tomando en cuenta el grado de inimputabilidad, conforme a un certificado médico apoyado en los dictámenes emitidos por cuando menos dos peritos en la materia.

De estos preceptos se advierte una imputabilidad disminuida y con ello una atenuación de la pena.

Ahora que es la imputabilidad disminuida

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto menciona:

Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo: XI, Enero de 2000; Tesis: III.2º .p.58; Página. 1005.

IMPUTABILIDAD DISMINUIDA. DEBE SANCIONARSE ACORDE A LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 69 BIS DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. La figura de la imputabilidad disminuida que es reconocida por la doctrina, ha sido plasmada en el artículo 69 del código punitivo Federal, y para su aplicación no resulta menester que el activo carezca de la capacidad para comprender lo ilícito de su actuar, sino únicamente que esa capacidad se encuentre disminuida; es decir, que aun cuando pueda percibir la trascendencia social y moral de sus actos, presente un retardo mental que disminuya su capacidad de comprender el carácter de ilicitud del hecho, por lo que no puede ser sancionado de acuerdo a las reglas generales de la imposición de penas, sino que el juzgador debe aplicar las reglas especiales respecto de hasta las dos terceras partes de la pena que en derecho corresponda, tal y como lo establece el citado precepto legal, que a la letra dice: “ Si la capacidad del autor, de comprender en carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que corresponda al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor”. Por tanto, el tribunal responsable al no acatar las reglas del numeral en comento y no sancionar al activo con hasta las dos terceras partes de la pena que le correspondería al antijurídico o la medida de seguridad consigna (artículo 67 del Código penal Federal), o bien ambas, transgrede en perjuicio del quejoso las garantías de legalidad y seguridad jurídica, contenidas en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna.

Segundo tribunal colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito.

Amparo directo 229/99. 12 de agosto de 1999. Unanimidad de votos. Ponente:

Oscar Vázquez Marín. Secretario: Oscar Naranjo ahumada.

De lo anterior se obtiene el concepto de imputabilidad disminuida, siendo un estado intermedio entre la plena imputabilidad y la inimputabilidad por alteración mental o desarrollo intelectual retardado. Es decir que se puede estar entre la plena capacidad psíquica y la nula capacidad psicológica, o sea en un estado suficiente para entender y querer la conducta delictuosa, no lo será en su totalidad a razón de que influyen muchos factores como son: biológicos, psicológicos, traumáticos, fisiológicos., que afecten la psique del individuo.

Finalmente cuando un individuo se encuentra en el estado intermedio de la imputabilidad y la inimputabilidad, porque aun cuando su capacidad psicológica para entender y/o querer el delito se encuentra disminuida, dentro de esa capacidad el sujeto entiende y quiere el delito, lo cual es suficiente para constituir el dolo en su totalidad.

De esta forma lo que sucede es que no hay plena capacidad de entender, ni hay nula capacidad para hacerlo, tomando en cuenta que la imputabilidad se refiere a esa capacidad psicológica y cuando se reduce igual se reduce la capacidad para hacerlo. Entonces se describe la imputabilidad disminuida. No olvidando las acciones libres en su causa, que también operan aquí, luego entonces si la capacidad de entender y/o querer el delito ha disminuido o ha sido provocado voluntariamente por el sujeto a pesar de ser previsible, no habrá imputabilidad disminuida, sino plena imputabilidad

CAUSAS DE INCULPABILIDAD

En relación a esta figura es importante señalar que todos los autores coinciden en la definición o concepto al señalar que la inculpabilidad denota siempre lo opuesto a la culpabilidad.

Por lo que entonces la inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad es decir que el sujeto no es culpable , que es inculpable que no tiene culpa.

Ahora para conceptualizar correctamente a la inculpabilidad es necesario hacer un pequeño recordatorio de la culpabilidad cuando nos referíamos al concepto clásico de la culpabilidad es decir fundamentalmente la relación psicológica entre el actor y el hecho misma que se basa en dos formas “el dolo y la culpa” y que tiene como presupuesto al imputabilidad es por ello que el dolo y la culpa forma parte de la inculpabilidad y con la forma tal fácil de la excluyente de la culpabilidad se puede destruir el dolo la culpa las cuales son el error y la coacción

Artículo 29. del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal “(Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

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

a) alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o.

En este inciso se reconoce como causal de inculpabilidad la ausencia de dolo o culpa (error de tipo).

b) La ilicitud de la conducta ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o del alcance de la misma porque crea que esta justificada su conducta.

En este párrafo encontramos falta de juicio de reproche por no haber actuado el sujeto conforme a la norma jurídica (error de prohibición o causa putativas).

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

Ahora bien lo que nos interesa es saber qué dice la ley respecto de la inculpabilidad.

Por lo que es necesario analizar cada uno de los elementos que integran las causas de inculpabilidad error de tipo y error de prohibición o causa putativas.

Es necesario mencionar a la ignorancia junto al error puesto que son cosas distintas:

Error.- Es la falsa apreciación de realidad.

Ignorancia.- Es la falta de conocimiento.

El maestro Castellanos Tena indica “ Mientras en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad en la ausencia de conocimiento”.²²¹

De esta forma es muy fácil hacer la diferencia entre la ignorancia y el error puesto que el error se conoce pero mal y en la ignorancia no se tiene conocimiento.

Asimismo es necesario mencionar en el punto de estudio que nos ocupa que nuestro Nuevo Código penal para el Distrito Federal. Distingue igualmente el error de la ignorancia. Señala que hay error cuando se tiene un saber equivocado sobre los elementos del tipo, o sobre las circunstancias de hecho denominando al primero error de tipo y al segundo como eximente putativa. De esta manera reconoce que

²²¹ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, Edición 45ª México, Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág.259.

hay ignorancia cuando no se tiene conocimiento de una ley o alcance de la misma, en donde el sujeto viola la norma jurídica, llamando a esto error de prohibición.

Ahora veamos en que consiste el error y la ignorancia como causas exculpantes del delito.

El error se divide en error de tipo y error de prohibición

ERROR DE TIPO (causa de inculpabilidad)

El error de tipo se le conoce también como error de hecho, este a su vez es esencial o inessential:

El error esencial de hecho, este sólo puede excluir a la culpabilidad cuando es invencible.

Ejemplo: cuando cierta persona que trabaja en una constructora le pidió a otra que le guarde material para construir en su casa asegurándole que lo compro porque no cabe en su casa y el sujeto accede, y sin embargo se lo robo, por lo que aquí está cometiendo el delito de (autoría y participación previsto en el artículo 22 del Nuevo código Penal para el Distrito Federal). El que auxilio en guardar las cosas desconoce que sea el delito de autoría y participación. Pero se encuentra en error de tipo o de hecho, al creer que en realidad el que roba el material sólo le pidió un favor para guardar sus cosas, sin que se le pueda exigir otro comportamiento distinto, por que no era exigible que antes de guardar el material en su casa hubiese ido a todas las tiendas que venden material para construcción a cerciorarse de que efectivamente no se había robado dicho material. Y como nadie puede hacer exigencia, entonces no responde del delito, ni por dolo o culpa, entonces no existe culpabilidad puesto que el error es invencible y como resultado habrá inculpabilidad.

Del anterior ejemplo se determina el error esencial de hecho, debe ser invencible, es decir aun cuando el agente se esfuerza por comprender el resultado ilícito del hecho no logra hacerlo. Asimismo para excluir a la culpabilidad el error debe ser esencial e invencible.

La esencialidad valga la redundancia, es cuando el error recae sobre los elementos del tipo. Es decir elementos primordiales que indica la propia ley y no sobre elementos secundarios o inesenciales.

Así del ejemplo anterior los elementos esenciales son:

- a) Dolosamente presten ayuda
- b) Determinen a otro o le presten ayuda o auxilio

Ya que los elementos secundarios o inesenciales serían en este caso son:

- a) Quienes únicamente intervengan en la planeación o preparación
- b) Si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer.

Entonces para que el error sea esencial debe recaer en los elementos esenciales del tipo que en este delito son: el hecho de que sólo le dio el material para guardarlo en su casa y que por lo tanto el material no era robado.

Y como también se habla de la invencibilidad se encuentra en torno a la imposibilidad de superar el error de acuerdo a las circunstancias en que rodean el hecho mismo.

Es decir en ejemplo de la persona que guarda el material no era posible superar el error por que nadie exige que antes del hecho se ponga a investigar si el trabajador de la casa de materiales efectivamente lo compro, máxime que en contrario tenía seguridad de que el material comprado, es claro que el error era invencible, por lo que obro libre de culpa.

Finalmente entonces la figura excluyente de la culpabilidad, de acuerdo a nuestro Nuevo Código penal Para el Distrito Federal, se funda en el error invencible que recae sobre los elementos esenciales del tipo, o del hecho típico y antijurídico.

ERROR DE PROHIBICIÓN O ERROR DE DERECHO

Ahora analizaremos el error de prohibición o error de derecho, es un estado de desconocimiento o de ignorancia, es decir de no saber y lo encontramos regulado en el inciso b) de la fracción VIII del artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

b) La ilicitud de la conducta ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o del alcance de la misma porque crea que esta justificada su conducta.

En este párrafo encontramos falta de juicio de reproche por no haber actuado el sujeto conforme a la norma jurídica (error de prohibición o causa putativas)

Este error estriba en el desconocimiento de la existencia de la ley o el alcance de la misma o sea el sujeto no sabe que su actuar es antijurídico, no tiene ni idea de que su conducta pueda realizar el tipo penal, ni siquiera sabe que existe una ley que prohíbe comportarse de la manera en que lo hace o desconoce el alcance de la misma. Por lo que no habrá dolo pues uno de los elementos del dolo es la conciencia de ilicitud.

LAS JUSTIFICANTES PUTATIVAS O ERRORES DE PERMISIÓN, (otra causa de inculpabilidad).

Dentro del error de prohibición encontramos a las justificantes putativas, que consisten en la suposición errada del autor, en el sentido de que el hecho típico concurre una causa de justificación.

También se les ha denominado errores de permisión, pues el término putativo significa, error, creencia cerrada, suposición incorrecta, etc.

Ahora si se conjuga este término con las causas de justificación la justificación putativa es decir una causa de justificación errónea.

El penalista Vergara Tejada señala “ una justificante putativa, se entenderá que el agente creyó erróneamente que podía actuar lesionando bienes jurídicos, protegidos en forma lícita, por encontrarse dentro del permiso de la ley (por eso el nombre de error de permisión), cuando realmente no lo estaba”. 222

Ahora para que las justificantes putativas se den deben de cumplir con dos requisitos:

- 1.- Que sea un error invencible
- 2.-.Que ese error sea insuperable

Cuando un error es invencible cuando el agente cree que se encuentra actuando dentro de los limites permisivos de la ley.

Cuando es insuperable ese error, cuando que exista imposibilidad del sujeto para salir del error, lo que precisamente hace insuperable el mismo.

Todo lo anterior siendo producto de las circunstancias que rodearon al hecho y que humanamente nadie puede declararlo culpable por el resultado típico producido.

Ejemplo: Aquel que es atacado por otro con balas de salva; el sujeto cree que son balas de verdad y saca su pistola y mata al presunto atacante.

En este caso, real y jurídicamente hay conducta típica y antijurídica, porque se realiza el tipo de homicidio y por que nunca hubo un verdadero ataque que repeler,

222 Vergara Tejada, José Moisés, Derecho penal Parte General, Ed. 1ª 2002. Edt. Ángel Editor. Pág.346.

por tanto se obra fuera de la justificante denominada legítima defensa. Sin embargo, el supuesto atacado creía férreamente que si se encontraba dentro de dicha justificante y por que actuó de la manera en que lo hizo. Se dice que no hay culpabilidad, por que el error en que el sujeto se encontraba desplazada toda exigencia de que hubiese actuado de manera distinta de cómo lo hizo o por que el sujeto no obró con dolo o con culpa, que son las únicas formas de culpabilidad, sino bajo un instinto insuperable de conservación, o simple y sencillamente por que la ley así lo prevé.

Dentro del error de prohibición también encontramos la debida obediencia.

Este tipo de error ya va intrínsecamente en la fracción VIII inciso b) del artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Y este error estriba en la conducta típica y antijurídica realizada por el sujeto en virtud de una orden de un superior a quien le debe obediencia.

Esta figura ya desapareció como figura autónoma del código penal federal para formar parte del error de prohibición en general que ahora aparece en la fracción antes citada, a razón de las reformas efectuadas en enero del 1994. antes del decreto reformativo, en mención dicha disposición, decía “ Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal... VII Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria, ni se prueba que el acusado la conocía.

Puesto que el artículo 29 en su fracción VIII, contiene hipótesis generales de errores de prohibición, por lo que dentro de este error de prohibición puede caber cualquier especie de error de ese género.

Ahora de lo expuesto se debe aclarar que el error de la debida obediencia no ha desaparecido como causa de inculpabilidad específica reglamentada, ya que ahora ha pasado a formar parte como especie de un género reglamentado y por supuesto sin dejar su forma con los elementos que la componen.

Es necesario analizar esta figura, a razón de que en algunos estados esta exculpante sigue siendo una verdadera causa de inculpabilidad.

“Los elementos que la componen:

- a) Que la acción o la omisión se realicen en virtud de una orden de un superior jerárquico.
- b) Que dicha orden se encuentre dentro de la atribuciones legales, tanto del que ordena como del que cumple.
- c) Que sea formalmente válida
- d) Que halla desconocimiento del agente sobre la ilicitud contenida en la orden, y,
- e) Que resulte imposible para el agente cerciorarse de esa ilicitud”.²²³

A continuación haremos el estudio correspondiente a cada uno de ellas

- a) En esta debe haber una orden emitida por un superior jerárquico y dirigida a un subordinado, la debemos encontrar en la ley, aun que como ya se indico en líneas anteriores esta disposición ya desapareció con las reformas del 94, entonces no necesariamente la encontramos en forma expresa o determinada, bastara que sea general e impersonal tal y como se dispone en Nuestro Nuevo código penal para el Distrito Federal.

Esta relación jerárquica debe ser legal, no consensual, acostumbrada, moral, religiosa, es decir no de palabra, no por la forma de convivencia, ni por el que dirán si no hago, o por que nuestra religión así lo indican. A razón de esto cualquier alegato de subordinación no contemplada en la ley, resultará estéril para acreditar el elemento que nos ocupa.

223 Véase lo establecido en el artículo 15 del Código Penal para el Distrito federal de 1993.

b) en este segundo elemento debe haber facultades de quien manda y quien recibe la orden suficientes para ese efecto. Y como estamos hablando de un ordenamiento deben esas facultades deben ser legales, es decir encontrarse en un ordenamiento legal (leyes códigos, reglamentos, decretos, circulares, oficios, etc.). Si el que emite la orden carece de estos elementos, resultará imposibilidad de acreditar esta exculpante.

Ahora en cuanto al mandatario, si este no tiene facultades legales para realizar el acto que se le ordena, su deber es inhibirse de hacerlo, de lo contrario su actuación se verá asistida de culpabilidad.

C) El tercer elemento de la debida obediencia es que la orden sea formalmente válida.

Ejemplo. Así la constitución y la ley indican que toda orden de cateo debe emitirse por un juez y deberá ser escrita como lo indica el artículo 16 párrafo nueve de nuestra Carta Magna “ En toda orden de cateo, que solo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse...”

Así se tiene que son tres las formalidades que deben concurrir en toda orden de cateo, por lo tanto si falta alguna formalidad el agente no tiene la obligación legal de obedecer, si lo hace impedirá que el requisito de formalidad aparezca en la exculpante y así tendremos la culpabilidad en su actuar.

d) En este cuarto elemento debe haber desconocimiento del subordinado sobre la licitud del acto que se le ordena realizar, por lo tanto no se le debe exigir haber actuado en forma distinta de cómo lo hizo.

Como ya se analizó la imposibilidad e insuperabilidad del error ahora no será tan difícil analizar que es de dos maneras en este punto.

- 1.- Que no era notoria la ilicitud contenida en la orden
- 2.- Que si tenía facultades para analizar dicha ilicitud, pero por las circunstancias que rodean al hecho no pudo analizarlas debidamente

Ejemplo. El agente de policía que recibe una orden de su comandante, pero si esa orden es notoriamente ilícita, el subordinado debe abstenerse de ejecutarla.

e) Este quinto elemento las ordenes recibidas por inferior en donde éste tiene facultades para revisar o cerciorarse de la licitud contenida en ellas.

En esta situación hay una regla general que siempre que halla facultades legales de comprobación, el subordinado no haya podido hacerlo así, es tan culpable como el superior que ha emitido dicha orden. Pero suele suceder que después de haber intentado comprobar la ilicitud de la orden recibida, el subordinado no haya podido hacerlo por circunstancias insuperables para él; en este caso, la insuperabilidad del error produce inculpabilidad.

Por último no se debe confundir la debida obediencia con el cumplimiento de un deber. Recordando que el cumplimiento de un deber es una justificante que nace de la misma ley y se dirige directamente al agente. Ejemplo: el juez que emite una orden de aprehensión, el verdugo que cumple con el encargo de decapitar al criminal etc., Y la obediencia, tiene su origen en la ley pero no es esta la que la emite la orden directamente al agente, sino un superior de éste.

Ahora la diferencia que la misma ley da, estriba en la legitimidad de la orden: ya que el cumplimiento de un deber jurídico aparece cuando la orden es legítima, pero hace creer al subordinado que es que es legítima y es adonde aparece la debida obediencia ya no como justificante sino como exculpante.

Ahora se analizará otra causa de inculpabilidad contemplada en el artículo 29 fracción IX.

IX (Inexigibilidad de otra conducta). En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto 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 las fracciones IV, V y VI de este artículo el sujeto se excediere, se estará a lo previsto en el artículo 83 de este Código.

La no exigibilidad de otra conducta, es una causa de inculpabilidad general, que comprende a todos los casos en que no puede haber culpabilidad, es más hasta se prolonga a los casos en que se excluye la antijuricidad. Nos damos mejor idea de esto al transcribir la fracción mencionada.

La no exigibilidad de otra conducta absorbe hasta las justificantes, las excusas absolutorias, las excluyentes de imputabilidad en fin cualquier causa legal o supra legal excluyente del delito, con sólo alegar que no pudimos actuar de manera distinta de cómo lo hicimos.

Las causa de inculpabilidad que se alojan en la fracción IX son el miedo grave y el temor fundado, aunque no se especifiquen debido a las reformas que hubo en enero del 1994. en donde si se especificaba. Y que a la letra decía “ son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal (...) VI. Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado o irresistible de un mal inminente o grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro miedo practicable y menos perjudicial al alcance del agente (el subrayado es nuestro).”

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto opina.

“en la fracción IX se incluye el principio de la exigibilidad de otra conducta, tema que muy discutido en la doctrina, tiene por fin alojamiento en esta fracción. Se observa que se suprimen textualmente los casos de miedo grave o temor fundado y los daños causados por mero accidente que la anterior legislación comprendida.

Así de lo anterior claramente se debe entender que suprimió textualmente de la ley, pero no jurídicamente, estos siguen operando como causas de inculpabilidad, aunque ahora bajo la definición general de estas causas de inculpabilidad, y su eficacia es la misma.

Es necesario analizar estas exculpantes:

Miedo Grave

El miedo grave se ha definido como la “ la amenaza de un mal grave que realmente existe o se finge en la imaginación, impidiendo al agente del delito entender y querer la conducta y su resultado”.

El miedo grave como dice Vergara Tejada, “es una perturbación angustiosa de la psique del individuo producido por “algo”, real o imaginario; un estado de ánimo que disminuye la capacidad de reflexión”.²²⁴

Ahora si el agente se ve amenazado por un mal grave y se altera su conciencia impidiendo entender y querer la conducta típica antijurídica, estaremos ahora frente al miedo grave que es una causa de excluyente de la culpabilidad.

Y si el agente pierde totalmente la conciencia, estaremos aquí en un caso de trastorno mental transitorio que anula el elemento acción o conducta y no habrá culpabilidad.

224 Vergara Tejada, José Moisés, Derecho penal Parte General, Ed. 1ª 2002. Edt. Ángel Editor. Pág. 357 .

Ahora cuando en un mismo hecho y en una misma persona, puede pasar de la normalidad psíquica, a una perturbación no grave de su capacidad de reflexión, en cuyo caso su conducta será típica, antijurídica y culpable, aunque la pena se verá reducida por encontrarse en un estado jurídico de inimputabilidad disminuida, luego si su capacidad se ve alterada por miedo grave dicha conducta será típica antijurídica, no será culpable.

Fue necesario mencionar estas justificantes puesto que dentro del miedo grave se pueden dar.

El miedo grave, que como se vio en párrafos anteriores, esté sólo aparece excluyendo la culpabilidad y con ella el delito, cuando ese algo que produce el miedo sea presente, o sea que no sea pasado ni futuro el hecho pues entonces no se configura la exculpante de miedo grave.

El mal con el que se ve amenazado el agente debe ser de gran valor jurídico como lo son los derechos inherentes por naturaleza al individuo y estos son: La vida, la libertad, el honor sexual. etc. Con lo que se considera que la amenaza representada provocó ese miedo.

Ahora no es importante mencionar la amenaza de destrucción de bienes eminente materiales que tienen un valor jurídico menor al lado de aquellos antes citados como causa efectiva de miedo grave. La amenaza representada debe recaer en bienes jurídicos de alta valía (sean morales o materiales). Precisamente este es el origen del miedo grave que sirve como base para encontrar esa gravedad, la pena o sanción que indica la ley para cada delito en particular.

Ejemplo. Privar de la vida a alguien (homicidio) este delito es altamente castigado, lo cual se traduce en que para la sociedad, la vida de un humano es de mucho valor jurídico que la de un animal. Y bueno hay que ver el valor que el agente le da a una cosa, animal etc., que tiene para el que sufre el miedo grave, y a quien tocará dar ese valor al juez.

Ahora los bienes pueden ser propios o ajenos, es decir de donde se funda ese miedo grave. Los cuales representen una relación afectiva o de gratitud suficiente que representen gran valor para el agente que sufre el miedo.

Luego entonces para finalizar el miedo grave es un estado psicológico alterado que produce incapacidad para entender y querer la conducta (sin anular esa capacidad), que ha sido producto de una amenaza presente real o ficticia de destrucción de bienes jurídicos propios o ajenos de gran valor jurídico o afectivo, todo lo cual constituye una causa de inculpabilidad.

El temor fundado

Al igual que el miedo grave esta figura de temor fundado, es un estado psicológico alterado del agente producto de la amenaza de un mal en bienes jurídicos propios o ajenos, de tal manera que el sujeto se ve impedido para entender y querer la conducta y su resultado tal y como sucede en el miedo grave.

Pero el temor fundado es una reacción psicológica del individuo producto de una representación externa.

Por lo que es consecuencia de una fuerza exterior e irresistible, excluyendo sólo a la culpabilidad, cuando la amenaza es presente y recae sobre bienes de gran valor jurídico propios o ajenos.

En este el agente debe elegir la destrucción del bien de menor valor y de esa forma salvar el bien de mayor valor para protegerlo aún cuando se amenace en destruir el de menor valor y si el agente lo hiciera lo contrario no se dará el temor fundado.

DIFERENCIA ENTRE EL TEMOR FUNDADO Y ESTADO DE NECESIDAD

Porque mencionar esta diferencia porque son dos figuras totalmente diferentes valga la redundancia.

Temor fundado

1.- se pone en peligro un bien de igual o menor valor jurídico porque hay necesidad de hacerlo.

2.- el peligro es ocasionado por un tercero y así el coaccionado realiza un acto típico antijurídico.

3.- Sólo se produce por amenazas directas de otro agente.

4.- se obliga actuar típica y antijurídicamente.

Estado de Necesidad

a) se pone en peligro un bien de igual o menor valor jurídico por que hay necesidad de hacerlo, aún cuando otros bienes corren peligro de destrucción.

b) Se produce por cualquier causa (ciclón, amenazas de muerte).

c) El agente realiza varias conductas: típicas, no típicas, jurídicas y no jurídicas.

Finalmente el miedo grave y temor fundado son causas de inculpabilidad por que en las dos figuras el agente actúa bajo un estado psíquico alterado que no le permite entender y querer la conducta desplegada y el resultado obtenido, por lo que no hay dolo ni culpa y se excluye a la culpabilidad.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

A las causas de impunidad, según hemos dicho, se les ha denominado por la teoría también como excusas absolutoria.

El estado prácticamente renuncia a ejercer el derecho punitivo por causas políticas, esto es, para cumplir objetivos primordiales de la sociedad, como el orden familiar, la seguridad nacional, etc., pero sólo respecto de la pena, a un cuando la obligación civil del daño subsista.

Las excusas absolutorias se clasifican en:

1.- Excusa en razón de los móviles afectivos revelados

ejemplo: homicidio culposo entre parientes.

2.- Excusa a razón de la copropiedad familiar .

Ejemplo. Querrela del ofendido familiar por robo.

3.- Excusas en razón de la maternidad consciente

Ejemplo: Delito de aborto imprudencial o que el embarazo sea producto de una violación.

4.- Excusa en razón de interés social preponderante.

Ejemplo: las injurias o difamación una producción literaria, artística, científica e industrial. Caso muy sonado en febrero del año 2006 de la periodista.

5.- Excusas en razón de la poca peligrosidad del individuo.

Ejemplo: abandono de personas, pero se presenta a dar alimentos vencidos y garantiza la subsistencia de los mismos.

La punibilidad representa una amenaza que la ley penal hace a todo aquel que realiza un delito; por tanto, la punibilidad no es un elemento del delito sino su natural consecuencia.

Las excusas absolutorias excluyen la punibilidad es decir desaparece la amenaza de la pena, aun cuando el delito se haya cometido, el delito existe pero se puede castigar con una pena, a virtud de causas políticas- sociales.

1.2 Definición de delitos no graves

Los delitos “no graves” o “leves” como algunos autores señalan no se encuentran regulados en ningún precepto del Derecho penal sustantivo. No es sino hasta la reformas de 1996, en el artículo 20 constitucional apartado “A” fracción I, donde aparece por primera vez ésta denominación.

Artículo 20 constitucional fracción I apartado “A” establece:

“...ART.- En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

I.-Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de **delitos no graves**, a solicitud del Ministerio Público, el Juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad...”²²⁵

Ahora es necesario mencionar en que consisten los delitos graves para poder abordar el tema de delitos no graves.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, artículo 268, fracción III, párrafo cuarto, menciona cuales son los delitos considerados como graves.

“ 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 otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución 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 dividirlo entre dos.

La tentativa de punibilidad de los ilícitos que se mencionan en el párrafo anterior también se considerará 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”.²²⁶

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto señala:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XXI, Febrero de 2005

Tesis: P. II/2005

Página: 97

225 Carbonell Miguel, Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, Leyes y códigos de México, Editorial Porrúa, Edición actualizada 149ª, Pág. 21.

226 3 Leyes para el Distrito Federal, Ed. Agosto del 2005 México. Edt. Sista S.A de C.V. Pág. 255.

DELITOS GRAVES. EL ARTÍCULO 268, QUINTO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, QUE ESTABLECE QUE TENDRÁN TAL CARÁCTER LOS SANCIONADOS CON PENA DE PRISIÓN CUYO TÉRMINO MEDIO ARITMÉTICO EXCEDA DE CINCO AÑOS, NO VIOLA EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Del citado precepto constitucional, que en su fracción I, establece que la ley calificará cuáles son los delitos considerados como "graves", se advierte que el Constituyente sólo obliga al legislador a determinar la categoría de gravedad en dichos ilícitos, pero como no instituye el concepto relativo, ni los requisitos y condiciones que lo configuren, debe considerarse que tales aspectos los deja a la elección del autor de la ley. Por tal motivo, el quinto párrafo del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al disponer que "son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años", no viola la disposición constitucional mencionada, sin que sea óbice a lo anterior que en la exposición de motivos de su reforma se haya mencionado que su intención era abandonar la regla de la media aritmética con el fin de ampliar el beneficio de la libertad caucional a un mayor número de casos, pues ello obedece a que al ser la norma constitucional el producto de un proceso legislativo, se debe tomar en cuenta, fundamentalmente, el texto resultante.

Amparo en revisión 1190/2004. 30 de noviembre de 2004. Unanimidad de once votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: José Alberto Tamayo Valenzuela.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintisiete de enero en curso, aprobó, con el número II/2005, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintisiete de enero de dos mil cinco.

Efectivamente de la tesis anterior se puede constatar que la gravedad de un delito estriba en el termino medio aritmético de su penalidad, esto es según corresponda al tipo penal debe hacerse una operación aritmética sumando la

penalidad más alta con la más baja y su resultado dividirse en dos, y este último resultado, de exceder de 5 años dará lugar a que el delito sea grave.

Ahora se analizará y daré un concepto de delito no grave toda vez que a la fecha no hay un ordenamiento jurídico que establezca que es un delito no grave. Aunque algunos penalistas sólo mencionan a simple vista lo que es un delito no grave mencionando la clasificación del delito a razón de su gravedad como lo hacen los siguientes autores:

El maestro y penalista Vergara Tejada señala “ Cuando la ley divide a los delitos en perseguibles de oficio y perseguibles por querrela de parte ofendida, existe en ello un indicio de la valoración del bien jurídico protegido hecha por el legislador, de tal manera que bien puede decirse que aquellos delitos perseguibles únicamente a petición de parte ofendida, dicho legislador los cataloga como no – graves para el desarrollo normal de la sociedad, o sea, bienes jurídicos disponibles; por el contrario, cuando la persecución de ciertos delitos es oficiosa, es porque el creador de la leyes toma como indispensables para la sociedad a los bienes jurídicos protegidos que se han afectado” ²²⁷

El penalista Castellanos Tena expresa a razón de la clasificación del delito en función de su gravedad “ Según una división bipartita se distinguen los delitos de las faltas; la clasificación tripartita habla de crímenes, delitos y faltas o contravenciones. En esta división se consideran crímenes los atentados contra la vida y los hechos naturales del hombre; delitos, las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social, como el derecho de propiedad; por faltas o contravenciones, las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno”.²²⁸

Es necesario señalar que en México es poca la importancia a estas distinciones, porque los códigos penales sólo se ocupan de los delitos en general, aunque con la reforma del 22 de julio de 1994 a los Códigos de procedimientos penales, Federal y del Distrito Federal se clasifican algunos delitos como graves por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad. (ver

artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, en donde se califican como graves a los delitos).

ART.194.- Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, previstos en los ordenamientos legales siguientes:

227 Vergara Tejada, José Moisés, Derecho penal Parte General, Ed. 1ª 2002. Edt. Angel Editor. Pág. 207-208.

228 Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Edic. 45ª México 2004. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 135.

I. Del Código Penal Federal, los delitos siguientes:

- 1) Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60, párrafo tercero;
- 2) Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125, y 126;
- 3) Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;
- 4) Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero;
- 5) Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;
- 6) Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;
- 7) Piratería, previsto en los artículos 146 y 147;
- 8) Genocidio, previsto en el artículo 149 bis;
- 9) Evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152;
- 10) Ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170;
- 11) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 Bis párrafo tercero;
- 12) Contra la salud, previsto en el artículo 194, 195, párrafo primero, 195 Bis, excepto cuando se trate de los casos previstos en las dos primeras líneas horizontales de las tablas contenidas en el apéndice 1, 196 ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero;
- 13) Corrupción de menores o incapaces, previsto en el artículo 201; y pornografía infantil, previsto en el artículo 201 Bis;
- 14) Los previstos en el artículo 205, segundo párrafo;

- 15) Explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208;
- 16) Falsificación y alteración de moneda previsto en los artículos 234, 236 y 237;
- 17) Falsificación y utilización indebida de documentos relativos al crédito, previsto en el artículo 240 Bis, salvo la fracción III;
- 18) Contra el consumo y riqueza nacionales, previsto en el artículo 254, fracción VII, párrafo segundo;
- 19) Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 Bis;
- 20) Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286, segundo párrafo;
- 21) Lesiones, previsto en los artículos 291, 292 y 293, cuando se cometa en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 315 y 315 Bis;
- 22) Homicidio, previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;
- 23) Secuestro, previsto en los artículos 366, salvo los dos párrafos últimos, y tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter;
- 24) Robo calificado, previsto en el artículos 367 cuando se realice en cualquiera de la circunstancia señalada en los artículos 372 y 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XIII, XV, y XVI;
- 25) Robo calificado, previsto en el artículo 367, en relación con el 370 párrafo segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 381 Bis;
- 26) Comercialización habitual de objetos robados, previsto en el artículo 368 Ter;
- 27) Sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados, previsto en el artículo 368 Quáter, párrafo segundo;
- 28) Robo, previsto en el artículo 371, párrafo último;
- 29) Robo de vehículo previsto en el artículo 376 Bis
- 30) los previstos en el artículo 377;
- 31) Extorsión, previsto en el artículo 390;

32) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis;

32) Bis. Contra el ambiente, en su comisión dolosa, previsto en los artículos 414, párrafo primero y tercero, 415, párrafo último, 416, párrafo último y 418, fracción II, cuando el volumen del derribo, de la extracción o de la tala exceda de dos metros cúbicos de madera, o se trate de la conducta prevista en el párrafo último del artículo 419 y 420, párrafo último;

33) En materia de derechos de autor, previsto en el artículo 424 Bis y;

34) Desaparición forzada de personas previsto en el artículo 215-A;

II. De la Ley Federal contra la delincuencia Organizada, el previsto en el artículo 2º ;

III. De la Ley Federal de armas de Fuego Explosivos, los delitos siguientes:

1) Portación de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 83 fracción III;

2) Los previstos en el artículo 83 Bis, salvo en el caso del inciso i) del artículo 11;

3) Posesión de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, en el caso previsto en el artículo 83 Ter, fracción III;

4) Los previstos en el artículo 84; Y

5) Introducción clandestina de armas de fuego que no están reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 84 Bis, párrafo primero;

IV. De la Ley Federal para prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 3º . y 5º ;

V. De la Ley General de Población, el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138;

VI. Del Código Fiscal de la Federación, los delitos siguientes:

1) Contrabando y su equiparable, previsto en los artículos 102 y 105 fracciones I a la IV, cuando les correspondan las sanciones previstas en las fracciones II o III, segundo párrafo del artículo 104; y

2) Defraudación fiscal y su equiparable, previsto en los artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado se ubique en los rangos a que se refieren las fracciones II o III del artículo 108, exclusivamente cuando sean calificados;

VII. De la Ley de la Propiedad Industrial, los delitos previstos en el artículo 223, fracciones II y III;

VIII. De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los artículos 111; 112, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto la fracción V, y 113 Bis, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112:

IX. De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, los previstos en los artículos 98, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones IV y V, y 101;

X. De la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, los previstos en los artículos 112 Bis, 112 Bis 2 en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 3, fracciones I y IV, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 4, fracción I, en el supuesto del cuarto párrafo artículo 112 Bis 3, y 112 Bis 6, fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo;

XI. De la ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, los previstos en los artículos 141, fracción I; 145, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones II, IV y V; 146 fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo, y 147 fracción II inciso b), en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 146;

XII. De la Ley del Mercado de Valores, los previstos en los artículos 52, y 52 Bis Cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos a que se refiere el artículo 3º de dicha Ley, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito federal;

XIII. De la Ley de los sistemas de ahorro para el Retiro, los previstos en los artículos 103, y 104 cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos que manejen de los trabajadores con motivo de su objeto, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el distrito Federal;

XIV. De la Ley de Quiebras y Suspensión de pagos, los previstos en el artículo 96.

Asimismo el artículo 305 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala “ se seguirá procedimiento sumario cuando se trate de delito flagrante, exista confesión rendida ante el Ministerio Público o la autoridad Judicial, o se trate de delito no grave”.

CONCEPTO DE DELITO NO GRAVE

De esta forma y de forma antónima el concepto de delitos no graves es “no son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético no exceda de cinco años. Respecto de estos delitos se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución previsto en la fracción I apartado “A” del artículo 20 de la constitución Política de los estados Unidos Mexicanos”.

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

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 dividirlo entre dos.

Consecuentemente a lo anterior los delitos **no graves son aquellos en donde son sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético no exceda de 5 años.**

Asimismo en todo delito no grave el inculpado tendrá derecho a libertad provisional bajo caución, aunque siempre hay una excepción a la regla que el artículo 20 apartado "A" fracción I de nuestra Carta Magna establece y que a la letra dice "...en caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio público, aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad..."

Por lo que se puede apreciar que siempre y cuando el inculpado no tenga antecedentes delictivos anteriores al presente delito no grave el Ministerio solicitará no se otorgue la libertad provisional a razón de que representa un peligro para el ofendido y para la sociedad.

Al respecto la Suprema corte de justicia de la Nación opina:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV, Septiembre de 2001

Tesis: XIV.2o.96 P

Página: 1333

LIBERTAD PROVISIONAL DEL INCULPADO. LA OPOSICIÓN A SU OTORGAMIENTO POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO CUANDO SE TRATA DE DELITOS NO GRAVES, DEBE APOYARSE EN ELEMENTOS DE CONVICCIÓN QUE ACREDITEN LA EXISTENCIA DE UN RIESGO PARA EL OFENDIDO O LA SOCIEDAD (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 20, FRACCIÓN I, CONSTITUCIONAL). El artículo 20, fracción I, constitucional dispone que en caso de delitos no graves el Ministerio Público podrá oponerse al

otorgamiento de la libertad provisional del inculpado cuando aporte elementos al Juez para establecer que tal concesión representa un riesgo para el ofendido o para la sociedad. Ahora bien, dicha oposición deberá estar apoyada en medios de convicción que acrediten tal extremo, pues del dictamen presentado a la Cámara de Senadores del proyecto de las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación el tres de julio de mil novecientos noventa y seis, se desprende que el legislador consideró que sería arbitrario dejar a discreción del Juez el restringir la concesión de dicho beneficio con base en la simple expresión de razones por parte del Ministerio Público acerca de las circunstancias personales del inculpado que ameriten negarlo, sin que se aportaren medios de prueba en los cuales se funden tales razonamientos, ya que una negativa expresada de esa forma no contendría elemento objetivo que la motivara y, en consecuencia, sería nugatoria de la garantía individual a la que el referido dispositivo constitucional se contrae.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 214/2001. 22 de junio de 2001. Unanimidad de votos.
Ponente: Paulino López Millán. Secretario: Edgardo Medina Durán.

Nota: Esta tesis contendió en la contradicción 106/2001-PS resuelta por la Primera Sala, de la que derivó la tesis 1a./J. 54/2002, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, noviembre de 2002, página 109, con el rubro: "LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. EL MINISTERIO PÚBLICO DEBE APORTAR PRUEBAS QUE JUSTIFIQUEN SU SOLICITUD DE QUE AQUÉLLA SE NIEGUE AL INCULPADO EN CASO DE DELITOS NO GRAVES (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN I, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL)."

De la anterior tesis se observa que efectivamente los delitos no graves gozan del beneficio de la libertad provisional bajo caución salvo, que se considere que otorgar ese beneficio resulta un peligro para el ofendido y para la sociedad y que esta petición de la negativa a la libertad provisional corresponde al Ministerio público siempre y cuando aporte pruebas en la que se acredita que efectivamente representa un peligro para el ofendido y para la sociedad.

Ejemplo: Señalaremos la diferencia entre el delito no grave y grave en razón al término medio aritmético:

DELITO NO GRAVE: "... Art.- 180 [que establece el Catalogo de Delitos]
COMETE EL DELITO DE ESTUPRO

El que tenga Cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño.

REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD: QUERELLA

PENA: Se le aplicará de seis meses a cuatro años de prisión.

Cuando resulten hijos, la reparación del daño comprenderá el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil para los casos de divorcio..."

DELITO GRAVE:"...ART.- 174.(PRIMERA PARTE)

COMETE EL DELITO DE: VIOLACIÓN

Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD: OFICIO

PENA: Se le impondrá prisión de seis a dieciocho años.

Las penas se aumentaran hasta en una mitad en su mínimo y en su máxima, cuando:

I El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas;

II El delito fuere cometido por ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela en los casos en que la ejerciera sobre la víctima;

III El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancia que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión, el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión; y

IV El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en el depositada.

Cuando resulten hijos, la reparación del daño comprenderá el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil para los casos de divorcio.

2.4. SUJETOS DEL DELITO

Al hablar de los sujetos del delito es necesario hablar de su evolución en el campo penal, puesto que los sujetos del delito son, el sujeto activo y pasivo, por lo que del resarcimiento del daño dentro de la relación procesal encontramos que son los sujetos principales del delito.

SUJETO ACTIVO DEL DELITO

Los sujetos del delito son el propio hombre y nadie más, pues es el que realiza la conducta delictiva.

En seguida mencionaremos brevemente la penalidad de los animales y pueden distinguirse cuatro elementos:

El primero, en la antigüedad, en el que se infligían auténticas penas a los animales y a las cosas (aquellos se humanizaban, lo cual constituía un fetichismo o humanismo).

El segundo que puede corresponder con el derecho griego, se castigaba a los animales y a las cosas porque constituían un símbolo para que los hombres odiasen los delitos (simbolismo).

El tercero representado por el derecho romano, con la institución de la actio pauperies, en el que se castigaba al animal ejemplo, pero se reconocía que no delinquía.

El cuarto, se acentuaba el simbolismo.

Modernismo ya se sancionaba al propietario del animal dañoso en concepto de indemnización.

La Edad Media fue la fase histórica en la que los animales; así, se instruyeron procesos célebres contra ratones.

A partir del siglo XVIII, concretamente desde la Revolución Francesa, el espíritu individualista penetró en definitiva en el derecho y, como consecuencia de ello, la responsabilidad penal se hizo personal. Así, se estimó que sólo el hombre es sujeto del delito, por que sólo los seres racionales tienen capacidad para delinquir.

De lo anterior y del estudio anterior de los elementos del delito se estima que el sujeto del delito es el hombre, porque sólo los seres racionales tienen capacidad para delinquir. No sería posible la delincuencia y la culpabilidad sin el concurso de la conciencia y de la voluntad, las cuales sólo se encuentran en el hombre. Sólo la persona, individualmente considerada, puede ser penalmente responsable, porque

sólo en ella se da la unidad de conciencia y de voluntad, que constituye la base de la imputabilidad.

Para los autores Carranca y Trujillo el sujeto activo del delito “es el hombre porque únicamente él se encuentra provisto de capacidad y voluntad y puede, con su acción u omisión infringir el ordenamiento jurídico penal. Se dice que una persona es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, siendo autor material del delito, o bien cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual) o simplemente auxiliado al autor con anterioridad a su realización, concomitadamente con ella o después de su consumación (cómplice y encubridor). Es el Inculpado, quien es el sujeto activo del delito y en contra de quien va encaminada la función persecutoria y jurisdiccional ejercitadas por el Estado a través del Ministerio público y Juzgado”.²²⁹

El penalista Eduardo Hernández Bentacourt cita que el penalista Julio Hernández pliego opina “ el sujeto activo del delito es la persona que participo en la comisión del ilícito”.²³⁰

El penalista Malo Camacho, menciona “ Sólo las personas físicas pueden tener capacidad de voluntad para realizar un fin ilícito, que se han representado y tal relación psicológica que implica el dolo, o en su caso la culpa, a partir de la violación el deber de cuidado, es privativo de las personas físicas. A la vez, por otra parte, sólo personas físicas están en aptitud de ejercer los derechos que implican la legitimantes o causas de justificación que derivan de las reglas permisivas que reconoce el propio orden jurídico general”.²³¹

De esta forma y consecuentemente a lo anterior podemos determinar que el sujeto activo del delito es la persona que comete directa o indirectamente la conducta delictiva.

EL SUJETO PASIVO DEL DELITO

Para saber quien es el sujeto pasivo del delito es necesario señalar las diferentes opiniones de los autores al respecto:

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su artículo 264 expresa que "...se reputara parte ofendida por tener satisfecho el requisito de la querrela necesaria, a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta imputada al indiciado..."

²²⁹ Carranca y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, I, pp.185-186, 4ª Edición México, 1995

²³⁰ López Betancourt, Eduardo, Derecho Procesal Penal. Edición 1ª 2000. Edt. Iure Editores S. A de C.V. pág. 63.

²³¹ Malo Camacho, Gustavo, Derecho Penal Mexicano. Edición 1ª 1997. Edit. Porrúa S.A de C.V. Pág. 334.

El penalista Cuello Calón indica " El sujeto pasivo, por tal se conoce al titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito ".²³²

Como la ley tutela bienes no sólo personales sino colectivos, pueden ser sujetos pasivos:

La persona moral jurídica sobre quien puede recaer igualmente la conducta delictiva, lesionando bienes jurídicos tales como el patrimonio (robo, fraude, etc) de los cuales pueden ser titular .

El Estado, como poder jurídico, es titular de bienes protegidos por el ordenamiento jurídico penal y en tal virtud puede ser ofendido víctima de la conducta delictiva (delitos contra la seguridad exterior de la Nación, delitos patrimoniales que afectan bienes propios etc).

La sociedad en general, como en el caso de los delitos contra la economía pública y contra la moral pública (corrupción de menores, lenocinio, etc)

No pueden ser sujetos pasivos del delito los muertos y los animales algunos autores destacan de que ni unos ni otros son titulares de bienes jurídicos. La violación del sepulcro o la profanación de un cadáver (art 208) constituyen atentados en los cuales el sujetos pasivo lo es la sociedad o los familiares del difunto.

Finalmente el sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. Toda vez que, el sujeto pasivo del delito, valga la redundancia es el titular del bien jurídico protegido por la ley y generalmente identificado dentro del procedimiento penal como denunciante o querellante.

“El criterio expuesto que ve a la persona humana como único sujeto activo del delito e invoca preferentemente en su apoyo a los principios de imputabilidad y de personalidad de la pena, ha encontrada consagrada en nuestros textos positivos.

232 Cuello Calón, Derecho Penal, I, Pág., 315, 12ª Edición

Finalmente a lo antes expuesto el sujeto activo.- es a quien va dirigida la pretensión punitiva estatal, o sea el derecho del estado de perseguir y castigar el Delito, el cual se actualiza en el procedimiento penal.

1.4 EI BIEN JURÍDICAMENTE TUTELADO EN EL DELITO

El bien jurídicamente tutelado en los delitos , es el valor que la ley penal tutela y protege .

El autor Von lizt nos enuncia que ...el bien jurídicamente tutelado es, “El interes protegido por el derecho...”.

El autor Cuello Calón, nos dice "...Se entiende por bien Jurídico todo aquello, de naturaleza material o incorporal, que sirve para la satisfacción de necesidades humanas individuales o colectivas.

Los bienes jurídicos son, unos individuales (vida, libertad, honor, etc.), otros son de carácter colectivo estatal (seguridad del Estado, independencia del mismo) o no estatal (la salud pública, etc.). El bien jurídico es el objeto de la protección penal y al mismo tiempo el objeto del ataque delictuoso...".²³³

El bien jurídicamente tutelado, como ya quedo señalado en renglones anteriores es el objeto protegido por la ley penal; este objeto o bien jurídicamente protegido está conformado a su vez por un objeto material y objeto jurídico.

El penalista Jiménez de Asúa nos dice "Ahora bien es necesario realizar una distinción entre el objeto material y objeto jurídico; el primero lo constituye la persona o cosa sobre la que recae el daño o peligro (objeto de la acción), el Segundo, es el bien protegido por la ley penal"²³⁴.

²³³ Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal Tomo I, Bosch, Casa Editorial, S.A, Edición 18^a Barcelona, Pág. 301.

²³⁴ Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, México- buenos Aires, Hermes, 1970, Págs. 101 – 113.

Bajo estos últimos renglones, se afirma , que las figuras típicas regulada en la legislación Penal Mexicana, protegen o tutelan bienes o intereses jurídicos fundamentales de la vida humana individual o colectiva.

Las figuras típicas o también conocidas como tipos penales o normas jurídicas penales, deben su creación y existencia a los intereses o valores de la vida humana, es decir, tutelan el bien jurídico del hombre mediante la protección enérgica de la imposición de una pena , para aquel que lesione dañe o ponga en peligro el interés particular o general del hombre.

No hay norma penal incriminadora que no este destinada a la tutela de un valor, y que no tenga por objeto principal, la protección de un bien jurídico. Así la norma penal que incrimina un homicidio, tutela o protege la vida, siendo este el

interés del valor del hombre en lo particular y en lo general; aquélla que incrimina el robo, protege la propiedad, otro que incrimina la bigamia, protege matrimonio.

El bien jurídicamente tutelado, es la razón de ser del tipo penal y sobre todo, es el espíritu que lo hace vivir en el campo del derecho penal.

El bien jurídicamente tutelado en la norma penal es tan sensible, que incluso su presencia se percibe en la vida diaria de cada ser humano en forma individual o colectiva, así por ejemplo, en el delito de robo, se percibe una lesión a la propiedad, en el delito de violación, el interés protegido por la ley penal, es la libertad sexual, en el homicidio, el bien jurídicamente tutelado es la vida; intereses jurídicos que son de vital importancia en la vida del ser humano y que afectan a la colectividad cuando son lesionados o dañados.

Esto demuestra la extraordinaria importancia que reviste el concepto del bien jurídicamente tutelado en el campo del derecho penal; trascendencia tan poderosa que permite afirmar que el origen, existencia, estructura, alcances, límites y fines de la figura típica jurídica, sólo pueden hallarse en el bien jurídico tutelado.

Negar al bien jurídico la condición de elemento integrador del tipo penal, es incidir en la más voluminosa inocencia lógica, pues no se concibe un tipo penal que no tutele un bien jurídico, el bien jurídico constituye el núcleo de la norma jurídica penal, y que, todo delito amenaza y lesiona a un bien jurídicamente tutelado.

Desentrañar la propia esencia y contenido del bien jurídico tutelado, es la única especialidad que presenta el problema de la interpretación de las figuras típicas, pues en lo general, su interpretación se norma por las reglas que rigen la de la ley. Pero a su vez, el bien jurídico ya determinado mediante las reglas de interpretación, pues de él irradia la necesaria claridad para la comprensión de las diferentes características de que en concreto se trate.

Luego entonces, conociendo exactamente el bien jurídico o valor o interés del hombre a cuya tutela es destinada una norma penal, se puede comprender su significado y alcance. Los bienes valores e intereses jurídicos, surgen y adquieren su razón de ser, en las necesidades materiales y morales de los seres humanos en forma individual y colectiva mismas que se van presentando en el devenir de su propia existencia.

El reconocimiento y jerarquía del bien jurídico tutelado, depende no sólo de la estructura de la sociedad, sino de las variadas tendencias de la época, sobre todo, se fundamentan en los estrictos y vitales derechos naturales del individuo y de la sociedad.

Los autores Eugenio Raúl y Alejandro Alagía nos mencionan “1.- El bien jurídico es un concepto indispensable para hacer efectivo el principio de lesividad, pero no es, en modo alguno, un concepto legitimante del poder punitivo, por ello no debe confundirse el uso limitativo del concepto de bien jurídico con uso legitimante, dado que este último termina acuñando un verdadero concepto legitimante diferenciado, que es el pretendido bien jurídico tutelado. El mito del bien jurídico protegido o tutelado, que se racionaliza con la teoría imperativista del derecho, presupone aceptar la eficacia protectora del poder punitivo consagrada de modo pretendidamente deductivo, según el cual, si una norma prohíbe resultados la pena adquiere un sentido policial preventivo. 2.- El concepto legitimante del bien jurídico (bien jurídico tutelado) es producto de una confusión incompatible con el carácter fragmentario de la legislación penal y con el carácter sancionador de esta. En efecto la legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que estos son creados por la constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación. En esos ámbitos se trata de bienes jurídicos tutelados (por la respectiva norma que lo manifiesta). La Ley penal sólo eventualmente individualiza alguna acción que lo afecta de cierto modo particular pero nunca puede brindarle una tutela amplia o plena, dada su naturaleza fragmentaria y excepcional. El derecho penal recibe el bien jurídico ya tutelado y la norma que se

deduce del tipo no hace más que anunciar un castigo para ciertas formas particulares y aisladas de lesión al mismo, incluso cuando lo hace por expreso mandato constitucional o internacional. Estos mandatos ordenan la criminalización primaria de algunas acciones que los afectan pero aun que no lo hiciesen no por ello dejarían de ser bienes jurídicos.”²³⁵

La Suprema Corte al respecto opina:

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XXI, Marzo de 2005

Tesis: XIX.2o.46 P

Página: 1161

JUICIO DE TIPICIDAD. EXISTE CUANDO, ADEMÁS DE VERIFICARSE LA RELACIÓN DE TODOS LOS ELEMENTOS DE LA FIGURA TÍPICA, SE DAÑE O CONCRETAMENTE SE PONGA EN PELIGRO EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL CORRESPONDIENTE TIPO PENAL. Uno de los principios que autorizan al derecho penal a reprimir una conducta es la lesión a un bien jurídico que la norma determine proteger. Los tipos penales se encuentran inmersos en un sistema más o menos ordenado de normas para proteger determinados bienes o intereses jurídicos que el legislador estima deben salvaguardarse de forma más enérgica, mediante la amenaza de la sanción penal. Las figuras típicas deben así su creación y existencia a los bienes jurídicos que el legislador pretende proteger penalmente, a tal grado que

²³⁵ Zaffaroni Eugenio Raúl y Alagia Slokar Alejandro, Derecho penal Parte General, Editorial Porrúa, la Edición México 2001, Pág. 463 y 464.

no hay norma penal que no esté destinada a la tutela de un valor y que no tenga como fin la protección de un bien jurídico. De ahí que el tipo penal (entendido como la hipótesis normativa que regula una conducta como delito), se crea para salvaguardar los bienes consagrados en su entorno legal, de forma tal que sin la existencia del bien que se trate de proteger mediante la creación del supuesto penal, éste carecería de razón de ser. Así, el hecho de que el bien jurídico tutelado forme parte de la noción del tipo penal, en cuanto constituye su presupuesto, tiene una innegable trascendencia en el correspondiente juicio de tipicidad, que sólo puede afirmarse que existe cuando, además de verificarse la relación de todos los elementos de la figura típica, se dañe o concretamente se ponga en peligro el bien jurídico tutelado en el correspondiente tipo penal.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO.

Amparo directo 131/2004. 2 de julio de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Sebastián Martínez García. Secretario: Ricardo Alejandro González Salazar.

Amparo directo 141/2004. 2 de julio de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Sebastián Martínez García. Secretario: Ricardo Alejandro González Salazar.

Amparo directo 357/2004. 11 de septiembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Mendoza Pérez. Secretaria: Claudia Julia Guerrero Mena.

Finalmente de la jurisprudencia y de las diferentes opiniones de los penalistas se deduce que el bien jurídico tutelado, son los bienes que el legislador pretende proteger penalmente de tal forma que no hay norma penal que no este destinada a la tutela de un valor y que a su vez no tenga la protección de ese bien jurídico, cuya finalidad es la de salvaguardar los bienes, que sufren esa lesión.

CAPITULO TERCERO
DIVERSAS SITUACIONES JURÍDICAS DEL INCULPADO

CAPITULO TERCERO

1. DIVERSAS SITUACIONES JURÍDICAS DEL INCULPADO

En primer lugar debemos mencionar que la situación jurídica es la condición de una persona, respecto a su derecho, tomando como partida la sentencia judicial que puede dictarse, siempre respetando el marco legal.

Y en este caso el inculpado es el sujeto activo del delito, quien ha realizado la conducta delictiva así sólo la persona que se considera probable responsable de un delito, es el inculpado hasta en tanto se compruebe que no lo es, concepto (inculpado) que analizare adelante, toda vez que es necesario saber el papel que desempeña el inculpado como sujeto de la relación jurídica procesal.

1.1 SUJETOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL (JUEZ, MINISTERIO PÚBLICO E INCULPADO).

El adentrarnos en la relación jurídica procesal penal, al ser regulada por el derecho, permite que se encuentren los sujetos con facultades y autoridad para participar dentro del proceso penal ya sea en la acción penal o en otra cuestión del proceso.

Ahora se debe tomar en cuenta que dentro del derecho penal no encontramos claramente establecido un numero de sujetos participantes en esta relación, pudiendo ser, de acuerdo con el criterio de numerosos autores, tanto ascendente, descendente u horizontal, entre todos los participantes en el proceso (juez, Ministerio Público, e inculpado). Aunque para ser entendido la relación jurídica procesal es necesario también señalar los sujetos de la relación jurídica procedimental en la que participan (juez, Ministerio Público, inculpado, defensor y ofendido).

Para abordar el tema de los sujetos de la relación jurídica procesal es necesario diferenciar cuales son los sujetos de la relación jurídica procesal y del procedimiento.

En la relación jurídica procesal penal, son los sujetos, que intervienen dentro del periodo del proceso penal únicamente son: el juez, el Ministerio Público, y inculpado. Teniendo estos 2 últimos el carácter de partes pues ambos se encuentran en un mismo plano de igualdad procesal, no así el juez quien es un tercero imparcial llamado a resolver la contienda y que se analizara en su momento.

En la relación jurídica del procedimiento penal, los sujetos son aquellos que intervienen de manera directa en el desarrollo del procedimiento penal, desde el inicio de la “notitia crimines” hasta su terminación con la ejecución de sentencia y son: El juez, Ministerio Público, el inculpado, el defensor y el ofendido, quienes son los destinatarios de las normas procedimentales.

A continuación analizaremos los sujetos tanto de la relación jurídica procesal y de procedimiento.

EL JUEZ

Es la autoridad encargada de presidir un juicio y emitir la sentencia que corresponda. ²³⁶

El penalista López Betancourt señala “ es el órgano jurisdiccional “²³⁷

También es el órgano del Estado constitucionalmente facultado para realizar la función jurisdiccional, (facultad de aplicar el derecho).

236 Monarque Ureña, Rodolfo, Derecho Procesal Esquemático, Edición 1ª 2002, Editorial Porrúa S.A de C.V. Pág.13

237 López Betancourt, Eduardo, Derecho Procesal Penal, Edición 1ª 2002, Editorial IURE EDITORES, S.A de C.V. Pág. 23

De esta forma es quien tiene que tomar la decisión, después de haber pasado por todas las etapas del proceso penal, de dictar sentencia.

El artículo 21 constitucional primera parte señala “ La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial”

Consecuentemente a lo anterior encontramos que el juez tiene una función jurisdiccional.

Asimismo es necesario mencionar en que consiste la función jurisdiccional.

La idea jurisdiccional penal está orientada al respeto de las garantías de que todo acusado tenga un juez competente, capaz, correcto y debido para que lo juzgue, de esta manera, en materia procesal penal, se pretende que se cumplan, entre otros, los siguientes principios:

- a) Las infracciones de carácter penal sólo deben ser juzgadas por jueces del ámbito del Poder Judicial.
- b) Los jueces han de ser ordinarios, ya que los especiales o excepcionales no se permiten.
- c) Los jueces deben ser señalados en la ley,
- d) El juez ha de actuar sólo dentro del límite de sus facultades.
- e) La jurisdicción debe estar sujeta a las reglas previamente establecidas en la ley.
- f) Las partes deberán cumplir las reglas respecto a la jurisdicción.

De lo anterior la función jurisdiccional, es la actividad encomendada al juzgador, tendiente a resolver si una conducta o hecho puestos en su conocimiento es o no constitutiva de delito, así como determinar la responsabilidad

penal de las personas que intervienen en su realización, finalmente y en su caso imponer las penas y medidas de seguridad aplicables.

De lo anterior se deducen las facultades del juez y son:

- 1.- Resolver cuándo una conducta o hecho es o no constitutiva de delito.
- 2.- Comprobar el cuerpo del delito o elementos
- 3.- Declarar la responsabilidad penal de las personas acusadas (acreditar la participación del delincuente).
- 4.- Aplicar las penas y medidas de seguridad Procedentes (individualizar la pena)

El ejercicio de la función jurisdiccional en México.

Esta función depende de la competencia en el fuero común, el Federal y el Militar.

Como se indico en renglones anteriores la jurisdicción es la facultad de los jueces, es decir, de aquellas personas legalmente capaces para decidir acerca de las controversias judiciales; el juez aún teniendo dicha potestad esta imposibilitado para declarar el derecho. La competencia es ese límite de los jueces que cuentan con jurisdicción, pero aquella les restringe la capacidad de acción.

En México existen actualmente tres jurisdicciones: la común o local, la federal y la militar.

La jurisdicción común o local recae en los jueces en el Distrito Federal su ejercicio esta encomendado al Tribunal superior de Justicia del Distrito Federal y en los Estados de la república a los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados del mismo orden, que determinarán si un hecho es o no un delito, sólo en su área jurisdiccional.

La jurisdicción federal abarca todo nuestro país de norte a sur, es decir los Estados Unidos Mexicanos, junto con los mares correspondientes y el espacio aéreo; incluye los navíos de guerra nacionales, los mercantes tanto nacionales como extranjeros, cuando se ocasionan disturbios en los puertos nacionales; comprenden también los ilícitos cometidos contra embajadas del país o empleados de ellas, cuando no hayan sido castigados en el extranjero; y por último, los delitos comenzados, articulados o perpetrados fuera del territorio, pero con consecuencias directas para la república, esta función jurisdiccional la ejerce a través del Poder judicial de la federación (Suprema Corte de Justicia de la Nación).

La jurisdicción militar se extiende únicamente sobre personas pertenecientes al ejército que hubieran violado las leyes militares, esta función jurisdiccional la ejerce el Supremo Tribunal Militar.

De esta forma el juez es el órgano del Estado facultado para aplicar el derecho y realizar la función jurisdiccional.

MINISTERIO PUBLICO

El penalista Monarque Ureña define a el Ministerio público “ Es el órgano del Estado encargado de perseguir e investigar los delitos, y de ejercitar la acción penal ante la autoridad judicial”.²³⁸

El Diccionario jurídico define al Ministerio Público “ La institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo ejecutivo, que posee como funciones esenciales las persecuciones de los delitos y el ejercicio de la acción penal; intervención en otros procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales, de ausentes, menores e incapacitados y, finalmente, como consultor y asesor de los jueces y tribunales”.²³⁹

238 Monarque Ureña; Rodolfo, Derecho procesal penal Esquemático, Edición 1ª 2002 México, Editorial Porrúa S.A de C.V. Pág. 15.

239 Diccionario jurídico mexicano, Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª edición. Editorial Porrúa S.A de C.V. t.VI. Pág. 185.

El tratadista en la materia Sergio García Ramírez menciona “ Es persecutor de los delitos, en la Averiguación Previa y en el proceso; consejero jurídico del gobierno, representante jurídico de la federación, vigilante de la legalidad, denunciante de leyes y de jurisprudencia contrarias a la constitución. Es el sujeto que controla la manifestación de bienes de los funcionarios, interviene en asuntos civiles y familiares, en la nacionalización de bienes, extradición”.²⁴⁰

El fundamento legal del Ministerio Público se encuentra principalmente en nuestra Carta Magna en:

Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos segunda parte “... La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato...”

De los conceptos anteriormente expuestos el Ministerio público es un órgano del Estado constitucionalmente facultado para realizar la función persecutoria de los delitos.

Naturaleza jurídica del Ministerio Público

Al respecto dentro del campo doctrinario al Ministerio público se le ha considerado como:

Se le ha llegado a considerar al Ministerio Público, como:

- 1) Representante de la sociedad en el ejercicio de las acciones penales;
- 2) Como órgano administrativo que actúa con el carácter de parte;
- 3) cómo órgano judicial; y

4) como colaborador de la función jurisdiccional.

²⁴⁰ García Ramírez, Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal, 5ª Ed. México 1989. Editorial Porrúa. Págs. 209.

El autor Colín Sánchez dice “Se considera como representante de la sociedad en el ejercicio de las acciones penales, porque el Estado al instituir la autoridad, le otorga el derecho para ejercer la tutela jurídica general para que de esa manera persiga judicialmente a quien atente contra la seguridad y el normal desenvolvimiento de la sociedad”²⁴¹

El penalista Carlos Barragán Salvatierra respecto a que el Ministerio público como órgano administrativo que actúa con el carácter de parte señala “ es un órgano de la administración pública destinado al ejercicio de las acciones penales señaladas en la ley y por eso la función que realiza bajo la vigilancia del ministerio de gracia y justicia.

Es un órgano administrativo, puesto que el Ministerio público no decide controversias judiciales, no es posible considerarle órgano jurisdiccional, si no más bien administrativo, derivándose de esto su carácter de parte, puesto que la represión penaría pertenece a la sociedad y al Estado en personificación de la misma para que la ley no quede violada; persigue el delito y al subjetivarse las funciones estatales en: Estado legislación, Estado administración y Estado jurisdicción, el Ministerio Público realiza funciones del Estado-Administración poniéndose como sujeto ante el Estado jurisdicción, en la actúa el derecho, pero sin actuar el Ministerio Público”.²⁴²

Dentro del proceso penal, el Ministerio público actúa con el carácter de parte, independientemente de que no existe común acuerdo en relación con el momento procedimental en que debe considerarse como tal.

Respecto a que el Ministerio público es considerado como órgano judicial, algunos autores no están de acuerdo en que sea administrativo, sino judicial pero la potestad judicial, El maestro Colín Sánchez señala “Tiene por objeto el mantenimiento y actuación del orden jurídico y como abarca al poder judicial y este a su vez, a las otras actividades no jurisdiccionales comprendidas en el objeto indicado, de esta manera afirman que el Ministerio público es un órgano judicial no

administrativo”.²⁴³

²⁴¹ Colín Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, Pág. 81.

²⁴² Barragan Salvatierra, Carlos, Derecho Procesal Penal. 1ª Ed. México 1999. Editorial McGRAW-HILLINTERAMERICANA EDITORES, S.A de C.V. Pág. 135

²⁴³ Colín Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, Pág. 85.

Respecto a el criterio de el maestro Colín Sánchez es acertado diciendo que “no es posible concebir al Ministerio Público, como un órgano jurisdiccional, ya que no está facultado para aplicar la ley, tal y como lo menciona el artículo 21 constitucional, párrafo primero.

“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumben al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato...”.

También se le considera al Ministerio público como colaborador de la función jurisdiccional.

En este punto se identifica al Ministerio Público como auxiliar o colaborador de la función jurisdiccional, debido a las actividades que realiza mediante la secuela procedimental, ya que todos sus actos van encaminados a lograr un fin último: la aplicación de la ley al caso concreto.

ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO.

La constitución otorga su atribución específica y las leyes orgánicas lo estructuran y organizan, señalándole además con cierto detalle, las actividades que le corresponden.

El Ministerio público tiene muchas atribuciones pero el artículo 21 de nuestra carta magna menciona la principal.

El artículo 21 constitucional.

“... La investigación y persecución de los delitos incumben al Ministerio Público...”

Sin embargo su actuación se extiende a otras esferas de la administración pública, es decir se extiende más allá del ámbito del derecho penal por lo que es notable su intervención en materia civil, en cuestión de tutela social, como representante de incapaces o ausentes y en otras situaciones en las que son afectados los intereses del Estado.

El Ministerio Público tiene funciones específicas en diferentes áreas jurídicas del derecho como las que a continuación se describen:

En el derecho penal: la de prevenir a la sociedad del delito, ejercitar las acciones penales con las siguientes funciones específicas:

INVESTIGAR, esto es, recibir denuncias y querellas, practicando diligencias de averiguación previa tendientes a comprobar la existencia de los delitos y acreditar la presunta responsabilidad.

PERSEGUIR, esto es, determinar en su caso, el ejercicio de la acción penal correspondiente consignando los hechos al juez.

ACUSAR, esto es, solicitar a la autoridad judicial (dentro del proceso) la aplicación de las penas y medidas de seguridad procedentes así como la reparación del daño, y ejecución de sentencias.

En breve la legislación secundaria le señala al Ministerio público una doble función; la de autoridad durante la averiguación previa hasta el ejercicio de la acción penal en donde pierde esta característica convirtiéndose en parte del

proceso. Aquí es necesario señalar que no obstante se le considera parte en el proceso al rendir sus conclusiones y perfeccionar la acción penal, vuelve a tomar características de parte, por lo que adopta nuevamente una doble función, de cualquier manera explicare este punto cuando se vea el periodo de Averiguación previa y la etapa procedimental.

En el derecho civil: en esta materia tiene encomendada fundamentalmente una función derivada de leyes secundaria en aquellos asuntos del interés del Estado en que debe manifestarse para la protección de ciertos intereses colectivos o cuando estos mismos requieran por su naturaleza, de una tutela especial. Básicamente en materia de derecho familiar tiene una considerable participación en casos de alimentos, sucesiones, adopciones, etc.,

En el Juicio de amparo y como consejero auxiliar del ejecutivo: El procurador de Justicia del Fuero común en algunas entidades federativas tiene también la función de consejero jurídico del ejecutivo local, así como en materia de amparo el Ministerio público Federal es parte.

En la intervención en cuestiones de constitucionalidad: De acuerdo con el artículo 102 constitucional párrafo tercero, se señala que el procurador General de la República intervendrá personalmente en las controversias y acciones a que se refiere el artículo 105 de nuestra Carta Magna, como son las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la constitución.

El penalista García Ramírez expresa considerando “ La atribución fundamental del Ministerio público, de naturaleza netamente procedimental, la persecución de los delitos que desempeña en la averiguación previa de los mismos el ejercicio de la acción penal”.²⁴⁴

El procurador General de la República, como titular del Ministerio Público Federal, tiene a su cargo la asesoría jurídica del gobierno tanto en el plano nacional como en el local.

²⁴⁴ García Ramírez, Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal, 5ª Ed. México 1989. Editorial Porrúa. Págs. 265.

También es el representante jurídico de la Federación, ya sea como actor, demandado y tercerista; de la misma manera tiene como misión la vigilancia de la legalidad, es decir en promover cuanto sea necesario para el buen seguimiento de la administración de la justicia, denunciar las leyes contrarias a la Constitución.

El Ministerio Público Federal es parte en el juicio de amparo con objeto de preservar el imperio de la legalidad; pero puede abstenerse de intervenir cuando a su juicio el asunto carezca de interés público.

Finalmente el Ministerio Público tiene participación en cuestiones civiles y familiares.

INCULPADO

Es necesario señalar las diferentes acepciones de los tratadistas en la materia para saber que enviste a el inculpado.

El autor Díaz de León expresa “ el Inculpado es la persona penalmente acusado el que es señalado como probable autor del delito”.²⁴⁵

El penalista Colín Sánchez menciona, “el Inculpado, es el que se le atribuye la comisión o participación de un hecho delictuoso”.²⁴⁶

Es la persona, que ha llegado a cometer una violación a el código Penal, es decir, que ha cometido un delito y que por lo tanto va a ser sujeto de un proceso penal.

El inculpado es el sujeto activo del delito, en contra de quien va encaminada la función persecutoria y jurisdiccional ejercitadas por el Estado, a través del Ministerio y Juzgador.

²⁴⁵ Díaz de León, Marco Antonio, Diccionario de Derecho procesal penal, Tomo I, Editorial Porrúa, 4ª Edición Pág. 1166.

²⁴⁶ Colín Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, Pág. 102.

Asimismo el inculpado, es el sujeto a quien va dirigida la pretensión punitiva estatal, o sea el derecho del Estado de perseguir y castigar

Esta figura también conocida como el sujeto activo del delito”, y a lo largo del procedimiento se le denomina de diferentes formas, que a continuación estudiaremos.

DEFENSOR

Otro de los sujetos indispensables de la relación procesal es el órgano de defensa, el cual constituye otra de las partes en el proceso penal, y es la contraparte del Ministerio Público. Está constituido de manera invariable, por el inculpado y su o sus defensores. El órgano de defensa es indisoluble, puesto que no concibe al inculpado sin su defensor; o a este sin el inculpado.

Ahora bien la palabra defensor proviene del latín defensoris y significa el que defiende o protege; a su vez el vocablo defender significa amparar, proteger, abogar a favor de uno.

En el artículo 20 constitucional apartado “A” fracción X que a continuación se describe señala que el inculpado “ Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Sino

quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y”.

Este derecho es una de las garantías del inculpado en la que la asistencia en el procedimiento penal de un defensor, a favor del inculpado, es una de las garantías irrenunciables que consagra nuestra Carta Magna. Si el inculpado no quiere o puede nombrarlo, el juez oficiosamente le nombrará uno que tenga título de abogado y nombramiento oficial.

El artículo 20 constitucional claramente señala los derechos del inculpado para su defensa:

1.- A que tenga una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza.

2.- a nombrar defensor desde el inicio del procedimiento (con o sin detenido).

3.- Una de las obligaciones del juez respecto a la defensa es la siguiente:

a) A designar defensor de oficio cuando el inculpado, no tenga defensor, nombrar defensor de confianza sin cedula profesional o autoridad, asimismo le da la opción de querer el inculpado nombrar a algún defensor.

La autodefensa, Es el derecho que tiene todo inculpado dentro del procedimiento penal para defenderse por sí mismo. O sea el derecho que tiene el inculpado de oponerse a la pretensión punitiva del estado.

Clasificación del defensor:

Particular.- Es la persona en que forma privada y onerosa, tiene a su cargo dentro del procedimiento penal la asistencia jurídica del inculpado.

De oficio.- es el servidor público que en forma obligatoria y gratuita tiene a su cargo dentro del procedimiento la asistencia jurídica de aquellas personas que carecen de una defensa particular.

De confianza.- Es cualquier persona designada libremente por el inculpado dentro del procedimiento para que se encargue de su defensa.

El inculpado también puede dentro del procedimiento penal designar de manera ilimitada defensores que desee existiendo legalmente la obligación de nombrar un representante común de la defensa.

FACULTADES DEL DEFENSOR

1.- Otorgar gratuita u onerosamente asesoría técnico jurídica al inculpado durante todo el procedimiento penal.

2.- Estar presente con el inculpado en todos los actos del procedimiento que se practiquen.

3.- Realizar las promociones y demás medios de defensa dentro del procedimiento que favorezcan al inculpado.

4.- solicitar de las autoridades competentes todos los datos que sean necesarias para la defensa del inculpado.

5.- Aportar al Ministerio público y al juez todos los elementos de prueba que se disponga para obtener en su caso, el no ejercicio de la acción penal así como el no procesamiento y libertad provisional, o Sentencia definitiva del inculpado.

6.- Interponer los recursos procedentes contra las resoluciones que causen agravio al inculpado.

En términos generales el defensor, tiene el deber ineludible de salvaguardar los intereses del inculpado y realizar en consecuencia, una defensa adecuada que beneficie a el inculpado, toda vez que el defensor, es la persona, profesional del

derecho, que tiene a su cargo dentro del procedimiento penal la asistencia técnica-jurídica y representación del inculpado.

OFENDIDO

Es el sujeto pasivo del delito, titular del bien jurídico protegido por la ley y generalmente identificado dentro del procedimiento penal como denunciante o querellante.

El código de procedimientos penales para el Distrito Federal artículo 264 expresa "...Se reputara parte ofendida por tener por satisfecho el requisito de la querrela necesaria, a la victima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta imputada al indiciado..."

Asimismo en el artículo 20 constitucional Señala " En todo proceso de orden penal el inculpado, la victima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

[apartado] "B"

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

II. Coadyuvar con el Ministerio público, a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.

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

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

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador

no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

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

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

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

FACULTADES DEL OFENDIDO

- 1.- Presentar denuncias o querellas como requisito de procedibilidad.
- 2.- Aportar al Ministerio Público y juzgador todos los elementos de prueba de que se dispongan.
- 3.- Constituirse como coadyuvante del Ministerio Público durante el proceso (a través del escrito de coadyuvancia).
- 4.- Solicitar al juez el embargo precautorio de bienes en que pueda hacerse efectiva la reparación del daño.
- 5.- comparecer en las audiencias y demás actos del procedimiento y alegar lo que a su derecho convenga (pudiendo designar representante).
- 6.- Interponer los recursos y demás medios legales contra las resoluciones que le causen agravio (reparación del daño exclusivamente).

Y lo mas importante tiene derecho además hacer asistido por un abogado en todas las diligencias del procedimiento en averiguación y proceso en que participe.

1.2 DENOMINACIONES DEL INculpADO DENTRO DEL PERIODO EN QUE ACTÚA.

El inculpado recibe diferentes denominaciones, atendiendo primordialmente al periodo o etapa del procedimiento en que se encuentra actuando, a saber;

El maestro Barragán Salvatierra, manifiesta " que para adquirir la calidad de sujeto activo del delito es necesario la existencia de una sentencia ejecutoriada, y a su vez el individuo que por un error judicial es acusado de un delito será inicialmente indiciado, si se rinden conclusiones acusatorias, se le denominará acusado, si se le dicta auto de formal prisión se le denominará procesado, si se rinden conclusiones acusatorias, se le denominará acusado y al dictársele sentencia será sentenciado.

En éste último punto puede ser sentenciado absuelto y con sentencia ejecutoriada no podrá tener la calidad de sujeto activo del delito".²⁴⁷

El autor Colín Sánchez expresa "en la búsqueda de una terminología más precisa, se toman como referencia las siguientes definiciones:

Indiciado.- es el sujeto en contra de quien existen sospechas de que cometió algún delito.

Presunto responsable: es contra de quien existen datos suficientes para presumir que ha sido autor de los hechos que se le atribuyen.

Imputado: es aquel a quien se le atribuye un delito.

Inculpado: es el que se le atribuye la comisión o participación de un hecho delictuoso.

²⁴⁷ Barragán Salvatierra, Carlos. Derecho Procesal penal. Ed. 1^a 1999. Editorial McGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A de C.V., Pág. 197.

Encausado: es el sometido a una causa o proceso.

Procesado: es el que esta sujeto a un proceso.

Incriminado: es lo mismo que el término inculpado e imputado.

Presunto culpable: es contra quien existen elementos suficientes para suponer que en el momento procesal oportuno será objeto de una declaración jurídica que lo considere culpable.

Enjuiciado: al que se le sigue un juicio.

Acusado: es en contra de quien se ha formulado una acusación.

Condenado: es el que está sometido a una pena o condena.

Reo: es aquel sobre el que la sentencia ha causado ejecutoria y está obligado a someterse a la ejecución de la pena por la autoridad correspondiente”.²⁴⁸

El ilustre maestro Serralde Gonzáles Javier Alfredo, menciona “ existen dos diferentes denominaciones la general y especifica:

General

Presunto responsable, durante la averiguación previa

Indiciado, Preinstrucción

Procesado, Instrucción y juicio

²⁴⁸ Colín Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, Pág. 237.

Reo, en la ejecución.

Específicamente

Presunto responsable, averiguación Previa

Indiciado, Preinstrucción, del auto de radicación al auto de término constitucional

Procesado, a su vez se tiene otra subclasificación:

Preso, si ya se dicto auto de formal prisión, una vez dictado el auto de formal prisión.

Acusado, si se han formulado conclusiones acusatorias, una vez formuladas las conclusiones acusatorias.

Sentenciado, si se ha dictado sentencia definitiva, una vez dictada sentencia definitiva en primera o segunda instancia.

Reo, cuando una sentencia definitiva a causado ejecutoria (ejecución). Una vez que cause ejecutoria la sentencia definitiva hasta su cumplimiento o extinción”.²⁴⁹

Es necesario señalar periodos y etapas del procedimiento para entender las situaciones jurídicas del inculpado durante el procedimiento antes de hablar de los medios de impugnación:

Es de explorado derecho que la ejecución del delito da origen a una relación jurídica de carácter público dentro del estado y los sujetos que intervienen en su realización, la cual se establece necesariamente a través del procedimiento penal.

La palabra procedimiento en términos generales significa la manera, camino vía a seguir en la consecución de determinado objetivo.

²⁴⁹ Serralde Gonzáles, Javier Alfredo, apuntes de Clínica de derecho Procesal penal, 13 de marzo de 1997.

El procedimiento penal.- (lato sensu) es la actividad técnica que tiene por finalidad esencial hacer efectivas las normas del derecho penal sustantivo y adjetivo.

El procedimiento penal (stricto sensu) "es la actividad técnica constitucionalmente necesaria para hacer efectiva la pretensión punitiva estatal, esto es, actualizar sobre el autor o partícipe de un delito la prevista en la ley ".

Fundamento legal del Procedimiento penal

La piedra angular de todo procedimiento penal en México se encuentra en las disposiciones contenidas en los artículos 14 y 16 de la constitución. Ahora bien de manera particular y atendiendo a cada uno de los períodos y etapas del procedimiento penal, encontramos:

Artículo 14 constitucional.- "... Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho..."

Artículo 16 constitucional.- "... 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".

Por lo que respecta a la Averiguación Previa el artículo 21 constitucional parte segunda "... La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato..."

La etapa de preparación del proceso (preinstrucción) encuentra su fundamento en el diverso artículo 19 constitucional que señala " Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión..."

"...Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso".

La etapa del juicio (instrucción), que conforman el proceso penal propiamente dicho el numeral 20 constitucional a su vez establece " En todo proceso de orden penal tendrá el inculpado las garantías señaladas en sus fracciones que abarcan desde el derecho hacer puesto inmediatamente en libertad provisional bajo caución hasta el derecho a que se compute en la sentencia el tiempo de la detención.

Etapa de ejecución encuentra su fundamento artículo 18 constitucional segundo párrafo "Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente".

Periodos y etapas del Procedimiento Penal

a) periodos del procedimiento

como se ha señalado la ejecución del delito origina una relación jurídica de carácter público entre el estado y los sujetos que participan en su relación la cual se establece a través del procedimiento.

El procedimiento penal mexicano legalmente y desde el punto de vista doctrinario se ha dividido en dos grandes periodos a saber: la averiguación previa y el proceso penal, así como un periodo intermedio entre uno y otro denominado ETAPA DE PREPARACIÓN DEL PROCESO (preinstrucción)

En materia del fuero común

I Averiguación Previa >> (**Etapa de Preparación de Pruebas**)>> II Proceso 1. Etapa de instrucción. 2. Etapa de juicio.

En materia federal

Señala sólo tres periodos

1.-preinstrucción 2.- Instrucción 3.- Juicio

Ahora se hará referencia a las etapas del procedimiento, desde el punto de vista del derecho positivo mexicano el procedimiento penal se divide en cinco etapas que son:

- 1.- Averiguación Previa
- 2.- Preinstrucción o etapa de preparación del proceso
- 3.- Instrucción

4.- Juicio

5.- Ejecución

1.- averiguación previa, es la primera etapa del procedimiento penal que se inicia formalmente con la denuncia o querrela y concluye con la determinación, sobre el ejercicio o no ejercicio de la acción penal.

2.- Preinstrucción, etapa de preparación del proceso, es la etapa del procedimiento penal que principia con la radicación de la causa, hasta el auto de término constitucional (formal prisión o sujeción a proceso).

3.- Instrucción, es la etapa del procedimiento, proceso, que se inicia con la apertura del procedimiento ordinario o sumario y termina con el cierre de la instrucción

4.- Juicio, es la etapa del procedimiento, proceso, que se inicia una vez que se han formulado conclusiones acusatorias por parte del Ministerio Público y finalizan con la sentencia definitiva dictada en primera y segunda instancia.

5.- Ejecución, es la etapa del procedimiento penal que surge una vez que ha causado ejecutoria la sentencia definitiva y concluye con el cumplimiento extinción de la pena impuesta.

En relación a los diversos períodos y etapas de procedimiento debe anotarse que el Código Federal de Procedimientos penales en su artículo 1 establece “ El presente Código comprende las etapas del procedimiento.

I.- El de averiguación previa a la consignación

II.- Preinstrucción

III.- Instrucción

IV.- Primera instancia

V.- Segunda instancia

VI.- Ejecución.

VII.- El relativo a inimputables menores y toxicómano (habito de estupefacientes o psicotropicicos).

A diferencia de la ley adjetiva penal federal (artículo 1, del código Federal de procedimientos penales, Código de procedimientos penales para el Distrito Federal, no tiene disposición alguna que exprese señale periodos o etapas del procedimiento penal en materia del fuero común.

ACTIVIDADES PRINCIPALES DE LAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

I.- EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA

El Ministerio Público, actúa como autoridad realiza las siguientes actividades.

- a) Recepción de denuncias y querellas requisitos de procedibilidad
- b) Práctica de diligencias de averiguación previa también llamadas de policía judicial
- c) Determinaciones sobre el ejercicio o no ejercicio de la acción penal.

II.- En la preinstrucción (etapa de preparación de proceso).

El juez, actúa como autoridad y realiza las siguientes actividades

- a) Auto de radicación
- b) Declaración preparatoria
- c) Auto de termino constitucional

III.- En la instrucción

- a) Apertura del procedimiento ordinario o sumario

- b) En relación a la prueba, ofrecimiento, admisión, preparación, desahogo
- c) Auto de sierre de instrucción

IV.- Juicio

- a) formulación de conclusiones del Ministerio Público y de la defensa
- b) situación audiencia de vista
- c) Celebración de audiencia de vista o audiencia final de primera instancia
- d) Sentencia.

V.- En la ejecución

- a) Internamiento o remisión (remitir) del sentenciado al centro penitenciario (centro de readaptación social).
- b) Concesión o negativa de beneficios penitenciarios y sustitutos
- c) Concesión negativa del indulto y / o reconocimiento de inocencia.

Debe aclararse, que en el procedimiento sumario no se prevé la realización de varias audiencias de desahogo de pruebas, ni la citación de audiencia de vista, ni la celebración de audiencias de vista, las sentencias no son apelables.

REQUISITOS FORMALES PARA PASAR DE UNA A OTRA ETAPA DE PROCEDIMIENTO.

AVERIGUACIÓN PREVIA, debe existir consignación con o sin detenido, para pasar a preinstrucción.

PREINSTRUCCIÓN, requisito para pasar a instrucción auto de término constitucional, auto de formal prisión o sujeción a proceso.

INSTRUCCIÓN, requisito para pasar a juicio son conclusiones acusatorias del Ministerio Público.

JUICIO, requisito para pasar a ejecución, se requiere una sentencia condenatoria que causa ejecutoria.

Es necesario hacer una breve referencia a la averiguación previa

La averiguación previa es la primera etapa del proceso penal mexicano; inicia con la presentación de la denuncia o querrela, y constituye primordialmente las diversas actuaciones que lleva a cabo el Ministerio Público al actuar como policía judicial, al investigar el ilícito y al recolectar las pruebas y los demás elementos que permiten reconocer a los responsables.

Las diligencias que se realicen en este periodo tendrán importante valor probatorio cuando el asunto pase a ser competencia del juzgado.

Durante este periodo, el Ministerio Público deberá determinar, si se satisfacen los requisitos mínimos e indispensables para que el asunto pueda ser consignado ante el juez competente; por ello, es una etapa preliminar, en la cual se prepara el ejercicio de la acción penal.

El penalista Silva Silva menciona al respecto “ La averiguación previa se deberá tratar de confirmar la existencia del tipo delictivo y la probable responsabilidad de su autor, se tendrá también que brindar ayuda a los damnificados, aplicar medidas cautelares convenientes, dictar órdenes de inhumación de cadáveres, etcétera.

Sin embargo no hay consenso en cuanto a lo que realmente es la esencia de la averiguación; [sin embargo], considera que existen principalmente dos criterios fundamentales al respecto:

a) Criterio de promoción: se sostiene que mediante la averiguación previa el Ministerio Público prepara la promoción de la acción procesal.

b) Criterio de determinación: el Ministerio Público no prepara la acción procesal penal, sino la determinación acerca de si la inicia o no”. 250

De lo anterior expuesto por el autor se deduce que la averiguación previa es el periodo del procedimiento penal mexicano, durante el cual el Ministerio público y sus órganos auxiliares (policía judicial) y servicios periciales realizan las diligencias legalmente necesarias para fundamentar en su caso, para ejercer el ejercicio o no ejercicio de la acción penal.

La finalidad esencial de las diligencias de averiguación previa, es satisfacer los requisitos exigidos por los artículos 16 y 21 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

250 Silva Silva, Jorge, Derecho Procesal penal, 2ª Ed., Colección Textos Jurídicos Universitarios, Oxford University Press, México, 2001, Pág. 250.

Finalmente la averiguación previa técnicamente se inicia con la noticia del delito que tiene el Ministerio público a través de la denuncia y / o querrela.

Durante este periodo el Ministerio Público actúa como autoridad realizando tres actividades esenciales.

I.- La recepción de denuncias y querrelas como requisitos de procedibilidad.

II.- Práctica de las diligencias de averiguación previa también llamada policía judicial, tendientes a comprobar la existencia del delito así como acreditar la probable responsabilidad del inculpado.

III.- la determinación sobre el ejercicio o no ejercicio de la acción penal.

I.- REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

DENUNCIA.- (lato sensu) es la noticia de un hecho con apariencia delictuosa realizada por cualquier persona por cualquier medio al Ministerio público o a sus órganos auxiliares sin sujetarse necesariamente a formalidad alguna, esto es la noticia criminis”.

Denuncia como requisitos de procedibilidad, es la comunicación formal con apariencia delictuosa que cualquier persona realiza al Ministerio público o sus órganos auxiliares, por ello la denuncia es el instrumento propio opera los delitos perseguibles de oficio.

Son delitos perseguibles de oficio, aquellos en los que el Ministerio Público debe actuar en virtud del poder público de que esta investido por el Estado, predominando el interés general de la sociedad que se investigue y castigue sobre el interés particular.

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no existe una disposición que de manera expresa señale la obligación que tiene toda persona ya que se trate de un particular o un servidor público la existencia de un hecho con apariencia delictuosa perseguible de oficio.

El Código Federal de Procedimientos Penales sin embargo en sus numerales 116 y 117 respectivamente.

Artículo 116 “ Toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito que deba perseguirse de oficio esta obligada a denunciar ante el Ministerio público y en caso de urgencia ante a cualquier funcionario o agente de la policía”.

Artículo 117 “ Toda persona que en ejercicio de sus funciones públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio esta obligada a participar inmediatamente al Ministerio Público transmitiéndole todos los datos que tuviere poniendo a su disposición desde luego, a los inculpados si hubieren sido detenidos.

QUERELLA.- Es la comunicación formal de un hecho con apariencia delictuosa que únicamente realiza al Ministerio público la persona legitimada para ella.

Por tal razón la querella, es el instrumento propio que opera los delitos perseguibles de instancia de parte.

Delitos perseguibles a instancia de parte, son aquellos en los que el Ministerio Público debe actuar en virtud de la manifiesta expresión de voluntad del ofendido o su representante en virtud de que persiga o castigue un delito determinado, predominando el interés particular sobre el interés general de la sociedad.

A la querella como requisito de procedibilidad se le identifica con los siguientes sinónimos:

- 1.- Acusación
- 2.- Querella necesaria
- 3.- Queja del ofendido
- 4.- a petición de parte
- 5.- a instancia de parte ofendida
- 6.- a instancia del agraviado. Etc.

EFFECTOS DE LA QUERELLA

PRESENTACIÓN , la iniciación formal de la averiguación previa

NO PRESENTACIÓN O FALTA DE LEGITIMACIÓN, encontramos, no inicio de la averiguación previa, no ejercicio de la acción penal, suspensión del

procedimiento. Es esta la legitimación en términos generales es la capacidad de las partes para actuar dentro del procedimiento.

En México las personas legitimadas esto es legalmente capacitadas para formular o presentar querella son:

- 1.- Ofendido
- 2.- el legítimo representante (tratándose de querellas formuladas en representación de menores incapaces).
- 3.- El apoderado general para pleitos y cobranzas con cláusula especial para formular querella cuando se formulen la querella en representación de persona moral.

LEGITIMADOS PARA FORMULAR QUERELLA

OFENDIDO, titular del bien jurídico protegido por la ley

LEGITIMO REPRESENTANTE, menores de 16 años.

APODERADO LEGAL PARA PLEITOS Y COBRANZAS (representante legal), personas morales artículo 25 del código civil.

La suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto señala

“ Denuncia o querella, deben constar en las actuaciones de averiguación Previa. La denuncia, acusación o querella, ya sea que se presente verbalmente o por escrito, debe constar en la averiguación previa materia de la consignación que hace el Ministerio público al juez competente. Esto se explica en razón de que solamente de esta manera puede el juzgador cerciorarse plenamente de la existencia del referido requisito , así como para que el indiciado esté en condiciones de defenderse, por lo tanto, no basta para considerar acreditado éste, un informe de la policía judicial en que se mencione que en virtud de una llamada

telefónica hecha a un particular, éste informó de la existencia de la denuncia, acusación o querrela que obra en diversa averiguación, respecto de un delito que la policía judicial estaba investigando, si a dicho informe no se acompaña copia certificada de la respectiva diligencia.

Octava época. Instancia: Tercer Tribunal colegiado del sexto circuito. Fuente: semanario Judicial de la federación. Tomo: VI, Segunda parte- 2 de julio a diciembre de 1990, Pág. 510.

Amparo en Revisión 310/88. Aurelio Cruz Arias. 20 de septiembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquin Zaleta. Secretario: Otón Manuel Ríos Flores”.

CONTENIDO DE ESCRITO DE DENUNCIA DE HECHOS

- I.- Autoridad a quien se presenta
- II.- todo escrito de denuncia debe contener un proemio
- III.- Antecedentes
- IV.- Capitulo de hechos
- V.- el que haga referencia a los documentos Materia denuncia.
- VI.- Un capitulo de derecho o sea la fundamentación.
- VII.- Contener unos puntos petitorios
- VIII.- Protesta de ley
- IX.- Lugar y fecha de la promoción y firma.

I.- Autoridad a quien se presenta, la designación de la autoridad competente para conocer de los hechos supuestamente delictuosa es el primer elemento que debe contener todo escrito por denuncia de hechos por regla general deberá

señalarse al ciudadano procurador como titular de la dependencia del poder ejecutivo federal o local en la que se integra la institución del Ministerio público.

II.- Proemio, es el segundo elemento y se conforma de los siguientes datos:

- a) Nombre, personalidad y domicilio del denunciante o querellante.
- b) Mención de que se realiza denuncia de hechos posiblemente constitutivos de delito.
- c) Señalamiento del presunto o presuntos responsables, así como los datos para su identificación y localización.
- d) Señalamiento del monto del daño patrimonial en su caso.

III.- Capitulo de antecedentes, se mencionan todos los datos circunstanciales que en su conjunto constituyan el presupuesto necesario de la realización de los hechos materia de denuncia y sin los cuales estos últimos no tendrían existencia en el mundo fáctico y del derecho, así debe hacerse referencia a la calidad de las personas ofendidas y del sujeto activo del delito, los vínculos derivados de las relaciones penales, familiares, laborales o de confianza, así como la existencia, objeto y ubicación de sociedades civiles o mercantiles.

IV.- Capitulo de hechos, el punto esencial de este capitulo radica en la exposición de la verdad histórica de los hechos y su mecánica de realización a través de la expresión de todas las circunstancias penales y de ejecución, así como de las referencias temporales, esenciales y de ocasión en particular.

V.- Capitulo de documentos, los instrumentos (documentos) públicos y privados relacionados de manera directa o indirecta a los hechos materia de denuncia, así como con la personalidad, (legitimación) del promovente y mencionados ya sea en el proemio o en el capitulo de hechos correspondiente, deben hacerse constar, (mencionarse) en el propio escrito de denuncia de hechos de una manera ordenada y sistemática, independiente de que los documentos de

referencia corran agregados mediante anexos (en una práctica no es aconsejable presentar los originales sino que se deben anexas copias simples fotostáticas y en el momento de ratificar o ampliar exhibir los originales se de fe de los mismos y previo cotejo se devuelvan los originales.

VI.- Capitulo de derechos fundamentales, esta constituido con la fundamentación legal del escrito, es aconsejable tener en consideración el orden jerárquico de las normas imperantes en el sistema jurídico nacional, citar en primer término a la constitución política de los Estados Unidos mexicanos, como la ley suprema, seguida de las leyes federales o locales ordinarias y reglamentarias así como de más disposiciones relativas y aplicables que prevean la materia, competencia y procedimiento en general.

VII.- Puntos petitorios, una vez expuestos los hechos a sí como las consideraciones de derecho procede, se fija en puntos concretos las peticiones al ciudadano procurador o funcionario que legalmente lo represente y que en la práctica se reducen a los siguientes:

1.- Solicitud de que se tenga por presentado al promovente, con la personalidad que ostenta en su caso realizando denuncia de hechos probablemente constitutivos de delito ya sea en su agravio o en agravio de tercero.

2.- Solicitud de que se señale fecha y hora para la ratificación del escrito así como para la exhibición y presentación de documentos y testigos relacionados a los hechos materia de denuncia.

3.- solicitud de que se ordene el inicio de la averiguación previa respectiva, practicándose las diligencias necesarias para su debida integración perfeccionamiento y resolución final.

4.- solicitud de que se determine en su oportunidad el ejercicio de la acción penal correspondiente en contra del presunto responsable así como de quien resulte responsable.

VIII.- Protesta de ley, no requiere de mayor comentario toda vez que se entiende que la denuncia de hechos es realizada en términos del artículo 8 constitucional, es decir, por escrito, de manera pacífica y respetuosa.

En la práctica esta protesta de ley puede estimarse al final del escrito de denuncia de hechos e incluso antes del capítulo de antecedentes.

Respecto a la denuncia la suprema Corte de Justicia de la Nación opina:

“ Denuncia en materia penal. Su connotación. Por denuncia en materia penal debe entenderse la noticia que tiene el Ministerio público de la existencia de un hecho delictuoso, motivo por el que tratándose de un delito perseguible de oficio es suficiente que el acusador público tenga esa noticia para que esté en aptitud de ejercitar la correspondiente acción penal.

Novena época. Instancia. Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito. Fuente:

Semanario Judicial de la federación y su gaceta. Tomo V. Febrero de 1997. Tesis: VII.P. J/21 Pág. 620.

Tribunal Colegiado en Materia Penal del séptimo circuito

Amparo en revisión 145/93. victoria Morales pineda. 6 de julio de 1993. Unanimidad de votos.

Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretaria: Leticia López Vives.

Amparo en Revisión 405/93. Antonio Varela Flores. 8 de marzo de 1994. Unanimidad de Votos.

Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretario: Lucio Marín Rodríguez.

Amparo directo 448/94. Salvador Damián Falcón. 15 de noviembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretaria : María de Lourdes Juárez Sierra.

Amparo directo 538/95. Santiago Ramírez González. 2 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Vicente Salazar Vera. Secretaria: María de Lourdes Juárez Sierra.

Amparo en revisión 687/96. Jorge Duran Díaz y otro. 25 de Noviembre de 1996. Unanimidad de Votos ponente: José Pérez Troncoso. Secretario. José Luis Rafael Cano Martínez”.

EL ACTA DE AVERIGUACIÓN PREVIA

GENERALIDADES

El acta, en términos generales, es la constancia escrita de un acto o hecho.

El acta de averiguación previa, “ es el documento formal en el que se hacen constar las diligencias legalmente practicadas por y ante el Ministerio Público y sus órganos auxiliares en la investigación y persecución de los delitos”.

Comúnmente se hace referencia al acta, como un documento formal toda vez que en su elaboración e integración se deben observar necesariamente ciertas formalidades y requisitos exigidos por la ley; así, el Código de procedimientos penales para el –Distrito Federal en su capítulo relativo a las reglas especiales para la práctica de diligencias y levantamiento de actas de policía judicial artículos 274, 277, 278, 279, 280, 281, 284 y 285 establecen los requisitos esenciales del acta de averiguación previa.

Art.- 277.-“ Las actas se extenderán en papel de oficio (hoja membretada), autorizándose cada hoja con el sello de la oficina (agencia del Ministerio público) e insertándose en ellas las constancias enumeradas en el artículo 274 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal”.

Art.- 278 “En las oficinas de policía judicial, se llevarán los libros necesarios para dar entrada a los asuntos que se tramiten y se formará expediente con copia de cada acta y con los demás documentos que se reciban, dejando copia de éstos últimos cuando fuere necesaria la remisión de los originales”.

Art.- 279 “ cuando se reciban armas u otros objetos que se relacionan con el delito se hará la descripción de ellos en las actas, expresándose las marcas, calidades, materia y demás circunstancias características que faciliten su identificación; si se recibiere dinero o alhajas, se contará el primero, expresándose la clase de monedas y su numero, y se especificarán debidamente las segundas, entregándose el recibo que menciona el artículo 98 de este código”.

Art.- 280 “ A toda persona que deba examinarse como testigo o como perito denunciante querellante se le recibirán protesta de conducirse con verdad, bajo la siguiente formula: ¿ PROTESTA USTED BAJO SU PALABRA DE HONOR Y EN NOMBRE DE LA LEY DECLARAR CON VERDAD EN LAS DILIGENCIAS EN QUE VA A INTERVENIR? Al contestar en sentido afirmativo, se le hará saber que la ley sanciona severamente al falso testimonio”.

Art.- 281 “ Las diligencias que se practiquen deberán ser breves y concisas, evitándose vacíos y narraciones superfluas que alarguen los procedimientos”.

Art.- 284 y 285 “ El Ministerio público o sus auxiliares asentarán, en el acta que levanten, todas las observaciones que acerca de las modalidades empleadas al cometer el delito.

Los mismos servidores asentarán también en dicha acta todas las observaciones que acerca del carácter del probable responsable hubieren recogido, ya sea en el momento de cometer el delito, ya durante la detención, o bien durante la práctica de las diligencias en que hubieren intervenido, incluyendo el grupo étnico indígena al que pertenecen, en su caso”.

Art. 282.- “ cerrada el acta, se tomará razón de ella y el agente del Ministerio público procederá con arreglo a su atribuciones”.

Existen en la práctica tres formas de iniciar o levantar un acta de averiguación previa a saber.

1.- Directa o primordial.- procede cuando se practican actuaciones en una investigación de un delito por vez primera (no existen diligencias de averiguación previa anteriores)

2.- continuada.- Procede cuando se practican actuaciones en investigación de un delito de un turno a otro dentro de una misma agencia investigadora general del Ministerio Público generalmente para su debida persecución y perfeccionamiento legal (faltan diligencias por practicar)

3.- Relacionada.- procede cuando se practican actuaciones en investigación de un delito en auxilio de otra agencia investigadora del Ministerio Público diligencias por separado del acta primordial.

Contenido de la acta de averiguación previa.

El acta de averiguación previa, como documento formal contiene los siguientes elementos:

- I.- Rubro
- II.- Exhordo
- III.- Diligencias
- IV.- Resoluciones

I.- Rubro.- Es el primer elemento y esta conformado por lo datos de identificación del acta que son:

- i.- Delegación regional y jefatura de distrito
- 2.- Agencia investigadora que esta actuando
- 3.- Que turno es el que esta actuando
- 4.- Que número de acta
- 5.- Delito(s)
- 6.-Número de hoja

En el Distrito Federal funcionan 16 delegaciones regionales, con sus respectivas agencias investigador. En tres turnos de 24 horas de trabajo por 48 horas de descanso, funcionan los 365 días del año (siempre).

En cuanto al número de acta se conforma de los siguientes datos:

- Número de agencia investigadora (1ª al 67)
- Número progresivo dela acta (01.....)
- Año (2006)
- Mes que se realizo el delito (01 a 12)

II.- Exordio, es el preámbulo introducción o inicio del acta y comprende.

- a) Lugar fecha y hora en que actúan
- b) Motivo y forma de conocimiento de la noticia criminis
- c) Forma de inicio del acta (directa, relacionada o continuada).

III.- Las diligencias, constituyen las actividades realizadas por el Ministerio Público y sus órganos auxiliares tendientes a comprobar la existencia del delito y acreditar en su caso la presunta responsabilidad del inculpado, generalmente se les denomina diligencias de averiguación Previa o de Policía judicial.

IV.- Las resoluciones, son los acuerdos y determinaciones adoptadas por el Ministerio Público en base a los datos aprobados por las diligencias de averiguación previa practicadas.

Acuerdos, resoluciones de tramite

Determinaciones, resoluciones de fondo.

Respecto a las diligencias básicas en la averiguación previa

Las diligencias de averiguación previa constituyen la esencia de la actividad realizada por el Ministerio Público y sus órganos auxiliares en la averiguación previa y persecución de los delitos.

El acta de averiguación previa debe contener para su debida integración un mínimo de diligencias practicadas que son:

I.- Declaración de quien proporciona la noticia criminis denunciante y/o querellante y, en su caso la reincorporación el acta del acto informativo correspondiente artículo 274 F I Código de procedimientos penales para el Distrito Federal.

II.- Fe de integridad física y estado psicofisiológico de las personas relacionadas a los hechos materia de averiguación previa (Artículo 271 párrafo primero, Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

III.- Declaración del denunciante o/ y querellante (276 párrafo primero Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

IV.- Inspección ocular en el lugar de los hechos (artículo 265 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal)

V.- Fe de objetos, producto, efecto relacionados con los hechos (artículo 279 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal

VI.- Declaración de testigos (artículo 189 Código de Procedimientos penales para el distrito Federal).

VII.- Declaración del presunto responsable (artículo 269 Código de procedimientos penales para el Distrito Federal).

VIII.- Intervención a los servicios periciales (artículo 96, 121, 162 del Código de procedimientos penales para el Distrito Federal).

IX.- Intervención a la policía Judicial (artículo 21 de nuestra Carta Magna, y artículo 273 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

X.- Incorporación al acta de documentos dictámenes periciales e informes de policía judicial. (artículo 277 código de procedimientos penales para el Distrito federal).

XI.- Obligación de dar a conocer al presunto responsable sus derechos constitucionales durante la averiguación previa. (artículo 269 Fracción III y artículo 134 bis del Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Resoluciones del Ministerio público en la Averiguación Previa.

Las resoluciones están constituidas por los acuerdos y determinaciones adoptadas por el Ministerio público en base a los datos arrojados por las diligencias de averiguación previa practicadas.

En la práctica una vez concluida la base investigadora el Ministerio publico en ejercicio de sus atribuciones va ha llegar a dos tipos de resoluciones:

.- De tramite

.- de fondo

A.- Resoluciones de trámite (acuerdos), Se refieren principalmente a cuestiones relativas del expediente (acta) personas y bienes relacionados a la Averiguación previa, así como a cuestiones de competencia.

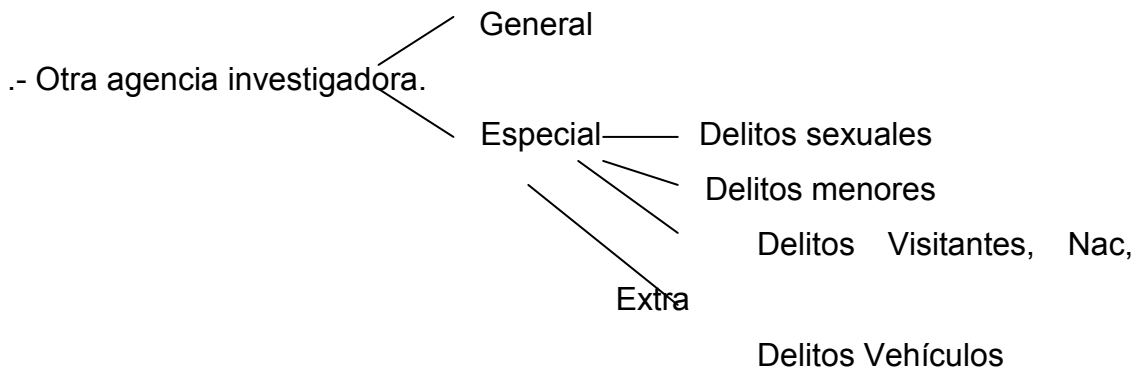
- 1.- Expediente (acta)
- 2.- Personas

- Acuerdo (tramite) 3.- Bienes
 4.- Competencia

1.- Expediente envío a:

.- Turno siguiente

.- Mesa investigadora (trámite)



.- Resolver que una acta sea enviada a el Sector Central:

I.- agencia investigadora

II.-Mesa investigadora especial del sector central

III.-Fiscalía especial

.- Otra delegación regional

2.- Personas se da en dos formas:

I.- Presunto responsable, detención, caución, arraigo, libre con las reservas de ley

II.- Ofendido, Lesionado (envío a hospital, Entrega a familiares) Cadáver (envío al SEMEFO, entrega a familiares o allegados, orden de inhumación, dispensa de autopsia.

3.- Bienes

- I.- Aseguramiento (embargo precautorio , Decomiso)
- II.- Envío a servicios periciales
- III.- Devolución y entrega
- IV.- Envío al deposito de objetos
- V.- Destrucción (delitos contra la salud)

4.- Competencia, envío del expediente personal de bienes

- P.G.R. Delitos Federales
- P.G.J.E, Delitos fuero común locales (31)
- P.G.J.M, Delitos del fuero militar
- C.M, consejo de menores

B.- Resoluciones de fondo, son determinaciones y estas resoluciones encuentran su fundamento en el ejercicio de la función persecutoria de los delitos encomendada al Ministerio Público por mandato constitucional (artículo 21 constitucional párrafo segundo).

Es necesario mencionar que es la acción penal para algunos autores:

En primer lugar señalare que la palabra acción proviene de “agere”, que significa toda actividad o movimiento que se encamina a determinado fin.

El penalista Eduardo López Betancourt define la acción penal “ Como el poder o la potestad otorgada por el Estado al Ministerio Público para que, respecto a un asunto específico incite al órgano judicial competente a aplicar y hacer respetar el marco legal, resolviendo la controversia o conflicto suscitado”.²⁵¹

El ilustre maestro y penalista Hernández pliego define a la acción penal “ como el poder deber que el Estado encomienda constitucionalmente al Ministerio Público, y que se manifiesta cuando éste excita al órgano de la jurisdicción para que, en un caso concreto, resuelva el conflicto de intereses que se le plantea, mediante la aplicación de la ley, con la finalidad de lograr la permanencia del orden social “²⁵²

Asimismo la acción penal, es el poder jurídico que tiene el propio Estado para provocar la función jurisdiccional.

En México el Ministerio Público, es el titular único y absoluto de la acción penal; sólo esta institución (Ministerio Público) puede y debe resolver sobre su ejercicio o abstención.

²⁵¹ López Betancourt, Eduardo, Derecho Procesal Penal. Ed., 1ª 2003 México. Edit., IURE Editores S.A de C.V. Pág. 93.

²⁵² Hernández Pliego, Julio, Programa de derecho Procesal Penal. Ed., 7ª , Editorial Porrúa S.A de C.V. Pág. 133-134.

Las resoluciones de fondo (determinaciones) versan precisamente sobre el ejercicio o no ejercicio de la acción penal.

Las resoluciones de fondo que son determinaciones del Ministerio Público se da de las siguiente forma:

I.- Dictar la consignación o ejercicio de la acción penal

II.-Si considera que no hay elementos suficientes para demostrar la responsabilidad del indiciado, dictará el no ejercicio de acción penal, o el archivo de la denuncia o querrela.

III.- En su caso, la reserva o archivo provisional.

I.- dictar la consignación o ejercicio de la acción penal

Para realizar la consignación, el Ministerio Público deberá evaluar todo lo que se recabe en la averiguación previa y, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 16 de la constitución política, precisar si se han cumplido los presupuestos legales de la acción penal.

a) Que hayan satisfecho los requisitos de procedibilidad (presentación de denuncia, querrela, etcétera).

b) Que en la correspondiente denuncia o querrela se narren hechos que la ley catalogue de ilícitos, y que tengan señalada por lo menos una pena privativa de libertad.

c) Que se hayan presentado pruebas suficientes y la información necesaria para comprobar el cuerpo del delito y la probable culpabilidad del indiciado.

Es necesario señalar la diferencia que entre consignación con detenido y sin detenido.

Consignación con detenido, se dan dos situaciones a) en delito flagrante b) en un caso urgente:

a) en delito flagrante

1.- Flagrancia estricta. El sujeto es detenido en el momento de ejecutar o consumir el hecho ilícito.

2.- Cuasiflagrancia. La persona podrá ser detenida después de consumado el hecho ilícito, siempre que no se le haya perdido de vista y haya sido perseguida desde la realización del delito.

3.- Presunción de flagrancia. El individuo es detenido por la existencia de datos que permiten intuir su participación en el hecho delictivo, por ejemplo: que tenga en su posesión algún arma , la cosa robada, etcétera.

b) En un caso urgente se presenta:

1.- Que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves en el Art. 194 del señalado Código;

2.- Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y

3.- Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.

Consignación sin detenido

Cuando el Ministerio Público ha llegado a la conclusión, después de realizadas las averiguaciones respectivas, de que existe un sujeto responsable de un delito que debe ser sancionado con pena corporal, procederá consignando la averiguación previa ante el juez competente. Si el susodicho aún no ha sido detenido, el Ministerio Público se verá obligado a solicitar a la autoridad jurisdiccional una orden de aprehensión

II.- si considera que no hay elementos suficientes para demostrar la responsabilidad del indiciado, dictará el no ejercicio de acción penal, o el archivo de la denuncia o querrela.

El no ejercicio de la acción penal consiste en la determinación que hace el Ministerio Público, terminadas las diligencias necesarias para la averiguación previa, de que no existe material probatorio suficiente para acreditar el cuerpo del delito o la culpabilidad del presunto responsable, el Ministerio Público puede llegar a esta decisión:

a) No se hayan satisfecho los requisitos que establece el art. 16 de la Constitución:

b) La acción penal se haya extinguido, ya sea por la prescripción, por la muerte del indiciado, por el perdón en los delitos de querrela; o

c) se haya cumplido alguna de las causas de exclusión del delito establecidas en el artículo 29 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal

III.- En su caso, la reserva o archivo provisional.

En esta situación se considera que si de las diligencias practicadas no resultan elementos bastantes para hacer la consignación al juzgado, pero apareciendo con posterioridad con la posibilidad de allegarse datos para proseguir la averiguación se reservará el expediente hasta que se obtengan datos.

El Código de Federal de Procedimientos Penales señala “ si de las diligencias practicadas no resultan elementos bastantes para hacer la consignación a los tribunales y no aparece que se puedan practicar otras, pero con posterioridad pudieran allegarse datos para proseguir la averiguación, se reservará el expediente hasta que aparezcan esos datos, y entretanto se ordenará a la policía haga investigaciones tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos”. (ART.- 131)

Naturaleza Jurídica de la Acción Penal

Nuestra Carta Magna, determina que el Ministerio Público es el órgano encargado de perseguir los delitos; así esta institución monopoliza la acción penal con auxilio de la policía, por lo que la ciudadanía es titular original de la acción penal, la ha confiado a un órgano representante del Estado, que se encarga de ella.

Características

La doctrina en general establece las siguientes características de la acción penal:

1. Pública.

Se considera pública porque persigue un fin de carácter público, que es el castigo de los ilícitos por parte del Estado, representante del poder público. Es decir, se encargará de aplicar un castigo al delincuente, protegiendo los intereses de toda la colectividad.

2.- Única.

Se estima que es única porque se utiliza una sola acción penal para todos los ilícitos, sin importar las características de éste; es decir, no existe una acción penal especial para cada delito cometido.

3. Indivisible.

Se considera indivisible porque se ejerce la misma acción penal para todos los participantes en un hecho delictivo, y no determinada acción penal para cada indiciado.

4. Irrevocable.

Una vez que el órgano jurisdiccional ha ejercitado la acción penal, carece del derecho de revocarla, es decir no cuenta con la potestad de desistir de ella. En cuanto inicia el proceso, debe continuarse hasta su finalización y hasta que el juez determine una sentencia.

5. Intrascendente.

La intrascendencia se refiere a que la acción penal esta limitada al presunto responsable del delito, solo se dirige al indiciado y de ninguna manera podrá alcanzar a sus parientes o terceros.

6. Autónoma.

Es autónoma, porque no depende del derecho abstracto de castigar del Estado, ni del derecho concreto a sancionar al delincuente de parte del juez.

Finalmente y a manera de análisis la averiguación como periodo de investigación del delito para que el Ministerio Público como institución jurídica que representa a la sociedad, pueda ejercer o no la acción penal con detenido o sin detenido, existe la posibilidad de que haya detenido o no, por haberse cumplido los requisitos establecidos por el artículo 16 constitucional y no cumpliéndose estos dicha averiguación será archivada para su estudio o no en tanto se obtengan datos para integrar la misma y se pueda ejercer la misma.

Al respecto la Suprema Corte de justicia de la Nación señala:

“Acción penal, procedencia de la. El ejercicio de la acción penal, como facultad exclusiva del Ministerio Público, se apoya en supuestos definidos como la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, por lo que si en esa fase indagatoria falta alguno de los elementos en mención, es obvio que no la ejerza el representante social o también porque aparecieran algunas de las consecuencias, tales como ausencia de conducta o hecho delictuoso; falta de intervención por parte de una persona determinada a quien se ha tenido como un indiciado; imposibilidad de recabar pruebas, por obstáculo material insuperable; extinción de la responsabilidad penal; o existencia de una circunstancia excluyente de responsabilidad penal; por consiguiente, al existir algunas de estas consecuencias, es obvio que el Ministerio Público está imposibilitado para ejercer la acción penal, siendo evidente que el juicio de amparo no pueda analizar tales cuestiones no obligar al Ministerio público a que ejerza la acción penal, porque ello contravendría el contenido del art 21 de la Constitución general de la república”.

Octava época. Instancia: Primer Tribunal Colegiado en materia penal del primer circuito.

Fuente: Semanario Judicial de la federación. Tomo: I, segunda parte – 1, enero a junio de 1988, Pág. 40.

Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del primer Circuito

Amparo directo 751/87. Javier Gómez Rojo. 25 de marzo de 1988. Unanimidad de votos.

Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretaria: María Cristina Jiménez Hidalgo.

Amparo en revisión 333/87. Antonio Rodríguez Díez. 24 de noviembre de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretaría María Cristina Jiménez Hidalgo.

Séptima época, volúmenes 217-228, sexta parte. Pág. 21.

Después de habernos referido al periodo de averiguación que es la base para que inicie el procedimiento siempre y cuando se reúnan los requisitos establecidos por la ley. Ahora es tiempo de iniciar con el periodo de preparación del proceso (preinstrucción)

PERIODO DE PREPARACIÓN DEL PROCESO

El periodo de preparación del proceso denominado preinstrucción técnicamente se inicia con el auto de radicación de la causa y concluye cuando se resuelva la situación jurídica del indiciado.

En si durante esta etapa del procesamiento se realizan actuaciones necesarias para determinar los hechos que deban ser necesariamente materia del proceso y su clasificación legal conforme al tipo penal aplicable, resolviéndose así la formal prisión o sujeción a proceso del inculpado o bien su libertad por falta de elementos.

Éste periodo esta constituido esencialmente por tres vigencias fundamentales que son:

- I.- Auto de radicación, inicio o cabeza de proceso
- II. Declaración preparatoria
- III. auto de término constitucional

- I.- Auto de radicación, inicio o cabeza de proceso

Una vez que el Ministerio Público ha consignado el asunto a la autoridad judicial, el primer acto que realiza ésta es el auto o resolución de radicación, llamado también auto de inicio, inocuación o auto cabeza de proceso mediante él, el juez verifica los presupuestos penales, como la competencia, las formalidades, etc., y se inicia la relación procesal, quedando las partes sujetas a la jurisdicción del tribunal determinado.

Respecto a la concepción de este punto de inicio los autores señalan:

El penalista González Bustamante menciona “ El auto de radicación produce las siguientes consecuencias en el orden jurídico – procesal: 1. Constituye el primer acto de imperio del juez, e inicia la apertura de la instrucción y del proceso. 2. desde el momento en que se dicta, el juez empieza a disfrutar de su potestad jurisdiccional. 3. limita el periodo de Privación de la libertad, porque desde el momento en que se pronuncia dicho auto corren para el juez los términos constitucionales de cuarenta y ocho horas para tomar al detenido su declaración preparatoria y de setenta y dos horas para resolver su situación jurídica, mediante el auto de formal de prisión o el de libertad por falta de meritos. 4. Sujeta a las partes a la potestad del juez, con el fin de que el proceso se desarrolle normalmente”.²⁵³

El autor Silva Silva, expresa “ que la resolución de radicación puede darse por autoexcitación judicial o prevención de oficio y por heteroexcitación. En

nuestro derecho actual impera el principio de heteroexcitación, porque el proceso no puede comenzar de manera oficiosa el tribunal, sino sólo cuando la acción penal es promovida por el Ministerio Público.

Como ya se mencionó, con el auto de radicación se inicia la primera etapa del proceso penal, fase que se denomina preinstrucción”.²⁵⁴

Por lo expuesto por los autores, siendo este auto la primera resolución que dista el órgano jurisdiccional dentro del procedimiento penal y con éste auto se inicia la vinculación de quienes intervienen en el proceso (relación jurídica procesal), pues tanto el Ministerio público como el inculpado y su defensor quedan sujetos desde ese momento a la potestad de un juez determinado.

Ahora los efectos jurídicos de éste auto dependerán esencialmente de la forma en que se haya realizado la consignación por parte del Ministerio Público, esto es con detenido o sin detenido.

.- Con detenido

²⁵³ González Bustamante, Juan José. Principios de derecho procesal mexicano, 8ª ed., Editorial Porrúa México, Pág. 205.

²⁵⁴ Silva Silva, Jorge Alberto, Derecho procesal penal, 2ª ed., colección textos jurídicos Universitarios, Oxford University Press, México, 2001. Pág. 245.

El artículo 16 constitucional, párrafo sexto señala que en los urgencia o flagrancia (consignación con detenido), el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Si el juez se inicia por la primera opción, el inculpado quedará a su disposición y será internado en el reclusorio centro de salud correspondiente, comenzando el cómputo de los términos de 48 horas para que presente su declaración preparatoria y de 72 horas para que el juez determine su situación.

El juez puede también optar decretar la libertad del presunto responsable cuando el Ministerio Público haya violado los plazos señalados en el artículo 16 de nuestra Carta Magna (48 horas, el cual puede duplicarse para el caso de delincuencia organizada), presumiendo que el detenido estuvo incomunicado, y las declaraciones que haya emitido no tendrán validez.

Sin detenido

El artículo 142 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que, en el caso de consignaciones sin detenido, el tribunal ante el que se ejercite la acción penal radicará el asunto dentro del término de dos días (radicación diferida), abrirá un expediente en el que resolverá lo que legalmente corresponda y practicará sin demora todas las diligencias que promuevan las partes.

El juez ordenará o negará la aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo solicitados por el Ministerio Público dentro de los 10 días contados a partir de aquel en que se haya acordado la radicación.

En cuanto a los delitos que el artículo 194 señala como graves, la radicación se hará de inmediato (radicación inmediata) y el juez ordenará o negará la aprehensión o cateo solicitados por el Ministerio Público, dentro de las 24 horas contadas a partir del momento en que se haya acordado la radicación.

Si dentro de los plazos indicados el juez no dicta auto de radicación o no resuelve sobre los pedimentos de aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo, el Ministerio Público podrá ocurrir en queja ante el Tribunal unitario de circuito que corresponda.

II. Declaración preparatoria

El fundamento legal de la declaración preparatoria la encontramos en el artículo 20 constitucional, fracción III y que la letra dice “ 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 jurídica y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y puede contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria”.

Esta diligencia (declaración preparatoria) recibe el nombre de declaración preparatoria en virtud de que se realiza precisamente dentro del periodo denominado etapa de preparación del proceso (preinstrucción) y significa declaración preliminar, previa o anterior al proceso.

El penalista y tratadista en la materia González Bustamante señala “ la declaración preparatoria es el acto procesal de mayor significación en el curso del proceso, y tiene por objeto ilustrar al juez para que determine la situación jurídica que ha de guardar el inculpado, después del término de setenta y dos horas, capacitando a éste para que obtenga exacto conocimiento de los cargos que existen en su contra, y esté en condiciones de contestarlos y de preparar su defensa”.²⁵⁵

²⁵⁵ González Bustamante, Juan José. Principios de derecho procesal mexicano, 8ª ed., Editorial Porrúa México, Pág. 205.

El maestro López Betancourt expresa “ La declaración preparatoria es un suceso de gran importancia en todo el proceso penal, pues consiste en el primer encuentro entre el acusado y el juez, quien habrá de decidir su inocencia o culpabilidad”.²⁵⁶

A continuación se analizarán las características de el periodo de la declaración preparatoria basado en el artículo 20 constitucional fracción III y que la letra dice:

“ 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 jurídica y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y puede contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria”.

Las características son:

- 1.- Se realizará dentro de un plazo de cuarenta y ocho horas.
- 2.- En audiencia pública
- 3.- En presencia del defensor y Ministerio Público
- 4.- Sin empleo de coacción física o moral alguna, es decir de manera libre y espontánea
- 5.- en forma oral o escrita, pudiendo el indiciado:
 - a) Redactar personalmente su declaración (en caso de declarar)
 - b) Negarse a contestar interrogatorios formulados por el juez, Ministerio Público y defensor.
 - c) Negarse a declarar en relación (por que la fracción de el artículo en cita al respecto menciona “... No podrá ser obligado a declarar...”)

²⁵⁶ López Betancourt, Eduardo. Derecho procesal penal. Ed., 2003 México. Editorial Iure S.A de C.V. Pág. 113.

CONTENIDO DE LA DECLARACIÓN PREPARATORIA

- 1.- Lugar y fecha y hora en que se práctica
- 2.- Constancia de que el juez hace saber al indiciado
 - I.- El nombre de su acusador y de las personas que declaran en su contra
 - II.- El delito que se le imputa así como la naturaleza y motivo de la acusación
 - III.- La garantía de la Libertad provisional bajo caución cuando proceda, así como de la libertad protestatoria, en su caso.

IV.- la garantía de una defensa adecuada y demás garantías consagradas en el artículo 20 constitucional.

3.- Nombramiento del defensor aceptación y protesta del cargo.

4.- Constancia de que el indiciado desea o no rendir su declaración preparatoria, exhortándolo en su caso para que se conduzca con verdad.

5.- Datos personales generales del inculpado, incluyendo apodos, grupo étnico indígena al que pertenezca así idioma o dialecto que hable.

6.- Examen de los hechos, a través de la lectura de constancias, declaraciones del denunciante o querellante así como de los testigos de cargo presentación de armas documentos y demás objetos relacionados con los hechos materia de consignación.

7.- Formulación y contestación de preguntas realizadas por el Ministerio Público, defensor y juzgador, en su caso constancia de que el indiciado no desea contestar pregunta alguna.

8.- Datos para estadística, proporcionados por el inculpado.

9.- Firmas de las partes y del secretario que autoriza y da fe.

Respecto a la concepción de la declaración preparatoria la Suprema corte de justicia de la Nación menciona.

“ Declaración preparatoria, cumplimiento de formalidades en la. Viola garantías la omisión en que incurre el juez instructor por no observar lo dispuesto en la fracción. III del art. 20 constitucional en el sentido de que, dentro de las cuarenta y ocho horas posteriores a la consignación del detenido, deberá tomársele declaración preparatoria, expresándose claramente el hecho punible por el que se le acusa y el nombre del acusador, para que pueda declarar conforme a los hechos y, posteriormente, resolver su situación jurídica en el término de ley; y por lo que la falta de esas formalidades constitucionales causa perjuicio al inculpado, debiéndose declarar nulo lo actuado por el juzgador y reponer el procedimiento para que se actúe de acuerdo con lo dispuesto en la ley”.

Octava época. Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia penal del primer circuito.

Fuente: Semanario judicial de la federación. Tomo XII, agosto de 1993, pág. 402.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del primer circuito.

Amparo en revisión 56/92. José Zavala Bombela y otro. 14 de mayo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaría: Marina Elvira Velásquez Arías.

De la anterior jurisprudencia se puede observar que es un requisito indispensable el tomarle su declaración al inculcado dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación del detenido toda vez que se le estarían violando su garantía de tomar su declaración.

Dentro de la declaración preparatoria debe resolverse la situación jurídica del imputado dentro del término de 72 horas.

Ahora después de la declaración preparatoria, una obligación del órgano jurisdiccional es determinar la situación jurídica del imputado, es decir, el auto de término constitucional en un término de 72 horas. Es decir si el juez encuentra elementos que justifiquen la continuación del proceso deberá dictar, según el caso, auto de formal prisión o auto de sujeción a proceso. De lo contrario deberá dictar la libertad por falta de elementos o méritos, con las respectivas reservas de ley. En los primeros casos, deberá establecer cual es el delito o delitos por los que se pretende continuar el proceso, además de la categoría del proceso, sumario u ordinario.

El artículo 19 constitucional señala párrafo primero y segundo primera parte

Art. 19.- “ Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición, sin que se justifique con auto de formal prisión en el que se expresarán : el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los

datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señala la ley”.

Clasificación del auto de término Constitucional

Una vez transcurrido el término constitucional de 72 horas. O su prorroga legal (72 horas más el juez deberá determinar la situación jurídica del inculpado a través de dos clases de resoluciones:

a) Procesamiento, procede cuando de las diligencias practicadas se desprende lo siguiente:

A) Que se haya recabado la declaración preparatoria del inculpado o en su caso exista de que el indiciado se negó a declarar .

B) que existan elementos suficientes, que comprueben la existencia del delito cuerpo o elementos y que acrediten la probable responsabilidad del inculpado.

El auto de término constitucional de procesamiento se clasifica en:

1.- Auto en el que dictará el auto de formal prisión o prisión preventiva, tiene la finalidad de sujetar a proceso al inculpado restringiendo preventivamente su libertad personal y procederá cuando el delito imputado tenga señalado como sanción pena de prisión pena acumulativa. (art 18 constitucional)

2.- Auto de sujeción a proceso (sin restricción de libertad o pena alternativa), la finalidad de este auto es sujetar a proceso únicamente al inculpado sin restringir su libertad personal y procederá cuando el delito imputado tenga señalado como sanción una pena no privativa de libertad o una pena alternativa.

b) No procesamiento, el juez de la causa dictará cuando de las diligencias indicadas se deprecian las siguientes situaciones:

A) Que se haya recabado la declaración preparatoria o en su caso obre constancia de que no quiso declarar o no pudo.

B) Que no existan elementos suficientes para comprobar la existencia del delito elementos y/o acreditamiento de la probable responsabilidad del inculcado

C) En su caso este plenamente probada a favor de aquel una circunstancia excluyente del delito o que extinga la acción penal.

El auto de no procesamiento se clasifica en:

- 1.- Auto de libertad por falta de elementos para procesar
- 2.- auto de no sujeción a proceso.

III.- INSTRUCCIÓN

Es importante pasar a el periodo de la instrucción, es el periodo del proceso que incluye las actuaciones ante y por los tribunales; con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculcado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de este.

El Diccionario jurídico mexicano se encuentra la definición de instrucción que da Fix- Zamudio y define “ La instrucción es también denominada sumario judicial y, según la doctrina mexicana, en la misma se hace investigación por el juzgador para determinar la existencia de los delitos y de la responsabilidad o irresponsabilidad del acusado”. 257

Respecto al periodo de la instrucción el penalista Monarque Ureña expresa “ La instrucción es la etapa procedimental donde se instruye al juez sobre los hechos debatidos, a partir de las diligencias y pruebas practicadas por orden de él, oficiosamente o a solicitud de las partes, con el fin de averiguar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado así como la responsabilidad e irresponsabilidad de éste”.²⁵⁸

De lo anterior expuesto, los autores coinciden en manifestar que es el período probatorio del procedimiento penal, tiene como fin la ilustración del juez, para que éste en aptitud de conocer la verdad histórica de los hechos que tiene a su conocimiento, basándose en las circunstancias peculiares del inculpado, allegándose datos para conocer su edad, educación e ilustración; sus costumbres y conductas anteriores; los motivos que lo impulsaron a delinquir; sus condiciones económicas y las especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito; la pertenencia del inculpado, en su caso, a un grupo étnico indígena y las prácticas y características que como miembro de dicho grupo pueda tener, los demás antecedentes personales que puedan comprobarse; así como sus vínculos de parentesco, amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que, en su conjunto, demuestren la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente.

²⁵⁷ Fix-Zamudio, Héctor, “ Procedimientos Penales “, en Diccionario jurídico mexicano, instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª ed., Editorial porrúa, México, 1984, t. VII., Págs. 246-248.

²⁵⁸ Monarque Ureña, Rodolfo. Derecho Procesal Esquemático, ed., 1ª 2002, Editorial porrúa S.A de C.V. Pág. 65.

Es decir durante la fase instructora debe aportarse el material de hecho tendiente a demostrar la tipicidad del delito, así como a determinar la legitimación pasiva en el proceso penal; a mayor claridad, preparar el juicio, recopilando todo lo que sea necesario para afirmar o negar el hecho punible y la responsabilidad.

Dentro de esta fase la finalidad es de que se cumplan las formalidades del procedimiento y encontramos:

1. Ofrecimiento de pruebas
2. admisión de pruebas

1. El ofrecimiento de pruebas, dentro de este periodo de prueba hay dos etapas

. El ofrecimiento, se pone al juez que lleve acabo ciertas diligencias, que confirmarán la afirmación de alguna de las partes.

. El desahogo, las partes proponen y señalan las pruebas que estimen pertinentes para ser desahogadas, el desahogo de pruebas resultará diferente si el juicio es de carácter sumario u ordinario; la principal diferencia estriba en la premura con que se realizan las actuaciones, en el proceso sumario, se efectúa mucho más rápido, que en el juicio ordinario, que fundamentalmente se utiliza en el caso de asuntos de mayor gravedad y complejidad.

2. Admisión de pruebas, cuando las partes han señalado las pruebas con las que pretenden acreditar su dicho, el juez deberá manifestar su aceptación, es decir, admitir las diligencias que se le han propuesto o rechazarlas.

El juez puede decidirse a rechazar un procedimiento probatorio por diversas causas;

a) de acuerdo con el principio de relevancia de la prueba (por falta de idoneidad, no se relacionan con los hechos)

b) por impertinencia, cuando no está relacionado con el proceso

c) Por extemporaneidad

d) Por estar fuera de plazo

e) simplemente porque el procedimiento pretende comprobar algo absurdo.

El auto que declara cerrada el periodo de la instrucción, previamente a que se cierre el juez declarará agotada la averiguación, mediante resolución que se notificará personalmente a las partes, y mandará poner el proceso a la vista de estas, por 10 días comunes, para que promuevan las pruebas que estimen pertinentes y para que puedan practicarse dentro de los 15 días siguientes a aquel en que se notifique el auto que recaiga a la solicitud de la prueba.

El juez podrá ampliar el plazo de desahogo de pruebas hasta por 10 días más para el caso de encontrarse pendientes ciertas pruebas ofrecidas, una vez transcurrido dicho plazo, de oficio y previa certificación que haga el secretario, dictará auto en el que se determinan los cómputos de dichos plazos.

Cuando hayan transcurrido dichos o las partes hubieran renunciado a ellos se declarará cerrada la instrucción. Con este acto termina el procedimiento penal de la instrucción y comienza el procedimiento de primera instancia o juicio.

Ahora es necesario mencionar en forma breve la clases de pruebas que existen durante el proceso penal:

Primero señalaré el significado de prueba, etimológicamente, el vocablo prueba proviene del latín “probandum, que significa mostrar, hacer patente, hacer fe; es una demostración de ciertos hechos”.

Asimismo la doctrina concibe la prueba como “ todo medio que produce un conocimiento cierto probable acerca de cualquier cosa y, en sentido más amplio y haciendo abstracción de las fuentes”.

Los medios de prueba tienen su fundamento legal en el Código Federal de Procedimientos Penales (art 206) y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (art 135) acreditan como medios de prueba todo aquello que se

ofrezca como tal, respecto lo señalado en el artículo 20 constitucional fracción V, siempre que se conducente y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal, cuando la autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba establecer su autenticidad.

De esta forma encontramos las siguientes pruebas:

- 1.- la confesional
- 2.- la documental
- 3.- Dictámenes periciales
- 4.- Inspección ministerial
- 5.- Inspección judicial
- 6.- La testimonial
- 7.- Las presunciones
- 8.- Reconstrucción de los hechos
- 9.- Careos
- 10.- Visitas domiciliarias
- 11.- la confrontación
- 12.- la interpretación

1.- La confesional, la legislación define a la prueba confesional como la declaración voluntaria hecha por un apersona no menor de 18 años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios o constitutivos del tipo del delito materia de la imputación.

Se clasifica en calificada y ficta, la primera cuando el acusado además de confesar la comisión del hecho delictivo, expresa alguna causa excluyente o cierta circunstancia que aminora el castigo, y el indiciado acepta ser el autor pleno del delito. La segunda, no se reconoce la existencia de la confesión ficta es propia del derecho civil.

2. La prueba testimonial, consiste en la declaración de los testigos convocados por el acusado, el Ministerio Público el juez, con el fin de que contribuyan al esclarecimiento, de la verdad histórica; el testimonio debe basarse en la relación de hechos.

Testigo es el tercero que informa a la autoridad jurisdiccional su conocimiento sobre la comisión del hecho ilícito según lo ha percibido con sus sentidos.

3. Careo, carear se refiere a colocar a las partes antagónicamente en el proceso cara a cara, su intención principal es comprobar si quien ha expresado algún testimonio a espaldas de cierta persona (ofendido o acusado) puede sostenerlo teniéndola frente a frente.

4. Prueba pericial

El maestro e ilustre Hernández Pliego respecto al prueba pericial señala “como perito debe entenderse al sujeto necesario de la relación procesal penal, que por medio de sus conocimientos especializados suministra a los órganos encargados de la procuración y administración de justicia la forma y medios de interpretar y apreciar los hechos que son sometidos a pericia” ²⁵⁹

5.- Inspección judicial, consiste en el examen y la descripción que hace el juez personalmente de cualquier cosa física relacionada con el ilícito.

6.- Cateo, constituye una especie de inspección. Únicamente la autoridad jurisdiccional tendrá la facultad de expedir las órdenes de cateo, especificando el lugar que ha de catearse, la persona o personas que se aprehenderán y los objetos que se buscan.

²⁵⁹ Hernández Pliego , Julio, Programa de derecho Procesal Penal, 7ª ed., Editorial Porrúa, México, 2001. Pág. 224.

7.- Confrontación, o reconocimiento de personas no constituye un medio independiente de prueba, sino un mero auxiliar del testimonio.

8. Reconstrucción de hechos, es la reproducción del hecho ilícito, atendiendo a las circunstancias, el modo o la forma que señalen los testimonios, los peritajes y demás pruebas al alcance del juez.

9.- Prueba documental, etimológicamente, documento proviene del vocablo latino “docere”, enseñar, y “documentum”, título o prueba escrita. Se habla de que documento es todo con el que se pueda corroborar algún acto, disposición o contrato, y acreditarse cualquiera de estos cada vez que sea necesario ya sea público y privado.

Ahora una vez que el juez declara el periodo de la instrucción se inicia el periodo de el juicio o de primera instancia.

Periodo del juicio que a continuación veremos, en este momento, las partes deben proponer sus conclusiones, el Ministerio Público precisar su pretensión y el procesado su defensa ante el tribunal, quien ha de valorar las pruebas y pronunciar una sentencia.

JUICIO

En el juicio, una vez que el juez declara cerrada la instrucción, se inicia el periodo de juicio o de primera instancia. en este momento, las partes deben proponer sus conclusiones, el Ministerio público precisar su pretensión y el procesado su defensa ante el tribunal, que ha de valorar las pruebas y pronunciar una sentencia.

El autor y penalista López Betancourt expresa “ El juicio es la institución por la cual las partes que participan en él tienen la seguridad de que se han observado con rigidez y con imparcialidad las garantías constitucionales que favorecen tanto al inculpado como a la víctima”²⁶⁰

De esta forma el juicio es el periodo en el que las partes inculpado y víctima participan, precisando ante la autoridad judicial su posición, teniendo la seguridad, de que se han observado sus garantías.

Ahora en primer lugar, se hará una referencia a las conclusiones:

LAS CONCLUSIONES

El ilustre penalista Hernández Pliego expresa “ Las conclusiones constituyen un acto procesal por virtud del cual las partes, con vista de todo lo material probatorio existente en la causa, precisan frente al juez su propia posición y pretensiones en el proceso”.²⁶¹

CLASIFICACIÓN DE LAS CONCLUSIONES

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal menciona en el Capítulo II Procedimiento ordinario en sus artículos 316, 317, 318, 319, 320, 321 y 322.

“Al cerrarse la instrucción, el juez pondrá la causa a la vista del Ministerio público durante 10 días, para que éste formule conclusiones por escrito. (A partir de las 200 fojas, por cada 100 de exceso o fracción se aumentará si procede o no la acusación conforme a derecho, para la cual deberá citar leyes, ejecutorias o doctrinas aplicables.

²⁶⁰ López Betancourt, Eduardo. Derecho procesal penal. Ed., 2003 México. Editorial Iure S.A de C.V. Pág. 188.

²⁶¹ Hernández Pliego, Julio, Programa de derecho Procesal Penal, 7ª ed., Editorial Porrúa, México, 2001. Pág. 240.

En sus conclusiones, el Ministerio Público debe básicamente exponer de forma breve los hechos y las circunstancias peculiares del procesado. Así según su

punto de vista, determinará si procede o no la conclusión conforme a derecho, para la cual deberá citar leyes, ejecutorias o doctrinas públicas.

Si el Ministerio Público considera que el acusado debe ser declarado culpable, es indispensable que indique los hechos punibles que le atribuye, solicitar la sanción conveniente, incluida la reparación del daño y , evidentemente, fundamentar sus razones en las leyes y la jurisprudencia aplicables.

En caso contrario, cuando el Ministerio Público advierta que la acusación no procede, formulará conclusiones no acusatorias; en dado caso, estas obrarán por cuenta propia cuando no se haya concretado la pretensión punitiva, o cuando el Ministerio Público haya omitido evaluar algún delito mencionado en el auto de formal prisión o a alguno de los procesados”.

El ilustre maestro Barragán Salvatierra pronuncia “ Las conclusiones se clasifican en conclusiones acusatorias e inacusatorias:

Conclusiones acusatorias: son la exposición fundamentada, jurídica y doctrinariamente de los elementos instructorios del procedimiento, en los cuales se apoya el Ministerio Público para señalar los hechos delictuosos por los que acusa, el grado de responsabilidad del acusado, la pena aplicable, la reparación del daño y las demás sanciones previstas legalmente para el caso concreto.

Conclusiones inacusatorias: son la exposición fundamentada, jurídica y doctrinariamente de los elementos instructorios del procedimiento, en los cuales se apoya el Ministerio Público para fijar su posición legal para justificar la no acusación del procesado y la libertad del mismo ya sea porque el delito no haya existido, o si existe no es imputable al procesado” ²⁶²

²⁶² Barragán Salvatierra, Carlos, Derecho Procesal Penal. 1ª Ed., MacGraW-Hill Interamericana México. 1999, Pág.448.

Las conclusiones provisionales serán turnadas a la Procuraduría General de la República (en materia federal), donde el procurador o el subprocurador

correspondiente deberán confirmar o modificar las conclusiones en un plazo de 10 días; de lo contrario, se sobreentenderá su confirmación.

En relación a las conclusiones provisionales el Ministerio Público suelen dividirse en provisionales o definitivas;

Provisionales, se formularán en los casos en que sean no acusatorias (por las causas mencionadas con antelación).

Definitivas, cuando hayan sido estimadas así por el juez y éstas ya no podrán modificarse (sólo en beneficio del inculpado).

Una vez que el órgano jurisdiccional tenga las conclusiones definitivas del Ministerio Público, actuará según alguno de estos casos: si son acusatorias, se darán a conocer al acusado y a su defensor; si son igualmente acusatorias más se refieren a un delito no penado con pena privativa de libertad, el juez deberá poner en inmediata libertad al acusado, a quien advertirá que queda sujeto al proceso para su continuación hasta la sentencia ejecutoria.

Finalmente respecto a las conclusiones acusatorias, aquí se ejerce la acción penal por que es cuando se acusa a un individuo pidiendo una pena determinada, fijando la acción penal.

Conclusiones de la defensa

Estas conclusiones que deberá exhibir la defensa, no están reguladas por regla alguna, si transcurre el término sin que hayan sido presentadas, se tendrán por exhibidas las de inculpabilidad del procesado. La finalidad de estas conclusiones es exigir del órgano jurisdiccional la declaración favorable a sus exigencias sustantivas.

Dentro de las conclusiones existe la omisión de las misma.

Omisión de las conclusiones, el juez tendrá por formuladas conclusiones de no acusación, otorgando al procesado la libertad de inmediato y sobreseerá definitivamente el proceso.

Respecto a las conclusiones de la defensa, si transcurre los plazos especificados para su presentación y éstas no se hubieren formulado, el juez tendrá por formuladas las de inculpabilidad.

En ambos casos, se aplicarán las sanciones convenientes; en el de la defensa podrá imponerse al defensor o defensores una multa hasta de cien veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal o un arresto hasta de tres días.

La suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto señala:

“ Ministerio Público. Omisión de conclusiones en contra del quejoso. Si el Ministerio público es la institución a quien compete la persecución de los delitos, de conformidad con el artículo 21 constitucional, y se abstiene de formular conclusiones acusatorias contra el quejoso sin que subsane tal omisión, es claro que la sentencia condenatoria confirmada por la responsable conculca las garantías individuales del impetrante”.

Novena época. Instancia: Primer Tribunal colegiado en Materias penal y Administrativa del Segundo Circuito. Fuente: Semanario judicial de la federación y su gaceta. Tomo: III, mayo de 1996. Tesis II. 1º . P.A. 19 P, Pág. 657.

Primer tribunal colegiado en materias Penal y administrativa del segundo circuito.

Amparo directo 68/96. Aracelia Ortiz Pimentel. 22 de febrero de 1996. unanimidad de votos. Ponente: Víctor Ceja Villaseñor. Secretaria: teresita del Niño de Jesús Palacios Iniestra.

Audiencia de vista del proceso. El artículo 305 del código Federal de Procedimientos Penales, establece que el mismo día en que el inculpado o su defensor presenten sus conclusiones se citara a la audiencia de vista, que deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes. La citación para esa audiencia produce los efectos de citación para sentencia.

El maestro e ilustre penalista Hernández Pliego señala “ en los juicios sumarios federales, la vista comienza con la presentación de conclusiones por parte del Ministerio público y luego la contestación que produzca la defensa. En los del orden común, la audiencia principal se inicia con la recepción de las pruebas propuestas y a continuación formularán verbalmente sus conclusiones, cuyos puntos esenciales se harán constar en el acta que se levante y en la misma audiencia podrá pronunciarse el veredicto del juez”.²⁶³

En la Audiencia de vista intervienen:

El juez, el Ministerio público, el acusado, la defensa y, si fuere necesario, el traductor o interprete (para el caso de que el defensor o Ministerio Público no concurren, se citara para nueva audiencia dentro de tres días. Si la ausencia fuere injustificada, se aplicará una corrección disciplinaria al defensor particular y se informará al procurador y al jefe de la defensoría de oficio, en su caso, para que impongan la corrección que proceda a sus respectivos subalternos y puedan nombrar sustituto que asista a la nuevamente citada (art 326 del Nuevo código Penal para el distrito federal).

283 Hernández Pliego , Julio, Programa de derecho Procesal Penal, 7ª ed., Editorial Porrúa, México, 2001. Pág. 253.

Tramitación Legal

La discusión, debate, audiencia o vista se inicia en el momento en que el tribunal cita a las partes para la audiencia de “vista”, llamada también audiencia final y anteriormente audiencia de fallo. Transcurrida la citada audiencia, la fase concluye con la declaratoria de “ visto el proceso “. El periodo decisorio comienza con la resolución del tribunal a través de la cual deja “citadas” a las partes para oír sentencia.

SOBRESEIMIENTO

Etimológicamente, proviene de los vocablos latinos super; sobre encima y cedere; sentarse .

El penalista Silva Silva expresa “ El sobreseimiento equivale a lo que el lenguaje coloquial llama “ dar carpetazo a un asunto “, es decir, terminar el proceso porque no concurren los presupuestos de la pretensión penal”.²⁶⁴

El ilustre penalista Barragán Salvatierra menciona “ el sobreseimiento es una causa de extinción de la acción penal cuando determina que la persona o, personas que están a una averiguación previa o a un proceso no es la responsable de un delito y por lo mismo, se resuelve un no ejercicio de la acción penal; o bien, el Ministerio Público rinde conclusiones no acusatorias o no ofrece pruebas cuando el juez dicta auto de libertad por falta de elementos para procesar”.²⁶⁵

Así el sobreseimiento es una forma de terminar el proceso diferente de la sentencia, con características de auto, pero con los mismos efectos de la sentencia absolutoria.

²⁶⁴ Silva Silva, Jorge Alberto, Derecho procesal penal, 2ª ed., colección textos jurídicos Universitarios, Oxford University Press, México, 2001. Pág. 246.

²⁶⁵ Barragán Salvatierra, Carlos, Derecho Procesal Penal. 1ª Ed., MacGraW-Hill Interamericana México. 1999, Pág. 549.

El sobreseimiento es una figura jurídica por la cual no se llega a la terminación de un juicio por distintas causas; de esta manera, en materia penal puede ser porque los materiales recogidos para fundar una acusación sean insuficientes, o porque las partes lo piden o porque el órgano competente de carácter judicial así lo considera.

Procedencia del sobreseimiento.

El artículo 298 del Código Federal de Procedimientos penales, el sobreseimiento se dará en alguno de los casos siguientes:

I.- Cuando el procurador general de la república confirme o formule conclusiones no acusatorias.

II.- Cuando el Ministerio Público lo solicite, si durante el proceso aparezca que la conducta o los hechos no son constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal; o que el inculpado no tuvo participación en el delito que se persigue; que la pretensión punitiva esté legalmente extinguida, o que exista a favor del inculpado una causa excluyente de responsabilidad.

I. cuando aparezca que la responsabilidad penal está extinguida.

IV. Cuando no se hubiere dictado auto de formal prisión o de sujeción a proceso y aparezca que el hecho que motiva la averiguación previa no es delictuosa, o cuando al estar agotada ésta se compruebe que no existió el hecho delictuoso que la motivó.

V. cuando, una vez decretada la libertad por desvanecimiento de datos, esté agotada la averiguación y no existan elementos posteriores para dictar nueva orden de aprehensión.

VI. Cuando esté plenamente comprobado que a favor del inculcado existe alguna causa eximente de responsabilidad.

VII. Cuando existan pruebas que acrediten fehacientemente la inocencia del acusado.

Tramitación legal.

El sobreseimiento podrá dictarse de oficio o a petición de parte, cuando se éste el alguno de los supuestos del artículo 298 del Código Federal de Procedimientos Penales o del artículo 660 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En caso de que el sobreseimiento sea a petición de parte, se le dará trámite como incidente no especificado: se dará vista a las partes, estableciendo un plazo de tres días para que contesten. Si alguna de las partes lo solicita o si el tribunal lo considera necesario, se abrirá un término de prueba que no exceda de cinco días, después de los cuales se citará para una audiencia, que se deberá verificar dentro de los tres siguientes. El tribunal dictará entonces su fallo, ya sea que se hayan presentado o no las partes.

Resoluciones que le ponen Fin.

El sobreseimiento puede ser Provisional o definitivo;

Provisional, se aplica cuando no se ha negado ni se ha comprobado la existencia del hecho delictivo o la responsabilidad del indiciado. Entonces el sobreseimiento es la mera suspensión del proceso, pues podrá reabrirse éste si se aportan nuevos datos que enriquezcan las investigaciones.

Definitivo, procederá en los casos en que la falta de tipicidad del hecho o de responsabilidad del indiciado sea evidente y haya sido comprobada plenamente; en estos casos, tendrá efectos de sentencia absolutoria anticipada.

Efectos jurídicos

Los efectos del sobreseimiento se basan en el cese del procedimiento, la archivación del expediente respectivo y la absoluta libertad del inculpado cuyo proceso se haya sobreseído. Si se tratara de varios imputados, el sobreseimiento influirá sólo en los sujetos que cumplan con los requisitos legales necesarios, pero el proceso podrá seguir con los demás.

Al respecto se encuentra la siguiente jurisprudencia:

“ sobreseimiento. La negativa a decretar el sobreseimiento no puede fundar el recurso de queja, porque en cualquier estado del juicio puede decretarse el sobreseimiento y resolverse en ese sentido en la sentencia definitiva, y aun cuando el juez a quo no lo decrete, puede repararse el perjuicio en segunda instancia, mediante el recurso de revisión.

Quinta época. Instancia: pleno. Fuente: Apéndice de 1995. Tomo II, parte H-O
Tesis: 1005, Pág. 630.

Queja 22/22. “ Aachen und München, S. A. compañía de seguros contra incendio”. 17 de octubre de 1923. mayoría de ocho votos.

Queja 101/23. Sánchez Gavito Manuel. 2 de enero de 1924. Unanimidad de nuevos votos.

Queja 112/23. Gobernador de Tlaxcala y otras autoridades. 28 de enero de 1924. Unanimidad de 10 votos.

Queja 190/23. gobernador de Querétaro. 20 de febrero de 1924. mayoría de 10 votos.

Queja 11/24. agente del Ministerio público del juzgado Primero Numerario de distrito del Distrito federal. 25 de febrero de 1924. mayoría de ocho votos.

SENTENCIA

Etimológicamente proviene de sentencia: opinión, veredicto, máxima, dictamen.

El autor Hernández Pliego expresa " La sentencia es un acto procesal a cargo del juez que podríamos válidamente calificar como el acto procesal por excelencia, que pone fin a la instancia, dirimiendo a través de la aplicación de la ley el conflicto de intereses sometidos al conocimiento del órgano jurisdiccional, para así preservar el orden social"²⁶⁶

El penalista Barragán Salvatierra, señala " La sentencia es la decisión del órgano jurisdiccional que declara imperativamente en las formas establecidas por la ley el derecho sustantivo, para resolver el conflicto de derechos subjetivos que se agitan en la pretensión jurídica, deducida en el proceso y que agota definitivamente el fin de la jurisdicción en relación con la fase procesal en la cual se pronuncia"^{.267}

De lo anterior se deduce que la sentencia es el final del procedimiento de primera instancia; por medio de ella, el juez resuelve el asunto principal, la controversia que le fue planteada.

Las sentencias se clasifican en:

Incidentales o interlocutorias, se ocupan de decidir sobre un incidente durante el proceso.

Definitivas, atañen a la resolución del juez que pone fin al proceso o a la instancia.

²⁶⁶ Hernández Pliego , Julio, Programa de derecho Procesal Penal, 7^a ed., Editorial Porrúa, México, 2001. Pág. 257.

²⁶⁷ Barragán Salvatierra, Carlos, Derecho Procesal Penal. 1^a ed., MacGraW-Hill Interamericana México. 1999, Pág. 555.

CONTENIDO DE LA SENTENCIA

El Código Federal de Procedimientos Penales , señala que toda sentencia debe contener:

I. El lugar en que se pronuncien;

II. Los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, nacionalidad, edad, estado civil, en su caso el grupo étnico indígena al que pertenezca, idioma, residencia o domicilio, ocupación u oficio o profesión.

III. Un extracto de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutiveos de la sentencia en su caso, evitando la reproducción innecesaria de constancias.

IV. Las consideraciones y los fundamentos legales de la sentencia, y

V. La condenación o absolución correspondiente y los demás puntos resolutiveos.

FONDO DE LA SENTENCIA

El objeto de fondo de la sentencia se refiere a la comprobación o negación del hecho ilícito, la responsabilidad del indiciado o su culpabilidad y, en el primer caso, la forma como deberá responder por su conducta, es decir, la relación jurídica que se presenta entre determinado hecho y su consecuencia en el campo del derecho.

Lo ideal en la sentencia es que la decisión que implica vaya de la mano con la verdad verdadera; por desgracia, sucede a menudo, que las sentencias penales se basen en la verdad de los hechos; de ahí que el trabajo que deban realizar las autoridades para dictar sentencias justas deben ser mucho más arduo y responsable, y no sólo quedarse a niveles formales o superficiales.

El Criterio que debe seguir el juez para fijar las penas y medidas de seguridad se considera:

Nuestra legislación ha concedido a los órganos jurisdiccionales el llamado arbitrio judicial, es decir una facultad de los jueces por la cual pueden aplicar la pena de manera individualizada al delincuente, de acuerdo con la gravedad de ilícito y el grado de responsabilidad.

Los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, siempre que se encuentren dentro de los límites fijados por la ley.

El código penal Federal considera:

I. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II. La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima y del ofendido;

V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que impulsaron o determinaron delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI. El comportamiento posterior del acusado en relación con el delito cometido.

La suprema corte de Justicia de la Nación expresa:

“ Pena aplicada por el juez. Debe ser solicitada por el Ministerio público la. De una interpretación sistemática del art. 320 del Código de Procedimientos Penales del Estado, respecto de los requisitos técnicos que deben satisfacer las conclusiones del órgano de acusación, se advierte: 1. que el Ministerio Público debe formular sus conclusiones por escrito 2. que en ellas deberá efectuar una relación de los hechos demostrados durante el proceso; 3. deberá proponer las cuestiones de derecho aplicables, a través de la cita de leyes, jurisprudencias, ejecutorias y doctrinas aplicables; 4. terminará su pedimento en proposiciones concretas. De lo anterior se desprende que resulta indispensable que en las conclusiones del Ministerio Público se concluya en proposiciones concretas, es decir, que la penalidad se encuentre prevista por la ley y sea exactamente aplicable como consecuencia de la conducta atribuida al procesado, destacando en forma relevante que la penalidad a aplicar sea expresamente solicitada por el Ministerio público, siendo este aspecto, ya acorde a los principios de división de la carga procesal, la autoridad judicial se encuentra imposibilitada para imponer en forma oficiosa la pena, la cual corresponde solicitarla al Ministerio público conforme a lo dispuesto por el artículo 21 constitucional, pues de lo contrario se llegaría a confundir el sistema procesal de acusatorio a inquisitorio, al permitir al órgano jurisdiccional aplicara las sanciones no solicitadas por el Ministerio Público”.

Novena época. Instancia: Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su gaceta. Tomo: II, noviembre de 1995. Tesis: XX.43 p, Pág. 569.

Tribunal colegiado del Vigésimo circuito.

Amparo directo 375/95. armando Argúello Fernández. 31 de agosto de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Rafael León González.

1.3 Actos de impugnación

Para poder referirnos a este tema debemos mencionar en primer término lo que es un acto, acto jurídico y acto procesal, por que entorno a el acto se encuentra el medio de impugnación son dos conceptos que van de la mano y que no podemos dejar a la deriva.

Acto. “Manifestación de voluntad . Hecho o acción proveniente del querer humano”.³³

Acto Jurídico. “Manifestación de voluntad susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales”.³⁴

Acto Procesal. “el acto procesal, como acción humana, es un hecho jurídico procesal voluntario idóneo para crear, modificar o extinguir efectos procesales”.³⁵

El autor Díaz de León nos dice, que “... para definir al acto se parte del hecho, entendiéndose por éste todo acaecimiento o suceso de la naturaleza o de la vida, que produce o no efectos jurídicos...”. De esta forma tenemos que “...acto procesal es todo aquel acontecimiento que surte efectos jurídicos en el proceso...”.

Consecuentemente a lo anterior [nos dice Díaz de León que] “...cuando los hechos se producen sin la voluntad humana se les considera hechos strictu sensu, pero cuando son producto de dicha voluntad, entonces reciben la denominación de actos...”

Partiendo de que tanto los hechos como los actos antes señalados pueden reflejar su influencia en infinidad de situaciones según el área jurídica que afecten, resulta de ello que cuando se refiere a la relación procesal, motivan lo que ahora es objeto de nuestro estudio y que se conoce como hechos y actos procesales..”

³³ Díaz de León, Marco Antonio, Diccionario de Derecho procesal penal, Tomo I, Editorial Porrúa, 4ª Edición P.72

³⁴ ob cit., Pág. 72.

³⁵ Ibidem, Pág. 72

Así también tenemos la clasificación de los actos entre ellos encontramos:

a) por el objeto.- Es aquella que reagrupa a los actos procesales atendiendo su estructura, finalidad o naturaleza, son los actos Procesales en sentido estricto (recurso, las diligencias de prueba, etc).

b) Por el momento que se producen.- es de un devenir temporal que sigue una evolución de orden cronológico no meramente lógica, son substancialmente.

c) Nacimiento (dentro de este encontramos a la demanda) desarrollo (en este encontramos que una vez iniciado el proceso debe conseguir su desenvolvimiento hasta llegar al momento de su terminación) y conclusión (hablamos de la extinción del procedimiento).

De esta forma nos damos cuenta dentro de los actos procesales tenemos los medios de impugnación. Lo anterior en razón de que un hecho genera un acto jurídico toda vez que la afectación de los hechos ya sea naturales o producidos por el hombre generan una misma afectación a este mismo y que tiene que combatir esos hechos que dan como resultado los actos jurídicos.

Así tenemos que al hablar de actos de impugnación estamos hablando de sinónimos, pues son un medio para poder modificar extinguir crear derechos y obligaciones de los hechos que a su vez se convierten en actos jurídicos.

A continuación mencionaremos los conceptos de diferentes autores:

El autor Palomar [dice] “ del Latín impugnatio-onis, acción y efecto de impugnar, procesalmente impugnación significa “ refutar, contradecir o combatir una actuación judicial de cualquier índole”.²⁶⁸

El maestro Hernández Pliego [nos menciona] “Las impugnaciones a no dudar, constituyen legalmente un importante capítulo en cuya estructuración, según hemos dicho, debe conjugarse equilibradamente, la celeridad y el respeto y garantía de los derechos esenciales que se hallan en juego en el proceso. ²⁶⁹

²⁶⁸ Palomar de Miguel Juan, Diccionario para Juristas, Mayo Ediciones , México, 1981, Págs. 695-696 y 1150.

²⁶⁹ Hernández Pliego, julio A. Los Recursos Ordinarios en el Proceso penal, Edición México 2000 1ª Edición, Editorial Porrúa Pág.55

El maestro Barragán Salvatierra [dice] “La impugnación la configuran los instrumentos jurídicos consagrados por las leyes procesales para corregir , modificar, revocar o anular los actos y las resoluciones judiciales, cuando adolecen de deficiencias , errores ilegalidad o injusticia”.²⁷⁰

Ahora analizaremos el objeto y fin de la impugnación: para referirnos a ellos es necesario mencionar la opinión de los siguientes autores que El maestro Barragán cita en su obra derecho Procesal Penal:

“El autor Colín Sánchez [para el] “ el objeto de toda impugnación es la resolución judicial que contiene la motivación del agravió, siempre y cuando así lo reconozca la ley, en el derecho son objeto de impugnación los autos y las sentencias.

[de esta forma manifiesta que] El fin perseguido a través de la impugnación es el restablecimiento del equilibrio perdido en el proceso, es decir, al examinar de nueva cuenta la resolución, se repara el daño producido, y se ordenan las medidas que para el caso prevé la Ley”.

De esta forma el maestro Barragán cita el autor Alcalá Zamora y Ricardo Levene, opinan “ que los medios de impugnación pueden conducir a una resolución más justa, pero también complica o retarda el proceso.

Barragán Salvatierra opina “ el objeto del procedimiento de impugnación es también la resolución impugnada y en él se observan un conjunto de actos, formas y formalidades legalmente establecidos, para así estar en posibilidad de examinar la Ley penal, el cuerpo del delito, el delincuente, las penalidades y medidas de seguridad decretadas en la sentencia, y las omisiones o errores cometidos en aplicación de las normas procedimentales”.²⁷¹

²⁷⁰ Barragán Salvatierra, Carlos, Derecho procesal penal Editorial Mcgraw-hill Serie jurídica Edición 1999, Pág. 491.

²⁷¹ Barragán Salvatierra, Carlos, Ob cit., Pág. 492.

Cabe señalar que el penalista Hernández Acero los medios de impugnación son recursos que la Ley procedimental concede a las partes, para lograr que una determinada resolución se revise.

Ahora aremos una breve referencia sobre los efectos de la impugnación

De esta forma los efectos mediatos de la impugnación son: la confirmación, revocación o modificación de la resolución impugnada.

Es muy importante no pasar por alto la distinción entre Recurso y medio de impugnación como de esta forma el maestro Barragán nos dice.

“Es necesario dejar establecida una distinción entre el recurso y el medio de impugnación. Todo recurso es, en realidad, un medio de impugnación; por el contrario, existen medios de impugnación que no son recursos. Esto significa que el medio de impugnación es el genero, y el recurso la especie. El recurso técnicamente es un medio de impugnación intraprocesal, en el sentido de que vive y se da dentro del seno mismo del proceso, ya sea como un reexamen parcial de

ciertas cuestiones, o como una segunda etapa, o segunda instancia del mismo proceso. Por el contrario, pueden existir medios de impugnación extra o metaprocesales, entendiendo esto en el sentido de que no están dentro del proceso primario, ni forman parte de él; estos medios de impugnación pueden ser considerados extraordinarios y frecuentemente dan lugar a nuevos ulteriores procesos (amparo directo)

En relación a el efecto de la impugnación tenemos que mencionar la procedencia del recurso que es la siguiente:

Para que el recurso sea procedente, Franco sodi señala que es necesario lo siguiente:

1. El recurso debe encontrarse establecido en la ley.
2. La misma ley debe reconocerlo como procedente en contra de la resolución que se impugna.
3. La parte que lo utiliza necesita estar interesada, es decir, poseer un derecho afectado o afectable por la resolución recurrible.
4. Precisa que el recurso se interponga en tiempo y forma.
5. que se motive o que se puntualice con toda exactitud el agravio que causa la resolución impuesta.

La terminación normal del procedimiento de impugnación es la sentencia resolución judicial en donde se resuelve la situación jurídica planteada, ya sea al confirmar, revocar o modificar la resolución impugnada, y cuya consecuencia, entre otras, es la terminación de la instancia.

Consecuentemente a lo anterior podemos decir que los medios de impugnación son formas por las que podemos atacar una determinación judicial dentro del procedimiento en la que se afecta o beneficia a las partes dentro del

procedimiento, por las resoluciones emitidas por la autoridad judicial en base al estudio del mismo procedimiento.

Es importante señalar los diferentes medios de impugnación entre ellos encontramos:

Medios de impugnación extraordinarios y Medios de impugnación ordinarios:

Los ordinarios, se encargan de resoluciones o actos judiciales que no han causado Estado, y pueden presentarse ante el mismo tribunal (remedios) o en segunda instancia (recursos). Ejemplo: La revocación, la apelación, la denegada apelación y la queja.

Los extraordinarios se hacen valer en contra de las resoluciones que ya tienen el valor de cosa juzgada (juicios o procesos de impugnación), como el juicio de amparo.

Dentro de estos recursos el maestro Rivera Silva señala “ la clasificación de los recursos se hace atendiendo a tres conceptos:

- 1.- A la situación de la calidad de la resolución recurrida;
- 2.- A la clase de autoridades que intervienen en la revisión;
- 3.- A los efectos que produce el recurso

1. Atendiendo al primer concepto, los recursos se clasifican en ordinarios y extraordinarios. Los recursos ordinarios son aquellos, según afirma Florián, que se interponen contra la resolución que aún no es cosa juzgada”, y los extraordinarios son los que conceden contra las resoluciones que tienen calidad de cosa juzgada(...)

2. Tomando en cuenta a las autoridades que conocen de los recurso , éstos se pueden clasificar en devolutivos y no devolutivos. Devolutivos son los recurso en los que interviene una autoridad diferente de la que dicta la resolución

recurrida. En esta clase de recurso hay un *judex a quo*, o sea, el juez que conoció en primer lugar, y un *judex ad quem*,: la autoridad que reviste la resolución recurrida. El nombre de estos recursos, (devolutivos) obedece a razones históricas: cuando el inferior, en el que el rey había delegado la facultad de hacer justicia, devolvía al superior esa facultad. Los recursos no devolutivos son aquellos en los que una sola autoridad interviene, es decir, la que revisa es la misma que dictó la resolución revisada.

3. Por último, en lo que alude a los efectos de los recursos, se clasifican en suspensivos y devolutivos: suspensivos cuando suspenden el curso del procedimiento, y devolutivos cuando no suspenden el curso de éste, pero en caso de que el recurso prospere, devuelven la secuela procesal hasta la resolución modificada. Un mismo recurso puede ser investido, en diferentes momentos, de los dos efectos señalados”.²⁷²

Es necesario mencionar en una explicación corta la clasificación de los recursos ordinarios y extraordinario.

²⁷² Rivera Silva, Manuel, El procedimiento penal, 23^a ed., Editorial Porrúa, México, 1994, Pág. 319-320.

RECURSOS ORDINARIOS

Estos recursos a su vez se clasifican en: Revocación, apelación, denegada apelación, recurso de queja, reposición del procedimiento. A continuación se estudiará:

Recurso de Revocación

Etimológicamente, revocación proviene de los vocablos *revocare*, *revoco*, *revocatio*, *revocationis*, que significa cancelar, retractar, derogar.

El penalista y autor López Betancourt expresa “ La revocación es un recurso ordinario, cuyo fin es dejar sin efecto un auto o una resolución judicial que no haya causado estado o en el caso de sentencias”.²⁷³

El maestro Monarque Ureña, menciona “ La revocación es un recurso ordinario no devolutivo que considera la ley, y procede contra autos que no admitan expresamente el recurso de apelación. Su conocimiento estará a cargo del mismo tribunal que dictó el auto combatido Cualquiera de las partes puede interponer el recurso de revocación”.²⁷⁴

Así de los autores señalados se deduce que el recurso de revocación es un medio de impugnación que se interpone contra autos o resolución que no haya causado estado, por lo que es necesario señalar el momento en que causan estado las resoluciones, las resoluciones causan estado según la legislación, en particular el Código federal de Procedimientos penales en su artículo. 102, las resoluciones judiciales causan estado cuando, notificadas las partes, éstas manifiesten expresamente su conformidad, no interpongan los recurso que procedan dentro de los plazos señalados por la ley o cuando se resuelvan los recurso planteados contra aquellas.

²⁷³ López Betancourt, Eduardo. Derecho procesal penal. Ed., 2003 México. Editorial Iure S.A de C.V. Pág. 219.

²⁷⁴ Monarque Ureña, Rodolfo. Derecho Procesal Esquemático, ed., 1ª 2002, Editorial Porrúa S.A de C.V. Pág. 122.

Es decir la resolución que causa estado, es cuando toma el carácter de cosa juzgada. El artículo 23 constitucional señala: ...Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene...”

De lo anterior el penalista y autor Hernández Pliego señala: “ En sentido formal habrá cosa juzgada cuando la sentencia sea irrevocable porque no acepte ningún recurso ordinario en su contra y cuando, por ende, pueda ser ejecutada.

La cosa juzgada en sentido material es la calidad de un nuevo veredicto cuyo derecho controvertido y tutelado por él lo hace valioso frente a todos los

hombres, al constituir un acto de la autoridad por virtud del cual se concretó en un caso específico la abstracción e impersonalidad de la norma jurídica”.²⁷⁵

El artículo 361 del Código Federal de Procedimientos penales establece: “ que la resolución es aplicable a los autos de primera instancia contra los cuales no se conceda el recurso de apelación, así como las resoluciones que se dicten en segunda instancia antes de la sentencia “.

Las partes quienes interponen y pueden hacerlo son: el indiciado, la defensa, el ofendido, y el Ministerio Público.

El recurso se interpone y se admite en materia federal y local en los siguientes términos:

El Código Federal de Procedimientos Penales determina que el plazo para interponer el recurso de revocación y ofrecer pruebas será de cinco días, contados a partir de que surta efectos la notificación de la resolución que se impugne.

²⁷⁵ Hernández Pliego , Julio, Programa de derecho Procesal Penal, 7ª ed., Editorial Porrúa, México, 2001. Pág. 285.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el artículo 413 instituye que deberá interponerse el recurso en el acto de la notificación o al día siguiente hábil, y el tribunal o juez ante quien se interponga lo admitirá o desechará de plano, si creyere que no es necesario oír a las partes. En caso contrario, las citará a una audiencia verbal, que se celebrará dentro de los dos siguientes días hábiles y dictará en ellas su resolución, contra la que no se admite recurso alguno.

La tramitación el Código Federal de Procedimientos Penales en su numeral 362 establece: “ que el tribunal resolverá el recurso oyendo a las partes en una

audiencia que se efectuará dentro de las cuarenta y ocho siguientes a la notificación que se haga a la parte que no interpuso el recurso, acerca de la admisión de éste. En la audiencia se desahogarán las pruebas ofrecidas, se escuchará a las partes y se dictará resolución, contra la cual no procederá recurso alguno. Si no es posible que en esa audiencia concluya el desahogo de pruebas, el juez podrá citar, por una sola vez, a otra audiencia.

Los efectos que produce la resolución del recurso de revocación, ésta puede ser retentiva o no devolutiva; asimismo es ejecutiva, pues puede ejecutarse la resolución impugnada a pesar de su estado de impugnación.

De acuerdo con la resolución, el Tribunal decidirá si confirma o revoca su resolución inicial; esta decisión pondrá fin al recurso de revocación y no se admitirá ningún otro medio de impugnación al respecto.

La suprema corte de justicia de la nación al respecto señala:

“ REVOCACIÓN, TERMINO PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE HIDALGO).- Partiendo de la regla general prevista en el artículo 127 del Código de Procedimientos Civiles del estado de hidalgo, debe concluirse que el término de veinticuatro horas, o sea de un día, para la interposición del recurso de revocación a que se refiere el diverso 673 de ese cuerpo de leyes, comienza a correr a partir de las cero horas del día siguiente de aquel en que se notificó la resolución recurrida”.

Sem. Jud. Fed., Tribunales Colegiados 7a época, Vol. 181-186, sexta parte, pág. 178.

De esta forma no se requiere formalidad alguna para la interposición del recurso, de modo que podrá hacerse verbalmente o por escrito.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El autor López Betancourt expresa “ La apelación es el medio impugnativo más generalizado, que se interpone ante la instancia superior jerárquicamente al tribunal que ha emitido la resolución, con el fin de que el superior determine si se revoca, afirma o modifica la resolución”.²⁷⁶

El penalista Monarque Ureña, señala “ Es un recurso que otorga la ley, devolutivo en cuanto a que conoce el tribunal de alzada, con efectos suspensivos o ejecutivos, según sea el caso, y que tiene por objeto examinar si en la resolución recurrida se aplicó inexactamente la ley; si se violaron los principios reguladores de la valorización de la prueba y del arbitrio judicial; si se alteraron los hechos o no se fundó y motivó correctamente”.²⁷⁷

Resoluciones apelables las sentencias definitivas en que se imponga alguna sanción (artículo 366) son apelables en ambos efectos (devolutivo y no devolutivo).

²⁷⁶ López Betancourt, Eduardo. Derecho procesal penal. Ed., 2003 México. Editorial Iure S.A de C.V. Pág. 221.

²⁷⁷ Monarque Ureña, Rodolfo. Derecho Procesal Esquemático, ed., 1ª 2002, Editorial Porrúa S.A de C.V. Pág. 123.

En efecto devolutivo pueden apelarse:

I. Las sentencias definitivas que absuelven al acusado, excepto las que se pronuncien en relación con delitos punibles con no más de seis meses de prisión o con pena no privativa de libertad;

II. Los autos en que se decrete el sobreseimiento y aquellos en que se niegue el sobreseimiento.

III. Los autos en que se niegue o conceda la suspensión del procedimiento judicial, los que decreten o nieguen la separación de autos, los que concedan o nieguen la recusación;

III. Bis. Los autos que ratifiquen la constitucionalidad de una detención a que se refiere el párrafo sexto del artículo 16 constitucional;

IV. Los autos de formal prisión, los de sujeción a proceso, los de falta de elementos para procesar y aquellos que resuelvan situaciones concernientes a la prueba.

V. los autos en que se concede o niegue la libertad provisional bajo caución, los que concedan o nieguen la libertad por desvanecimiento de datos y los que resuelvan algún incidente no especificado;

VI. Los autos en que se niegue la orden de aprehensión o la citación para rendir la declaración. Estos autos sólo son apelables por el Ministerio público.

VII. Los autos que nieguen el cateo, las medidas precautorias de carácter patrimonial, el arraigo del indiciado o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica;

VIII. Los autos en que un tribunal se niegue a declarar su incompetencia por declinatoria o a librar oficio inhibitorio (artículo 367 Código Federal de Procedimientos Penales).

Las partes que pueden apelar son: El Ministerio Público, inculpado, defensor, ofendido, o sus legítimos representantes siempre y cuando haya sido reconocida la personalidad por el juez de primera instancia, como coadyuvante del Ministerio Público, para la reparación de daños y perjuicios.

La interposición y admisión del recurso

Los Códigos de Procedimientos Penales, el plazo para presentar la apelación, sea por escrito o por comparecencia, comprende desde el acto de la notificación hasta los cinco días siguientes si se tratare de sentencia, tres días si se interpusiere contra un auto o dos contra cualquier otra resolución. Este término se hará saber al acusado al notificarle la resolución, sea sentencia definitiva de primera instancia o auto. Si se omite, deberá duplicarse el término legal para interponer el recurso.

Si el recurso ha sido presentado dentro del término legal, el tribunal que dictó la resolución apelada lo admitirá o lo desechará de plano, según cumpla o no los requisitos establecidos en la ley.

El autor y penalista Silva Silva expresa “ El tribunal a quo tiene facultades provisorias para rechazar o denegar la admisión del Recurso. Entre otros supuestos, encontramos los siguientes para denegarla:

- a) Que el apelante carezca de legitimación procesal para apelar;
- b) Que la resolución impugnada no sea apelable;
- c) Que no se impugnó dentro del plazo que la ley concede;
- d) Que existió previa conformidad con la resolución impugnada, y
- e) Que considere “ frívolo e improcedente” el recurso interpuesto”.²⁷⁸

Dos formas en las que se puede admitir el recurso de apelación:

Efecto devolutivo, es llamado así porque teóricamente, el tribunal inferior recibe su potestad juzgatoria por delegación del superior, de modo que al resolver, si hay inconformidad de las partes con lo resuelto devuelve la jurisdicción recibida, para que sea el superior quien revise.

²⁷⁸ Silva Silva, Jorge Alberto, Derecho Procesal penal, 2ª ed., Colección Textos jurídicos Universitarios, Oxford University Press, México, 2001, Pág. 441.

El efecto suspensivo se usa significar que mientras el recurso se sustancia, la ejecución de la resolución recurrida queda en suspenso no puede llevarse adelante.

Los códigos de la materia establecen que una vez recibido el proceso por el Tribunal de apelación, este lo pondrá a la vista de las partes por un plazo de tres días; dentro de este periodo podrán impugnar la admisión del recurso de apelación o el efecto o efectos en que haya sido admitido, y el tribunal dará vista de la

promoción a las otras partes por tres días y resolverá lo que fuere procedente dentro de los tres días siguientes. Si se declare mal admitida la apelación, se devolverá el proceso al tribunal de su origen, cuando lo hubiere remitido.

Las partes podrán, por lo tanto, impugnar el recurso; además, el Tribunal de alzada podrá declarar de oficio, si aquellas no lo hacen después de la celebración de la vista, que fue mal admitida la apelación y, sin revisarse la resolución apelada, se devolverá el expediente, en su caso, al tribunal de origen. Las pruebas que lleguen a presentar las partes deberán justificar su objeto naturaleza, y el tribunal habrá de decidir si se acepta o no en un plazo de tres días. Si se acepta, se rendirá en un plazo de cinco días. Desahogada, denegada o pasado el plazo que se concedió para rendirla, se citará nuevamente para la vista de la causa.

Si en el plazo de tres días después de la vista inicial las partes no señalan prueba alguna, se propondrá día para la vista final, dentro de los 30 días siguientes a la conclusión del primer plazo si se tratare de sentencias definitivas, y dentro de cinco días si se tratare de autos. A la audiencia deberán asistir el Ministerio Público, el inculpado y el defensor que se haya nombrado para la segunda instancia.

Después de la audiencia, quedará cerrado el debate y el Tribunal de apelación tendrá un plazo de ocho días para emitir su fallo en el que confirmará, revocará o modificará la resolución apelada.

Respecto a los agravios que se habrán de expresar dentro del recurso de apelación, El maestro e ilustre penalista López Betancourt señala “ los agravios se definen como el daño o perjuicio que ocasiona la sentencia definitiva o el auto impugnado a quien interpone el recurso”.²⁷⁹

La suplencia y ausencia de los agravios del procesado o sentenciado se da en el caso, de que la defensa o el procesado presenten el recurso y los agravios

no sean formulados adecuadamente, ya sea por torpeza o ignorancia, el Tribunal de apelación suplirá la deficiencia de los agravios, para hacerlos valer debidamente.

La resolución y sus efectos, transcurrida y declarado visto el asunto, quedará cerrado el debate. En este caso, el Tribunal de apelación deberá pronunciar su fallo, a más tardar, dentro de ocho días en el ámbito federal y dentro de 10 en el ámbito común. En la sentencia se determinará si la resolución apelada se confirma, revoca o modifica.

Si en la segunda instancia se decide imponer una sanción, en caso de que se revoque una sentencia absolutoria, se tramitará la reaprehensión del indiciado e iniciará el término de la prescripción.

Existe la siguiente jurisprudencia respecto a los agravios:

“ Apelación. El tribunal de alzada debe analizar con profundidad y circunstanciadamente los agravios expresados por el inconforme, aún cuando estos resulten infundados, caso contrario, viola los principios consagrados en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna. Si el tribunal de apelación no analiza con profundidad y circunstancialmente los agravios expresados por el inconforme, aún cuando éstos resulten infundados, viola los principios consagrados en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna, esto es, del debido proceso legal y de legalidad, que exigen en materia penal, fundamentalmente, que cualquier circunstancia invocada por el recurrente sea analizada explícitamente, por sí sola y en conjunción de los demás datos y

279 López Betancourt, Eduardo. Derecho procesal penal. Ed., 2003 México. Editorial Iure S.A de C.V. Pág. 227

argumentos que aparezcan en autos con posibilidad en esta clase de juicios de la suplencia de la queja, para que no quede duda en su caso, acerca de la responsabilidad penal del quejoso”.

Octava época. Instancia: Tribunal Colegiado del vigésimo Circuito. Fuente: semanario judicial de la federación. Tomo: XV-I, febrero de 1995. Tesis: XX.292 Pág 145.

Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito.

Amparo directo 932/94. Agustín de la cruz Betanzos. 19 de enero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Ángel Suárez Torres. Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.

RECURSO DE DENEGADA APELACIÓN

El recurso de la denegada apelación es un recurso ordinario.

El tratadista en materia penal Monarque Ureña señala, “ la denegada apelación es un recurso ordinario que tiene por objeto impugnar las resoluciones de los jueces que nieguen la admisión de la apelación”.²⁸⁰

El penalista López Betancourt menciona “ la denegada apelación es un recurso de inconformidad de carácter ordinario, que se concede cuando se ha negado la apelación, aunque es procedente también cuando la apelación se admite únicamente en el efecto devolutivo. Asimismo debe promoverse ante el mismo tribunal que negó la apelación”.²⁸¹

²⁸⁰ Monarque Ureña, Rodolfo. Derecho Procesal Esquemático, ed., 1ª 2002, Editorial porrúa S.A de C.V. Pág. 130.

²⁸¹ López Betancourt, Eduardo. Derecho procesal penal. Ed., 2003 México. Editorial Iure S.A de C.V. pág. 236.

El maestro Barragán Salvatierra señala “ Es un medio de impugnación ordinario, cuyo objeto inmediato es la manifestación de inconformidad del agraviado; con la resolución del órgano jurisdiccional que niega la admisión de la

apelación o del efecto devolutivo en que fue admitida, es procedente en ambos efectos.

Denegar significa no conceder lo que se pide o solicita. Este recurso tiene una estrecha vinculación con el recurso de apelación, es ordinario, devolutivo, y se promueve ante el mismo juzgado donde se dicta la resolución recurrida”²⁸²

De lo anterior expuesto por los autores se puede deducir que el recurso de la negada apelación es un recurso ordinario que se concede cuando se ha negado el recurso de apelación es devolutivo y se promueve ante el mismo juzgado donde se dicta la resolución recurrida.

El artículo 392 del código Federal de Procedimientos Penales señala que el recurso de denegada apelación procede cuando ésta se ha negado o cuando se conceda sólo en el efecto devolutivo si es procedente en ambos, aunque el motivo de la negación sea que no se considera parte al que intente el recurso.

El ilustre maestro Hernández pliego señala “ este medio impugnativo esta concedido para su procedencia a estos supuestos:

- a) Que la resolución contra la que se enderezó el recurso de apelación efectivamente sea apelable;
- b) Que la apelación se haya interpuesto dentro del término que concede la ley;
- c) Que el apelante se encuentre legitimado para interponer el recurso, y
- d) Que la providencia apelada deba admitirse en ambos efectos conforme a la ley”.²⁸³

²⁸² Barragán Salvatierra, Carlos, Derecho Procesal Penal. 1ª Ed., MacGraW-Hill Interamericana México. 1999, Pág.508.

²⁸³ Hernández Pliego, Julio, Programa de derecho Procesal Penal. Ed., 7ª , Editorial Porrúa S.A de C.V. Pág. 297.

Respecto a los puntos señalados por el autor Hernández Pliego respecto a la procedencia del recurso de la denegada apelación existe el siguiente criterio jurisprudencial.

“ DENEGADA APELACIÓN.- El recurso de denegada apelación es procedente cuando se niega la apelación, y el juez ante quien se interpone el recurso, no debe hacer substanciación alguna, no debe resolver si el recurso es o no procedente, ni dar trámite sobre su admisión, ni examinar la personalidad del recurrente, pues cualquiera de esos actos significa substanciación, lo que está vedado verificar”.

Sem. Jud. Fed., pleno, T. IV., Pág. 365.

El trámite de este recurso se interpondrá verbalmente o por escrito, en un plazo de tres días en el ámbito Federal y dos en el Local, después de la notificación de la resolución que niegue la apelación.

Interpuesto el recurso, el juez de primera instancia mandará expedir en un plazo de tres días un certificado en el que se exponga de manera breve el estado y la naturaleza de las actuaciones, el punto sobre el cual recaiga el auto apelado, insertándose éste a la letra y el que lo haya declarado inapelable, así como las actuaciones que creyere convenientes.

Este certificado deberá presentarlo el promovente ante el tribunal de apelación, dentro del término de tres días contados desde que se le entregue, si el tribunal reside en el mismo lugar. Si reside en otro, el de primera instancia señalará, además de los tres días, el término que sea necesario, atendidas las distancias y los medios de comunicación, sin que el término total pueda exceder de treinta.

Recibido en el tribunal el certificado, sin más trámites se citará para sentencia y se pronunciará ésta dentro de los cinco días siguientes a la notificación.

En el ámbito común, el proceso se pondrá a la vista de las partes por 48 horas para que manifiesten si faltan o no actuaciones sobre las que tengan que alegar.

Se citará entonces para sentencia y ésta se pronunciará a lo máximo en tres días de hecha última notificación.

La resolución, de dicho recurso determinará si el tribunal de primera instancia, a quo actúo o no adecuadamente al admitir o rechazar el recurso de apelación, según lo establecido en la ley, es decir, si la apelación procede o no.

RECURSO DE QUEJA

Respecto a éste recurso es necesario señalar que, la queja constituye la reclamación de conductas omisivas de ciertos funcionarios de la administración de la justicia, para que cumplan con las obligaciones que les impone la ley.

Los autores en la materia dan el siguiente criterio:

El penalista Barragán Salvatierra expresa “ El recurso de queja es de carácter ordinario y devolutivo. De conformidad con las leyes adjetivas procede contra las conductas omisivas de los jueces que no emitan las resoluciones o no ordenen la práctica de diligencias dentro de los plazos y términos que señale la ley o bien que no cumplan las formalidades o no despachen de acuerdo con lo establecido por la ley respectiva”.²⁸⁴

Por su parte el maestro López Betancourt menciona “ La queja es un recurso que se interpone contra resoluciones que carecen de la importancia necesaria para que se presente una apelación. Su principal finalidad es que sancione a la autoridad que ha ocasionado la queja, por su conducta indebida. Dicho recurso es de carácter ordinario y devolutivo”.²⁸⁵

²⁸⁴ Barragán Salvatierra, Carlos, Derecho Procesal Penal. 1ª Ed., MacGraW-Hill Interamericana México. 1999, Pág.510.

²⁸⁵ López Betancourt, Eduardo. Derecho procesal penal. Ed., 2003 México. Editorial Iure S.A de C.V. Pág. 236.

Por otro lado el penalista Monarque Ureña señala “ La queja constituye la reclamación de conductas omisivas de ciertos funcionarios de la administración de justicia, para que cumplan con las obligaciones que les impone la ley”.²⁸⁶

Se deduce entonces de lo expuesto por los autores que el recurso de queja, es un recurso ordinario y devolutivo procedente contra conductas omisivas, de funcionarios de la administración de justicia, para que cumplan con las obligaciones que la misma ley se impone, sancionando a la autoridad que ocasiono la queja.

Este recurso procede contra las conductas omisivas de los jueces que no emitan resoluciones o no señalen la práctica de las diligencias dentro de los plazos y términos que señale la ley, o bien no cumplan con las formalidades o no despachen los asuntos de acuerdo con lo establecido en el Código.

Su tramitación:

En materia Federal, en el artículo 398, bis del Código de Procedimientos Penales establece su tramitación: “La queja podrá interponerse en cualquier momento a partir de que se produjo la situación que la motiva, y se interpondrá por escrito ante el Tribunal unitario de circuito que corresponda.

El tribunal Unitario de circuito, en el plazo de cuarenta y ocho horas, le dará entrada al recurso y requerirá al juez de Distrito, cuya conducta omisiva haya dado lugar al recurso, para que rinda informe dentro del plazo de tres días.

Transcurrido este plazo, con informe o sin él, se dictará la resolución que proceda. Si se estima fundado el recurso, el tribunal Unitario requerirá al juez de Distrito para que cumpla las obligaciones determinadas en la ley. La falta del informe al que se refiere el párrafo anterior, establece la presunción de ser cierta la omisión atribuida y hará incurrir al juez en multa de diez a cien veces el salario mínimo vigente en el momento y lugar en que hubiese ocurrido la omisión”.

286 Monarque Ureña, Rodolfo. Derecho Procesal Esquemático, ed., 1ª 2002, Editorial Porrúa S.A de C.V. Pág. 131.

En materia Local en su artículo 442 párrafo segundo y siguientes, bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece su tramitación: “La queja se interpondrá por escrito en cualquier momento, a partir de que se produjo la situación que la motiva, ante la sala penal que corresponda del Tribunal Superior de Justicia.

En las hipótesis previstas en el artículo 286 bis, la queja sólo podrá interponerla el Ministerio Público.

La sala penal del Tribunal Superior de Justicia, en el término de cuarenta y ocho horas, le dará entrada al recurso y requerirá al juez cuya conducta omisa haya dado lugar al recurso, para que rinda informe dentro del plazo de tres días.

Transcurrido este plazo, con informe o sin el, se dictará dentro de cuarenta y ocho horas la resolución que proceda. Si se estima fundado el recurso, la sala penal del Tribunal Superior de justicia requerirá al juez para que cumpla con las obligaciones determinadas en la ley en un plazo no mayor de dos días, sin perjuicio de las responsabilidades que le resulten. La falta del informe a que se refiere el párrafo anterior, establece la presunción de ser cierta la omisión atribuida y hará incurrir al juez en multa de diez a cien veces el salario mínimo”.

Respecto al recurso de queja existen la siguiente jurisprudencia:

“ Queja. Alcances de su resolución. Si bien doctrinariamente se ha venido sustentando la postura de que la queja en el juicio de amparo, regulada por los arts. 95 a 102 de la ley de la materia, es una institución sui generis, por cuanto ve a la variedad de supuestos que por esta vía se puede plantear para corregir actos de los juzgadores de amparo y de las autoridades responsables, un acasioso análisis de las mencionadas normas permite arribar a la conclusión de que es cierto que esa figura goza de naturaleza especial, pero sólo vista de manera

genérica, pues atendiendo a las múltiples hipótesis establecidas limitativamente en el referido art. 95, en unos casos es realmente un incidente (fracs.. II, III, IV, la parte de la VIII en que se dice que no se provoca sobre la suspensión dentro del término legal y IX) y en otros si es recurso (fracs.. I, V, VI;VII, el resto de la VIII X Y XI); en esta hipótesis participa de los principios rectores de esta especie de medios de impugnación en el juicio de amparo, concretamente del recurso de revisión, por virtud del cual el órgano colegiado que conoce de esa queja analizará y determinará si la inconformidad que la origina es fundado o no, debiendo sustituirse al a quo en el conocimiento del negocio en materia de la impugnación y, teniendo al resultado, deberá confirmar, modificar o revocar la resolución de que se trate; de suerte que el pronunciamiento es en cualquiera de estos dos últimos supuestos, el tribunal colegiado adicionalmente estará obligado a pronunciar el fallo que sustituya al que lo originó”.

Novena época. Instancia: Primer Tribunal colegiado en Materia penal del Primer circuito. Fuente: Semanario judicial de la Federación y su gaceta. Tomo: III, mayo de 1996. Tesis: I. 1º . P. 1. K, pág. 685. Primer Tribunal colegiado en materia penal del Primer Circuito. Queja 61/95. Secretario General de la presidencia y oficial mayor de la H. Suprema Corte de justicia de la Nación. 16 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Germán Tena Campero. Secretario: Juan José Olvera López.

Otro de los recursos ordinarios encontramos el recurso de reposición del procedimiento.

REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO

La reposición del procedimiento es un recurso ordinario, los autores al respecto opinan.

El ilustre maestro Betancourt, señala “La reposición del procedimiento es un recurso ordinario, por medio del cual, el juez de segunda instancia nulifica el proceso realizado en la primera, y se reanuda aquél a partir del acto que se ha anulado”.²⁸⁷

²⁸⁷ López Betancourt, Eduardo. Derecho procesal penal. Ed., 2003 México. Editorial Iure S.A de C.V. Pág. 241.

El tratadista en la materia Hernández Pliego expresa “ La reposición del procedimiento es un acto procesal por el cual el superior jerárquico de la autoridad judicial, imposibilitado para entrar al estudio y análisis del fondo del asunto sometido a la apelación, anula o invalida determinada actuación judicial apartada de la legalidad u ordena al inferior que lo haga, para que se reanude el procedimiento a partir de ese acto que ha sido dejado sin efecto”.²⁸⁸

De esta forma la reposición del procedimiento, básicamente, anula las actuaciones, por considerarlas alejadas de la legalidad o irregulares.

El artículo 386 del Código Federal de Procedimientos Penales, y 431 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal La reposición del procedimiento procede:

- I. Por no haberse hecho saber al procesado, durante la instrucción ni al celebrarse el juicio, el motivo del procedimiento o el nombre de las personas que le imputen la comisión del delito;
- II. Por no habersele permitido nombrar defensor o nombrársele el de oficio en los términos que señala la ley, o por no habersele facilitado la manera de hacer saber al defensor su nombramiento, o por habersele impedido comunicarse con él o que dicho defensor lo asistiere en alguna de las diligencias del proceso, o por haberse omitido la designación del traductor al inculpado que no hable o entienda suficientemente el idioma castellano;
- III. Por no habersele administrado los datos que necesitare para su defensa y que constaren en el proceso;

IV. Por no habersele careado con algún testigo que hubiere depuesto en su contra, si el testigo rindió su declaración en el mismo lugar donde se sigue el proceso, estando allí también el procesado;

V. Por no haber sido citada alguna de las partes para las diligencias que tuviere derecho a presenciar;

288 Hernández Pliego, Julio, Programa de derecho Procesal Penal. Ed., 7^a , Editorial Porrúa S.A de C.V. Pág. 300.

VI. Por no haberse recibido a laguna de las partes, injustificadamente, las pruebas que hubiere ofrecido, con arreglo a la ley;

VII. Por haber celebrado el juicio sin asistencia del funcionario que deba fallar, de su secretario o testigos de asistencia y del Ministerio público;

VIII. Por existir omisiones graves de la defensa en perjuicio del sentenciado, como no haberse asesorado al inculpado sobre la naturaleza y las consecuencias jurídicas de los hechos imputados en el proceso; no haber asistido a las diligencias que se practicaren con intervención del inculpado durante la averiguación previa y durante el proceso; no haber ofrecido y aportado las pruebas necesarias para la defensa del inculpado; no haber hecho valer las circunstancias probadas que en el proceso favorecieran la defensa del inculpado; no haber interpuesto los medios de impugnación necesarios para la defensa del inculpado, y no haber promovido todos aquellos actos procesales que fuesen necesarios para el desarrollo normal del proceso y pronunciamiento del procedimiento;

IX. por haberse hecho la insaculación de jurados en forma distinta de la prevenida por la ley, o no haberse aceptado injustificadamente al acusado o a su defensor la recusación de alguno o algunos de los jurados hecha en la forma y términos legales;

X. Por haberse integrado el jurado con el número de personas que señale la ley o por carecer alguna de ellas de algún requisito legal.

XI. Por haberse sometido a la resolución del jurado cuestiones se de distinta índole de las que la ley señale;

XII. Por haberse sido juzgado el acusado por un tribunal de derecho debiendo haberlo sido por el jurado, o viceversa;

- XIII. Por habersele condenado por hechos distintos de los que fueron considerados en las conclusiones del Ministerio Público;
- XIV. Por haberse negado a alguna de las partes los recursos procedentes, o por haberse resuelto la revocación en forma contraria a derecho.
- XV. Por haberse tenido en cuenta una diligencia que, conforme a la ley, fuese nula;
- XVI. Por no haber procedido el juez, durante la instrucción y después de ésta hasta la sentencia, acompañando de su secretario;
- XVII. Por haberse omitido en el interrogatorio alguna de las preguntas que conforme debieron hacerse al jurado o por no haberse suprimido todo un interrogatorio, y
- XVIII. Por haber contradicción notoria y sustancial en las declaraciones del jurado, si por tal contradicción no pueden tomarse en cuenta en la sentencia los hechos votados.

La reposición del procedimiento se decretará a petición de parte, quien deberá exponer los agravios correspondientes. No se podrán alegar aquellos con los que la parte agraviada se hubiere conformado expresamente, ni los que cause alguna resolución contra la que no hubiere intentado el recurso que la ley conceda o, si no hay recurso, si no se protesta contra dichos agravios al tenerse conocimiento de ellos en la instancia en que se causaron.

Los efectos de la reposición del procedimiento, si el Tribunal de apelación encuentra positiva alguna de las causas que motivan la reposición del procedimiento ordenará al tribunal de primera instancia que declare nulo el acto específico, debiendo practicarse de nuevo.

Si las irregularidades del procedimiento no ameriten su reposición o la revocación o modificación de la resolución respectiva, el Tribunal de apelación llamará la atención al inferior y podrá imponerle una corrección disciplinaria, o consignarlo al Ministerio Público si la violación constituye delito.

Cuando las anomalías hayan sido causa de que el defensor faltó a sus deberes, se le podrá imponer una corrección disciplinaria o consignarlo al Ministerio Público si procediere. Si el defensor fuere de oficio, el tribunal deberá, además, dar cuenta al superior de aquél, llamándole la atención sobre la negligencia o ineptitud de dicho defensor.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Por consiguiente es necesario señalar el recurso extraordinario como lo es el amparo en materia penal.

AMPARO EN MATERIA PENAL

El penalista García Ramírez considera mencionar los diferentes criterios de los tratadistas en la materia de amparo respecto a su definición o concepto entre ellos señala:

1.- “El ilustre Dr. Ignacio Burgoa Orihuela expresa, el amparo es una institución procesal que tiene por objeto proteger al gobernado contra cualquier acto de autoridad (lato sensu) que en detrimento de sus derechos viola la Constitución. Agrega en seguida que consiste en institución jurídica de tutela directa de la constitución e indirecta y extraordinaria de la legislación secundaria (control constitucional y legal), que se traduce en un procedimiento autónomo de carácter contencioso (control jurisdiccional en vía de acción) y que tiene por objeto invalidar, en relación con el gobernado en particular y a instancia de éste, cualquier acto de autoridad (lato sensu) inconstitucional o legal que lo agravió. Finalmente, el amparo es un juicio o proceso que se inicia por la acción que ejercita cualquier gobernado ante los órganos jurisdiccionales federales contra todo acto de autoridad (lato sensu) que le causa un agravio en su esfera jurídica y que considera contrario a la constitución, teniendo por objeto invalidar dicho acto o despojarlo de su eficacia, por inconstitucionalidad o ilegalidad en el caso concreto que lo origine.

2.- [Por su parte el penalista] Fix Zamudio, quien acepta la doble función del amparo como proceso y como recurso le define así en su primera condición: “ es un proceso puesto que constituye un procedimiento armónico, autónomo y ordenado a la composición de los conflictos entre las autoridades y personas individuales y colectivas, por violación, y desconocimiento e incertidumbre de las normas fundamentales, y que se caracteriza por conformar un remedio procesal de invalidación”.

3.- [Por otro lado el autor] Octavio Hernández lo entiende como “ una de las garantías componentes del contenido de la jurisdicción constitucional mexicana, que se manifiesta y realiza en un proceso judicial extraordinario, constitucional y legalmente reglamentado, que se sigue por vía de acción y cuyo objeto es que el poder Judicial de la Federación o los órganos auxiliares de éste vigilen imperativamente la actividad de las autoridades a fin de asegurar por parte de éstas, y en beneficio de quien pida amparo, directamente el respeto a la Constitución e indirectamente a la leyes ordinarias, en los casos que la propia constitución y su ley reglamentaria prevén”.²⁸⁹

Finalmente respecto al concepto del amparo algo cierto es que el amparo es un acto de impugnación que puede hacer valer el gobernado contra actos que le cause un agravio en su esfera jurídica y que considera contrario a la constitución, teniendo por objeto invalidar o paralizar dicho acto, por inconstitucionalidad o ilegalidad en el caso concreto que lo origine, basándose en lo establecido por Nuestra Carta Magna.

En relación al Amparo existe la siguiente Jurisprudencia:

“ AMPARO CONTRA LEYES . PRESUPUESTOS PARA QUE OPERE EL CONSENTIMIENTO TÁCITO.-

Pág. 132 SISTA; 203 SJF Novena Época Tomo III Abril de 1996

Para que opere el consentimiento tácito de la ley, se requiere la existencia de un acto de aplicación de la misma que agravie a la parte quejosa y que ésta no lo impugne en los términos señalados por la ley. Dicho consentimiento no se actualiza cuando los supuestos actos de sometimiento al dispositivo legal impugnado se producen en beneficio del quejoso, pues atendiendo al contenido de los artículos 4º. Y 73, fracción XII, párrafo segundo, de la ley de amparo, el ejercicio de la acción constitucional presupone la existencia de un acto de aplicación que agravie la impetrante del juicio de garantías.

²⁸⁹ García Ramírez, Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal, 5ª ed., Editorial Porrúa, México, 1989, Pág. 305 y 306.

2ª. XX/96

Amparo en revisión 940/95.- Sergio Reyes coca.- 8 de marzo de 1996- Cinco Votos Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.- Secretario: Homero Fernando Reed Omelas.

En la procedencia del amparo., existen dos tipos el amparo directo e indirecto

El amparo directo, conocido también como casacional o de única instancia, se interpondrá ante los Tribunales Colegiados de Circuito o la Suprema corte de Justicia de la Nación. Procederá en contra de sentencias definitivas por violaciones a las garantías individuales cometidas por dichas sentencias, o por quebrantos a leyes procesales que afecten la defensa del quejoso (artículo 158 de la ley de amparo).

El amparo indirecto, se presentará ante los jueces de Distrito y los tribunales Unitarios de Circuito y procede no sólo contra actos o resoluciones que dicte el juzgador durante el proceso, siempre que no sean de imposible reparación, sino también contra actos o resoluciones que dicte el juzgador durante el proceso, siempre que no sean de imposible reparación, sino también contra

actos realizados fuera del procedimiento o terminado el juicio (artículo 114 de la ley de amparo).

Ahora en materia penal es importante el amparo indirecto y al cual nos avocaremos por que es el que realmente nos interesa:

En materia penal el amparo indirecto es importante.

El amparo de doble instancia procede en principio contra todo aquello que no sean sentencias definitivas, laudos o resoluciones que ponen fin al juicio, y conoceràn de dicho juicio los jueces de Distrito y los Tribunales Unitarios de Circuito, en relación a la materia penal surge para salvaguardar la libertad personal de los gobernados, sin embargo dicho juicio, para que pueda proceder necesita de ciertos principios constitucionales que rigen esta institución, y que se mencionan a continuación.

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

(Principios Rectores del Juicio de Amparo en Materia Penal)

Se constituyen por las disposiciones jurídico constitucionales relativas a la procedencia de la acción de amparo, tramitación y sentencias en el juicio de amparo.

Es decir que son reglas base para proceder, tramitar y resolver el proceso constitucional, y que de acuerdo a la trascendencia y valor de la libertad en materia penal existen ciertas garantías.

De esta forma se toma en cuenta que en materia penal siempre existe la excepción a la regla o sea su excepción o particularidad intrínseca que se constituye por las singularidades a los principios de estricto derecho y definitividad.

A) Por lo que los principios que rigen a la acción del amparo son:

- 1.- Principio de Instancia de parte agraviada
- 2.- Principio de existencia de agravio personal
- 3.- Principio de definitividad

B) El que rige el procedimiento del amparo son:

- 1.- El principio de prosecución judicial

C) Los que rigen las sentencias de amparo por los principios de:

- 1.- El principio de relatividad de la sentencia o formula de Otero.
- 2.- Principio de estricto derecho y
- 3.- suplencia de la queja.

Ahora es necesario explicar en que consisten cada uno de ellos:

I .- Principio de Instancia de parte agraviada

Este principio se basa principalmente en la solicitud que se hace ante los tribunales por el que resiente en agravio personal y directo por parte de una autoridad, no procede de oficio.

Fundamento normativo se encuentra en el artículo 107 de nuestra Carta fundamental que dispone:

ART.- 107.- Todas las controversias que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley. De acuerdo con lo siguiente:

1.- El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada.

Al respecto la ley de amparo señala:

Art.4.- El juicio de amparo únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique la ley, tratado internacional el reglamento o cualquier otro acto que se reclame, pudiendo hacerlo por sí, por su representante, por su defensor si se trata de un acto que corresponda a una persona extraña en los casos que la ley lo permita expresamente; y sólo podrá seguirse por el agraviado, por el representante legal o su defensor.

ART.6.- El menor de edad podrá pedir amparo sin la intervención de su legítimo representante cuando este se halle o impedido; pero en tal caso el juez, sin perjuicio de dictar las providencias que sean urgentes, le nombrará un representante especial para que intervenga en el juicio.

Si el menor hubiere cumplido ya catorce años, podrá hacer la designación de representante en el escrito de demanda.

ART.- 8.- Las personas morales privadas podrán pedir amparo por medio de sus legítimos representantes.

ART.- 9.- Las personas morales oficiales podrán ocurrir en demanda de amparo, por conducto de los funcionarios o representantes que designen las leyes, cuando el o la ley que se reclamen afecten los intereses patrimoniales de aquéllas .

Las personas morales oficiales estarán exentas de presentar las garantías que en esta ley se exige a las partes.

ART.- 10.- La víctima y el ofendido o las personas que conforme a la ley tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de

la comisión de un delito, sólo podrá promover juicio de amparo contra los actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad civil, también podrán promover juicio de amparo contra los actos surgidos dentro del procedimiento penal, relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación o la responsabilidad civil.

ART.- 16.- Si el acto reclamado emana de un procedimiento del orden penal bastará para la admisión de la demanda, la aseveración que de su carácter haga el defensor, en este caso, la autoridad ante quien se presente la demanda, pedirá al juez o Tribunal que conozca el asunto, que le remita la certificación correspondiente.

Si apareciere que el promovente del juicio carece del carácter con que se ostento, la autoridad que conozca del amparo le impondrá una multa de tres a treinta días de salario y ordenará la ratificación de la demanda. Si el agraviado no la ratificare, se tendrá por no interpuesta y quedarán sin efecto las providencias dictadas en el expediente principal y en el incidente de suspensión; si la ratificare, se tramitará el juicio, entendiéndose las diligencias directamente con el agraviado mientras no constituya representante.

ART.- 17.- Cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera del procedimiento judicial, deportación o destierro, o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal, y el agraviado se encuentre imposibilitado para promover el amparo, podrá hacerlo cualquiera otra persona en su nombre, aunque sea menor de edad. En este caso, el juez dictará todas las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado y habido que sea, ordenará se le requiera para que dentro del término de tres días ratifique la demanda de amparo; sí el interesado la ratifica se tramitará el juicio; si no la ratifica se tendrá por no presentada la demanda, quedando sin efecto las providencias que se hubiesen dictado.

II .- Principio de existencia de un agravio personal y directo

Dicho principio es la afectación que sufre de manera personal el quejoso en torno de sus derechos y que resiente en forma directa.

Su fundamento legal lo encontramos en Nuestra carta Fundamental y de la ley de Amparo que dispone lo siguiente:

Nuestra Carta Magna

ART.- 107.- Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determina la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

I.- El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada;

Ley de Amparo

ART.-4.- El juicio de amparo únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique la ley, el Tratado internacional el reglamento o cualquier otro acto que se reclamen, pudiendo hacerlo por sí, por su representante, o por su defensor si se trata de un acto que corresponda a una causa criminal, por medio de algún pariente o persona extraña en los casos en que la ley lo permita expresamente; y sólo podrá seguirse por el agraviado, por su representante legal o por su defensor.

De tal suerte que si el gobernado no resiente una afectación, un agravio de manera personal y directa incurrirá en la causal de improcedencia de la fracción V del artículo 73 de la Ley de amparo que textualmente expresa:

ART.- El juicio de amparo es improcedente:

V.- Contra actos que no afecten los intereses jurídicos del quejoso.

III.- Principio de definitividad

En dicho principio sólo procede contra actos de autoridad definitivos, es decir que no se pueda revocar o modificarse por los medios ordinarios, siendo el último medio defensa que previó nuestra constitución.

Ahora si bien es cierto que cuando el agraviado interpone el juicio de amparo sin previamente agotar el recurso ordinario, es por que la excepción al principio de definitividad, lo constituye sin duda aquellos actos de los que importen peligro como lo es a la vida, libertad o integridad física deduciendo de esta forma los juicios, procesos constitucionales en materia penal.

Sin embargo dentro del principio de definitividad opera una excepción que establece la propia constitución: al señalar que tratándose de sentencias definitivas la propia corte ha establecido, que es indispensable agotar el recurso de apelación, y una vez resuelto interponer la demanda del juicio de amparo.

Fundamento legal

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

ART.- 107.- Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

III.- Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:

a) contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, respecto de las cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o reformados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo; siempre que en materia civil haya sido impugnado a la violación en el curso del procedimiento mediante el recurso ordinario establecido por la ley e invocado como agravio en la segunda instancia, si se cometió en la primera. Estos requisitos no serán exigibles en el amparo contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten al orden y a la estabilidad de la familia.

b) Contra actos en juicio cuya ejecución sea imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan; y

c) Contra actos que afecten a personas extrañas al juicio.

Fundamento legal en la ley de Amparo

ART.- 73.- El juicio de amparo es improcedente:

XIII.- contra las resoluciones judiciales o de tribunales Administrativos o del Trabajo respecto de las cuales concede la ley algún recurso o medio de defensa,

dentro del procedimiento, por virtud del cual puedan ser modificadas, revocadas o nulificadas, aun cuando la parte agraviada no lo hubiese hecho valer oportunamente, salvo lo que la fracción VII del artículo 107 constitucional dispone para los terceros extraños.

Se exceptúan de la disposición anterior los casos en que el acto reclamado importe peligro de privación de la vida, deportación o destierro o cualquiera de los actos prohibidos por el artículo 22 de la constitución;

XV.- Contra actos de autoridades distintas de los Tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, que deban ser revisados de oficio, conforme a las leyes que los rijan, o proceda contra ellos algún recurso, juicio o medio de defensa legal por virtud del cual puedan ser modificados, revocados o nulificados. Siempre que conforme a las mismas leyes se suspendan los efectos de dichos actos mediante la interposición del recurso o medio de defensa legal que haga valer el agraviado, sin existir mayores requisitos que los que la presente ley consigna para conceder la suspensión definitiva independientemente de que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptibles de ser suspendido de acuerdo con esta ley.

Al respecto se Citan la siguiente tesis de jurisprudencia.

AUTO DE FORMAL PRISIÓN, CUANDO ES IMPROCEDENTE EL AMPARO CONTRA EL .- Es improcedente el amparo que se endereza contra el auto de formal prisión, si esta pendiente de resolver el recurso de apelación que contra él se hizo valer.

Quinta Época

Tomo XLVII, Pág. 4280.- Cantarel Manuel.

Tomo XLVIII, Pág. 506.- Marín Humberto.

Tomo L, Pág. 1404.- Rey Doce Benito.

Tomo L, Pág. 1542.- Campo Fernando de.

Tomo LXIX, Pág. 192.- Pérez Francisco y Coag.
Apéndice 1917- 1975. Primera sala. Núm. 39 Pág. 92.

IV.- Principio de prosecución judicial

Se refiere a que el juicio de amparo es un medio de control de constitucionalidad, por vía de acción ante los tribunales por parte del agraviado.

Al respecto nuestra Carta fundamental señala:

ART.- 107.- Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

I.- El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada;

La ley de Amparo señala:

ART.- 2.-El juicio de amparo se substanciará y decidirá con arreglo a la formas y procedimientos que se determinen en el presente libro, ajustándose, en materia agraria, a las prevenciones específicas a que se refiere el libro segundo de esta Ley. A falta de disposición expresa, se esta a las prevenciones del Código Federal de Procedimientos Civiles.

V.- Principio de relatividad de la sentencia o formula de Otero

Se refiere a que la sentencia de amparo sólo protege a la persona que promovió el juicio de garantías y gano el mismo, teniendo efectos particulares no generales o absolutos.

Nuestra Carta Magna al respecto señala:

ART.- 107.- Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determina la Ley, de acuerdo con las bases siguientes:

II.- La sentencia será siempre tal, que se sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.

La Ley de Amparo al respecto señala:

ART.- 76.- Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.

VI.- Principio de estricto derecho

Se refiere a la obligación que el quejoso señala con preescisión en la demanda de garantías siendo principalmente:

.- El motivo de queja en su caso agravios, o sea, los razonamientos jurídicos que considera que los actos reclamados son violatorios de garantías individuales

.- La obligación del juez de amparo de ceñirse a los conceptos de violación, ubicándose en los aspectos de constitucionalidad que le hizo valer el quejoso en los conceptos de violación.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos lo establece en a contrario sensu en su artículo 107 fracción II segundo párrafo, que a la letra señala:

“... En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo a lo que disponga la Ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta constitución..”

VII.- Principio de suplencia de la queja

La suplencia de la deficiencia de la queja, es el conjunto de hipótesis de excepción al principio de estricto derecho, determinando que el juez de amparo tendrá que estudiar la controversia constitucional que las partes exponen, de diversos puntos no señalados por el reo, pero que son necesarios para concederle el amparo.

Fundamento legal, nuestra Carta Magna lo describe en su artículo 107 Fracción II Párrafo Segundo

“... En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo a lo que disponga la Ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta constitución..”

La Ley de Amparo

Art. 76 Bis.- Las autoridades que conozcan del juicio de amparo deberán suplir la deficiencia de los conceptos de violación de la demanda, así como la de los agravios formulados en los recursos que esta ley establece, conforme a lo siguiente:

I.- En cualquier materia, cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema corte de Justicia.

II.- En materia penal, la suplencia operará aún ante la ausencia de conceptos de violación o de agravios del reo.

III.- en materia agraria, conforme a lo dispuesto por el artículo 227 de esta ley.

IV.- En materia laboral, la suplencia solo se aplicara a favor del trabajador.

V.- A favor de los menores de edad o incapaces.

VI.- En otras materia, cuando se advierta que ha habido en contra del quejoso o del particular recurrente una violación manifiesta de la ley que lo haya dejado sin defensa.

Siendo aplicable al principio de la suplencia de la queja del mismo ordenamiento jurídico:

ART.- 117.- Cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera del procedimiento judicial, deportación, o destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la constitución Federal, bastara para la admisión de la demanda, que se expresa en ella el acto reclamado; la autoridad que lo hubiese ordenado, si fuere posible al promovente; el lugar en que se encuentre el agraviado, y la autoridad o agente que ejecute o trate de ejecutar el acto. En estos casos la demanda podrá formularse por comparecencia, levantándose al efecto acta ante el juez.

Sin embargo el autor Castillo del valle respecto a el artículo ya citado señala “ refiriéndose a los actos que importan privación de la vida y de la libertad, para admisión de la demanda no señala como requisito la exposición de conceptos violación, por lo que no resultan indispensables expresarlos”. ²⁹⁰

Siendo el amparo indirecto un medio para resolver toda controversia que se suscita por leyes o actos de autoridad que violen las garantías del inculpado es necesario señalar la situación jurídica del inculpado cuando se ordena un acto de autoridad que limita la libertad personal del inculpado, es decir la diferente restricción que sufre el inculpado en torno a su libertad, como lo es:

- a) La detención
- b) La ratificación de la detención
- c) La Retención
- d) La orden de aprehensión
- e) El auto de formal prisión

a) Detención, el autor Rivera Silva menciona “ La detención es el estado de privación de la libertad en que se encuentra una persona cuando ha sido depositada en una cárcel, o prisión pública, u otra localidad, que preste la seguridad necesaria para que no se evada”. ²⁹¹

²⁹⁰ Del castillo, Del Valle Alberto, Garantías individuales y Amparo n Materia Penal Pág. 117.

²⁹¹ Rivera Silva Manuel, El Procedimiento Penal. Pág. 137.

De esta forma habrá detención cuando se presente la situación jurídica del inculpado en:

- 1.- Delito flagrante
- 2.- Caso urgente

1.- Delito Flagrante, es cuando una persona es detenida en el momento de estar cometiendo el delito, o cuando inmediatamente es perseguida la persona después de ejecutar la conducta delictiva.

FUNDAMENTO LEGAL

Artículo.- 16 de Nuestra Carta Magna párrafo cuarto al respecto señala:

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

Se constituye delito flagrante cuando la víctima del delito, testigo presencial de los hechos o quien haya participado en la comisión del delito señala a la persona como responsable. Y en su caso se encuentre en su poder objeto, instrumento o producto del delito, o aparezcan huellas, indicios que hagan presumir su participación en el delito, en este caso siempre que se trate de delito grave así calificado por la ley. Y que no transcurran 72 horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado averiguación Previa y no se haya interrumpido la persecución del delito.

2.- Caso urgente, existe cuando se trate de delito grave así calificado por la ley; exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.

FUNDAMENTO LEGAL

Artículo 16 constitucional párrafo quinto

“ Sólo en caso urgentes, cuando se trate delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la

justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar la detención , fundando y expresando los indicios que motiven su proceder”.

El riesgo fundado existe por:

- .- Las circunstancias personales del inculpado
- .- Antecedentes delictivos o penales
- .- La posibilidad que el inculpado tiene para ocultarse
- .- El sorprenderlo al intentar de abandonar el ámbito territorial, jurisdiccional de la autoridad.
- .- O cualquier indicio que haga presumir fundadamente que podrá sustraerse de la acción de la justicia.

El Ministerio Público ordenará la detención en caso urgente en forma escrita, fundando y expresando los indicios antes señalados.

Las detenciones serán ejecutadas por la policía que bajo autoridad y mando del Ministerio Público y quien a su vez se auxilia para cumplir con lo ordenado por el precepto legal de nuestra carta Magna en su artículo 21 y el detenido pueda ponerse a disposición del C. Agente del Ministerio Público.

b) La ratificación de la detención

FUNDAMENTO LEGAL

Artículo.- 16 párrafo sexto de Nuestra Carta fundamental señala:

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

Fundamento legal

El juzgado ante el cual se ejercite la acción penal, radicará 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.

Párrafo Tercero.- Si la consignación es con detenido deberá inmediatamente ratificar la detención, si esta fuere constitucional; en caso contrario decretará la libertad con las reservas de ley. De lo anterior se desprende que el juez que reciba la consignación con detenido debe proceder de inmediato a determinar si la detención se apegó a Nuestra Carta fundamental o no, ratificando la detención en el primer caso y decretará la libertad con las reservas de ley.

Ahora bien si la situación jurídica del inculpado exceda los plazos señalados en el artículo 16 de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se presume que estuvo incomunicada, teniendo como resultado que las declaraciones emitidas por el indiciado no tendrán validez.

De esta forma el Ministerio Público en el pliego de consignación señalará los datos reunidos durante la averiguación para los efectos previstos en el artículo 20 constitucional fracción I, y de lo relativo a la legislación penal respecto a la libertad Provisional bajo caución así como para fijar el monto de la garantía.

c) La Retención

Se refiere principalmente esta figura a retener por cierto tiempo al sujeto para integrar la averiguación previa y ejercer en su caso la acción penal.

Asimismo es contradictorio ya que algunos tratadistas opinan que se detiene para investigar, por lo que debería ser el fin correcto investigar para detener.

Consecuentemente en los casos de urgencia y retención del sujeto es a razón de que el Ministerio Público no ha reunido los elementos necesarios para integrar la averiguación previa o sea la investigación del delito.

Finalmente la retención es sinónimo en este caso de suposición, sospecha o certeza de que el sujeto ha cometido otros delitos y que sería el camino para investigar el delito y es justificado de acuerdo a la necesidad social, no es justificado cuando se aplica el principio de la presunción de inocencia o bajo la regla que prohíbe las pesquisas.

FUNDAMENTO LEGAL

Nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el numeral 16 párrafo séptimo expresa:.

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

El Código de Procedimientos penales para el Distrito Federal en su artículo 268- Bis establece:

“ en los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado (sic) podrá ser retenido por el Ministerio Público por más (sic) de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada a que se refiere el artículo 254 del Nuevo código Penal para el Distrito Federal”.

Si para integrar la averiguación previa fuese necesario mayor tiempo del señalado en el párrafo anterior, el detenido será puesto en libertad, sin perjuicio de que la indagación continúe sin detenido.

El juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no; en el primer caso ratificará la detención y en el segundo decretará la libertad con las reservas de ley”.

La legislación Federal de Procedimientos penales describe en su artículo 194- Bis: En los casos de delito flagrante y en casos urgentes , ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio público por más de cuarenta y ocho horas, quien transcurrido dicho plazo, deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse respecto de los delitos a que se refiere la ley federal en materia de delincuencia organizada.

d) La orden de aprehensión

Para orientarnos es necesario señalar en que consiste esta figura y al respecto el penalista Rivera Silva expresa “ La orden de aprehensión consiste en el mando que se da para privar de la libertad aun individuo, frente a la actividad del Ministerio Público solicitándola”. 292

FUNDAMENTO LEGAL

Nuestra Carta Fundamental

ART.- 16 Párrafo segundo establece:

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

El Código de Procedimientos penales Para el Distrito Federal en su artículo 286-Bis expresa:

“ Cuando aparezca de la averiguación 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 ejercitará la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda.

El juzgado ante el cual se ejercite la acción penal, radicará 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.

Si la consignación es con detenido deberá inmediatamente ratificar la detención, si esta fuere constitucional; en caso contrario decretará la libertad con las reservas de ley.

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 del asunto, el Ministerio Público podrá recurrir en queja ante la sala penal del Tribunal superior que corresponda.

El juez ordenará o negará la aprensión o comparecencia solicitada por el Ministerio Público por el delito que aparezca comprobado, dentro de los diez días contados a partir de la fecha en que se haya acordado la radicación. Si el juez no resuelve oportunamente sobre estos puntos el Ministerio Público procederá en los términos previstos en el cuarto párrafo anterior.

Tratándose de consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada, inmediatamente debe radicarse el asunto, y dentro de los seis 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 ”.

El Código Federal de Procedimientos Penales establece en su numeral 134 expresa:

“ En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han careado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante los tribunales y expresará sin necesidad de acreditarlo plenamente la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea.

Es conveniente señalar que el Código Penal Federal en su artículo 15 fracción II establece:

“ El Ministerio Público podrá ejercitar acción penal en los términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo serán analizados por el juzgador después de que se haya citado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda sin perjuicio del derecho del inculcado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo.

Para el libramiento de la orden de aprehensión, los tribunales se sujetarán a lo previsto en el segundo párrafo del art 16 constitucional y en el 195 del presente Código.

El ejercicio de la acción penal, es con detenido, el tribunal que reciba la consignación radicará de inmediato el asunto. Entendiéndose que el inculcado queda a disposición del juzgador para efectos de nuestra Carta Magna y legislación correspondiente desde el momento en que el Ministerio Público lo interne en el Reclusorio o centro de salud. El Ministerio Público dejará constancia de que el detenido quedo a disposición de la autoridad judicial y entregará copia de aquella al encargado del reclusorio o centro de salud, quien asentará el día y la hora de la recepción.

De lo anterior se desprende que el juez que reciba la consignación con detenido debe proceder de inmediato a determinar si la detención se apegó a Nuestra Carta fundamental o no, ratificando la detención en el primer caso y decretará la libertad con las reservas de ley.

Ahora bien si la situación jurídica del inculcado exceda los plazos señalados en el artículo 16 de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se presume que estuvo incomunicada, teniendo como resultado que las declaraciones emitidas por el indiciado no tendrán validez.

De esta forma el Ministerio Público en el pliego de consignación señalará los datos reunidos durante la averiguación para los efectos previstos en el artículo 20 constitucional fracción I, y de lo relativo a la legislación penal respecto a la libertad Provisional bajo caución así como para fijar el monto de la garantía.

e) El auto de formal prisión

Es una obligación del órgano jurisdiccional determinar la situación jurídica del imputado, es decir, el auto de término constitucional en un término de 72 horas. Es decir si el juez encuentra elementos que justifiquen la continuación del proceso deberá dictar, según el caso, auto de formal prisión o auto de sujeción a proceso. De lo contrario deberá dictar la libertad por falta de elementos o méritos, con las respectivas reservas de ley. En los primeros casos, deberá establecer cual es el delito o delitos por los que se pretende continuar el proceso, además de la categoría del proceso, sumario u ordinario.

FUNDAMENTO LEGAL

El artículo 19 constitucional señala párrafo primero y segundo primera parte

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

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señala 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 prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Sin embargo el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal expresa en su artículo 121 y 122:

Art.- 121.- En todos los delitos en que se requieran conocimientos especiales para su comprobación, se utilizarán, asociadas, las pruebas de inspección ministerial o judicial y de peritos, sin perjuicio de las demás.

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

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal.

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

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

El Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 168 y 180 establece:

Art.- 168.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo no exista a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.

Art. 180.- Para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad el indiciado, el Ministerio Público y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho.

Los requerimientos que formule el Procurador General de la República o el Servidor Público en quien se delegue esta facultad, o la autoridad judicial en su caso, de información o documentos relativos al sistema financiero, se harán por conducto de la comisión Nacional Bancaria y de Valores, de la Comisión Nacional

de seguros y Fianzas, así como de la Comisión Nacional del sistema de Ahorro para el Retiro. En sus respectivas competencias. Los requerimientos de información o documentos de naturaleza fiscal, por conducto de la unidad de la secretaria de Hacienda y Crédito Público que determine el titular de dicha Secretaria.

La información y documentos así obtenidos sólo podrán ser utilizados en la investigación y para efectos del proceso penal, debiéndose guardar la más estricta confidencialidad. Al servidor público que quebranta la reserva de las actuaciones o proporcione copia de ellas o de los documentos que obran en la averiguación se le sujetará al procedimiento de responsabilidad administrativa y penal, según corresponda.

Los actos de autoridad en materia penal antes explicados son combatibles mediante el amparo indirecto de doble instancia, por tratarse de actos que ponen fin al juicio, juicio biinstancial..

Es importante que se analicé el fundamento legal de la procedencia del amparo indirecto contra las restricciones de la libertad personal en materia penal:

Ahora si bien es cierto, el amparo directo o también llamado de doble instancia es de competencia para su conocimiento, del juez de Distrito o Tribunal Unitario de Circuito.

FUNDAMENTO LEGAL

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 103 fracción I y 107.

Art.- 103.- Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I.- Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;

Art.- 107.- Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

VII.- El amparo contra actos en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten personas extrañas al juicio, contra leyes o contra actos de autoridad administrativa, se interpondrá ante el juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una audiencia para la que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el informe y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oirán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia;

XII. si la violación de las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 se reclamará ante el superior del Tribunal que la cometa, o ante el juez de Distrito que corresponda, pudiéndose recurrir en uno y otro caso, las resoluciones que se pronuncien, en los términos prescritos por la fracción VIII.

Si el juez de Distrito no residiere en el mismo lugar que reside la autoridad responsable, la ley determinará el juez ante el que se ha de presentar el escrito de amparo, el que podrá suspender provisionalmente el acto reclamado, en los casos y términos que la misma ley establezca;

FUNDAMENTO LEGAL EN LA LEY DE AMPARO

El amparo indirecto se fundamenta en la Ley de amparo en sus artículos 1 Fracción uno y 114 que establecen:

Art.-1.- El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I.- Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales.

Art.- 114.- El amparo se pedirá ante el juez de distrito:

I.- Contra leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional, reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados u otros reglamentos, decretos o acuerdos de observancia general, que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación, causen perjuicios al quejoso.

Esta hipótesis opera en normas y actos de autoridad que impugnemos de inconstitucionales en materia penal que no sean sentencias definitivas.

II.- Contra actos que no provengan de tribunales judiciales administrativos o del trabajo.

En estos casos, cuando el acto reclamado emane de un procedimiento seguido en forma de juicio, el amparo sólo podrá promoverse contra la resolución definitiva por violaciones cometidas en la misma resolución o durante el procedimiento, si por virtud de éstas últimas hubiere quedado sin defensa el

quejoso o privado de los derechos que la ley de la materia conceda, a no ser que el amparo sea promovido por persona extraña a la controversia;

III.- Contra actos de Tribunales judiciales, administrativos o del Trabajo ejecutados fuera del juicio o después de concluido.

Si se trata de actos de ejecución de sentencia, sólo podrá promoverse el amparo contra la última resolución dictada en el procedimiento respectivo, pudiendo reclamarse en la misma demanda las demás violaciones cometidas durante ese procedimiento que hubieren dejado sin defensa del quejoso.

IV.- Contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea imposible reparación.

V.- Contra actos ejecutados dentro o fuera del juicio, que afecten a personas extrañas a él, cuando la ley no establezca a favor del afectado algún recurso ordinario o medio de defensa que pueda tener por efecto modificarlos o revocarlos siempre que no se trate de juicio de tercería;

VI.- Contra leyes o actos de la autoridad federal o de los Estados, en los casos de las fracciones II y III del artículo 1º. De esta Ley; y

VII.- Contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 Constitucional.

Después de haber explicado tanto el amparo indirecto como las restricciones a la libertad personal es necesario referirnos a la procedencia del amparo contra las restricciones más importantes siendo estas:

I.- La orden de aprehensión

II.- El auto de formal prisión

I.- La orden de aprehensión

Recordemos que la orden aprehensión consiste en ese mandato que se da para privar de la libertad a un individuo , frente a la actividad del Ministerio Público solicitándola.

De esta forma es conveniente indicar que el amparo indirecto procede contra actos de autoridad que no sean sentencias definitivas.

Por lo que al referirnos a las ordenes de aprehensión se debe aclarar que existe una excepción al principio de definitividad es decir no se esta obligado a agotar ningún recurso o medio defensa previamente a intentar el amparo.

Asimismo en la práctica judicial, se establece que tratándose de orden de aprehensión sólo se mencionan violaciones a las fracciones IV del artículo 107 de Nuestra Ley Fundamental, Sin embargo pueden darse violaciones al artículo 14 de Nuestra Carta Magna.

Fundamento legal

En nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se pueden dar violaciones a los artículos 14 respecto a la orden de aprehensión.

“ Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, si no mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Analizando dicho precepto legal

Se puede observar que tenemos tres garantías cuando se describe “ ...Si no mediante juicio...”.

- a) Garantía de Audiencia teniendo una relación con el artículo 20 constitucional en sus fracciones II, III, VIII, IX y X durante la instrucción
- b) y V, VII, Y IX en la averiguación previa se establece el principio de inocencia
- c) y también la garantía del debido proceso

Al respecto existe dicha jurisprudencia:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la federación y su Gaceta

Tomo: IX, Mayo de 1999

Tesis: 1ª /j.31/99

Página: 285

ORDEN DE APREHENSIÓN, EN ELLA PUEDEN VIOLARSE GARANTÍAS TUTELADAS, EN ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES DISTINTOS AL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL. La circunstancia específica de que el artículo 16 constitucional sea el que regule los requisitos a satisfacer para el dictado de una orden de aprehensión, no se puede llevar al extremo de considerar que sólo este precepto rija a tal acto, ya que evidentemente también deberá vigilarse, en su caso, si dicha determinación judicial no infringe alguna garantía constitucional

contenida en diverso precepto, dado que podría darse el caso que en la misma se aplicara una ley retroactivamente en perjuicio del quejoso o fuera librada sin cumplir las formalidades esenciales del procedimiento, conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; también podría darse el caso que autoridades jurisdiccionales del fuero común, decidieran sobre el libramiento de una orden de aprehensión, respecto de un hecho en que estuviera involucrada una persona perteneciente al ejército y fuere menester examinar su conducta desde el punto de vista de la legislación del fuero castrense; o que no estuviere fundado y motivado dicho acto, así como diversas hipótesis que pudieren formularse respecto de la posible violación de garantías constitucionales contenidas en preceptos diversos al 16 constitucional; luego entonces, limitativo y equivoco concluir que para el libramiento de una orden de aprehensión, sólo deba cumplirse lo establecido en artículo 16 constitucional; y por ende, su emisión no puede ser violatoria de los artículos 14 y 16 o cualquiera otra de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que las garantías de seguridad jurídica que se encuentran consagradas en la Constitución General de la República, son la base sobre las cuales descansa el sistema jurídico mexicano, por tal motivo, éstas no pueden ser limitadas porque en su texto no se contengan expresamente los derechos fundamentales que tutelan. Por el contrario, las garantías de seguridad jurídica valen por si mismas, ya que ante la imposibilidad material de que en un artículo se contenga todos los derechos públicos subjetivos del gobernado, lo que no se contenga en un precepto constitucional, debe de encontrarse en los demás, de tal forma, que el gobernado jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y por lo tanto, en estado de indefensión. De acuerdo a lo anterior, cuando se libra una orden de aprehensión, deben de cumplirse no únicamente las formalidades establecidas por el artículo 16 constitucional, párrafo segundo si no que para su aplicabilidad debe atenderse a lo preceptuado en los demás artículos que tutelan las garantías de seguridad jurídica, con la finalidad de proteger de manera firme y eficaz a los derechos fundamentales de la persona tutelados en la Carta Magna.

Contradicción de tesis 56/97. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer circuito, el ahora Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. · de marzo de 1999. Cinco Votos.

Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Miguel Ángel Cruz Hernández:

Tesis de jurisprudencia 31/99. Aprobada por la Primera Sala de esta Suprema Corte de justicia de la nación, en sesión de doce de mayo de mil novecientos noventa y nueve, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: Presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y ola Sánchez Cordero de García Villegas.

FONDO DEL AMPARO

Se encuentra regulado en el artículo 16 constitucional párrafo segundo

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

Considerando la siguiente tesis de jurisprudencia:

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

FUENTE: Semanario de la Federación y su gaceta

Tomo: XII, Septiembre de 2000

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DEL. SÓLO ES APLICABLE A LA ORDEN DE APREHENSIÓN Y AL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DE ACUERDO CON LAS REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 16 Y 19, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPUBLICA, PUBLICADAS EL OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE. Es incuestionable que a raíz de las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución General de la República, del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, relativas a los requisitos de fondo para decretar tanto una orden de aprehensión como un auto de formal prisión, destacan entre otros la acreditación del cuerpo del delito, el cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se entiende como el conjunto de los elementos objetivos externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. Ahora bien, del análisis de la definición anterior, se advierte que para el dictado de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión no se requiere la demostración de los elementos moral o subjetivos del delito, esto es, el dolo o la culpa, sino sólo de los objetivos, materiales o externos, y en determinados casos, cuando la conducta típica lo requiera, los normativos. En efecto, es hasta la sentencia definitiva cuando el juzgador debe entrar al estudio de los aspectos moral o subjetivo del ilícito, entre los que se encuentran, el dolo o la culpa, ya que estos, bajo el anterior concepto de elementos del tipo penal, forman parte de los elementos del delito en general. Consecuentemente, como las reformas de marzo de mil novecientos noventa y nueve, a los artículo 16 y 19 de la Constitución Federal, únicamente comprenden lo concerniente a que la institución denominada cuerpo del delito es aplicable a las exigencias para librar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión, jurídicamente es posible interpretar que dicha reforma no modificó en lo sustancial los demás aspectos, esto es,

aquellos que introdujo la figura de los elementos del tipo penal en septiembre de mil novecientos noventa y tres, por esa razón, el concepto de elementos del tipo penal sigue prevaleciendo para la sentencia definitiva, por no verse afectada con dichas reformas.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

AMPARO DIRECTO 160/2000. 22 DE JUNIO DE 2000. unanimidad de votos.

Ponente: Jorge Fermín Rivera Quintana. Secretario: Marco Antonio Muñiz Cárdenas.

IMPROCEDENCIA DEL AMPARO

FUNDAMENTO LEGAL

Art. 73 fracción X de la ley de amparo establece:

X.- Contra actos emanados de un procedimiento judicial, o de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, cuando por virtud de cambio de situación jurídica en el mismo deban considerarse consumadas irreparablemente las violaciones reclamadas en el procedimiento respectivo, por no poder decidirse en tal procedimiento, sin afectar la nueva situación jurídica.

Cuando por vía de indirecto se reclamen violaciones a los artículos 19 y 20 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, exclusivamente la sentencia de primera instancia hará que se consideren irreparablemente consumadas las violaciones para los efectos de la improcedencia prevista en este precepto. La autoridad judicial que conozca del proceso penal, suspenderá en estos casos el procedimiento en lo que corresponda al quejoso, una vez cerrada la

instrucción y hasta que sea notificada de la resolución que recaiga en el juicio de amparo pendiente.

Las situaciones de la orden de aprehensión en la que no opera la causal de improcedencia establecida por el artículo 73 fracción X segundo párrafo.

1.- Por cambio de situación jurídica

2.- Cuando sobreviene el auto de formal Prisión

3.- Auto de formal Prisión que se dicta con fecha posterior a la presentación de la demanda (no da lugar a sobreseer en el juicio en apoyo al artículo 73 fracción XVI de la Ley de Amparo ya que no cesan los efectos de la orden de aprehensión y al contrario el auto de libertad con las reservas de ley si produce la cesación de los efectos de la orden aprehensión).

4.- Cuando no se ha impugnado en amparo la orden de aprehensión y se dicta auto de formal prisión, el quejoso puede reclamar en una misma demanda las dos resoluciones o solo es decir puede solicitar amparo contra la formal prisión y conformarse con la orden de aprehensión; y no lo contrario es decir reclamar la orden de aprehensión sin solicitar amparo contra la formal prisión por que resultaría contradictorio a la lógica jurídica y principios jurídicos de indivisibilidad de la continencia de la causa, concentración y economía procesal que son consustanciales al juicio de garantías.

5.- En estos casos el amparo que se conceda por falta de fundamento y motivación, o su insuficiencia, sólo tiene efecto de obligar a la autoridad responsable a dictar nueva resolución, en la que se purguen los vicios formales pueden corregirse sin restituir en su libertad al quejoso y sin demérito de las actuaciones posteriores, en virtud de que no se está en el caso de reparar vicios de fondo.

II.- El auto de formal prisión

Esta figura como restricción a la libertad personal se combate mediante el juicio de amparo, como excepción al principio de definitividad, como recordaremos no se tiene obligación de agotar previamente recurso de apelación que contemple los Códigos de Procedimientos Penales. Considerando que el juicio de amparo procede contra actos de autoridad que no sean sentencias definitivas, teniendo esta restricción a la libertad personal la excepción de poder solicitar amparo.

Es procedente el juicio de garantías por violaciones de forma y de fondo que establece el artículo 19 de Nuestra Carta Magna y expresa:

ART.- 19.- “ Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término 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 expresarán: el delito que se impute al acusado, el lugar tiempo y circunstancia de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito que se impute al detenido y hacer probable la responsabilidad del inculpado”.

El Auto de formal prisión o prisión preventiva, tiene la finalidad de sujetar a proceso al inculpado restringiendo preventivamente su libertad personal y procederá cuando el delito imputado tenga señalado como sanción pena de prisión pena acumulativa. (art 18 constitucional). Considerando lo antes dicho a razón de que cuando se sito al periodo de preinstrucción e instrucción se habló de dicha figura.

A continuación se menciona la siguiente tesis jurisprudencial:

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

FUENTE: Semanario de la Federación y su gaceta

Tomo: XII, Septiembre de 2000

Tesis: III. 2º . P. 67 P

Página: 735

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DEL. SÓLO ES APLICABLE A LA ORDEN DE APREHENSIÓN Y AL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DE ACUERDO CON LAS REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 16 Y 19, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPUBLICA, PUBLICADAS EL OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE. Es incuestionable que a raíz de las reformas a los artículos 16 y 19 de la constitución General de la República, del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, relativas a los requisitos de fondo para decretar tanto una orden de aprehensión como un auto de formal prisión, destacan entre otros la acreditación del cuerpo del delito, el cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se entiende como el conjunto de los elementos objetivos externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. Ahora bien, del análisis de la definición anterior, se advierte que para el dictado de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión no se requiere la demostración de los elementos moral o subjetivos del delito, esto es, el dolo o la culpa, sino sólo de los objetivos, materiales o externos, y en determinados casos, cuando la conducta típica lo requiera, los normativos. En efecto, es hasta la sentencia definitiva cuando el juzgador debe entrar al estudio de los aspectos moral o subjetivo del ilícito, entre los que se encuentran, el dolo o la culpa, ya que estos, bajo el anterior concepto de elementos del tipo penal, forman parte de los elementos del delito en general. Consecuentemente, como las reformas de marzo de mil novecientos noventa y nueve, a los artículo 16 y 19 de la Constitución

Federal, únicamente comprenden lo concerniente a que la institución denominada cuerpo del delito es aplicable a las exigencias para librar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión, jurídicamente es posible interpretar que dicha reforma no modificó en lo sustancial los demás aspectos, esto es, aquellos que introdujo la figura de los elementos del tipo penal en septiembre de mil novecientos noventa y tres, por esa razón, el concepto de elementos del tipo penal sigue prevaleciendo para la sentencia definitiva, por no verse afectada con dichas reformas.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

AMPARO DIRECTO 160/2000. 22 DE JUNIO DE 2000. unanimidad de votos.

Ponente: Jorge Fermín Rivera Quintana. Secretario: Marco Antonio Muñiz Cardenas.

Es importante después de haber analizado la procedencia del amparo contra las restricciones de la libertad personal, es conveniente estudiar en que consiste la suspensión del amparo.

Es la ley Suprema vigente la quede manera enfática y categórica establece las bases fundamentales del funcionamiento jurídico de la suspensión del acto reclamado en materia de Amparo en las fracciones X y XI del artículo 107 expresa:

Art.- 107.- Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

X.- Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones y garantías que determine la ley para lo cual se tomará en cuenta la naturaleza de la violación alegada, la dificultad de reparación de los

daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con ejecución, los que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público.

Dicha suspensión deberá otorgarse respecto de las sentencias definitivas en materia penal al comunicarse la interposición del amparo, y en materia civil, mediante fianza que de el quejoso para responder de los daños y perjuicios que tal suspensión ocasionare, la cual quedará sin efecto si la otra parte da la contrafianza para asegurar la reposición de las cosas al estado que guardan si se concediese el amparo, y a pagar los daños y perjuicios consiguientes;

XI.- La suspensión se pedirá ante la autoridad responsable cuando se trate de amparos directos promovidos ante los Tribunales Colegiados de circuito y la propia autoridad responsable decidirá al respecto. En todo caso, el agraviado deberá presentar la demanda de amparo ante la propia autoridad responsable, acompañando copias de la demanda para las demás partes en el juicio, incluyendo al Ministerio Público y una para el expediente. En los casos conocerán y resolverán sobre la suspensión los juzgados de Distrito o los Tribunales Unitarios de circuito.

La ley que reglamenta a el artículo antes citado es la Ley de amparo en su numeral 122 que señala:

ART.- 122.- En los casos de la competencia de los jueces de Distrito, la suspensión, del acto reclamado se decretará de oficio o a petición de la parte agraviada, con arreglo a las disposiciones relativas de este Capítulo.

Es necesario conceptuar la suspensión, el vocablo suspensión que sirve para designar esta providencia o institución, proviene expresado en una palabra y sin tecnicismos de la voz latina “suspendere” que entre otros significados tiene los de “ Detener o diferir por algún tiempo una acción u obra “; que equivale a paralizar algo que esta en actividad.

El tratadista en materia de amparo Arturo González menciona “ La suspensión del acto reclamado es un incidente que se lleva por cuerda separada ante los mismos jueces competentes que conocen del amparo y que permiten conservar la materia del mismo, hasta la decisión del órgano jurisdiccional respecto del fondo del asunto, es decir hasta que se declare la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto”²⁹³

“ De esta forma la ley de amparo emplea la palabra en su fiel acepción gramatical; cuando habla de suspensión del acto reclamado, no quiere decir otra cosa que paralización o detención del hecho estimado inconstitucional, ya en lo que se refiere a sus simples efectos exteriores, ya en lo que respecta al procedimiento de su ejecución material; por lo que no tiene efectos restitutorios o de retrocesos, por lo que la autoridad responsable cumple con la orden de suspensión simplemente con dejar de actuar sin que tenga obligación de deshacer lo ya hecho”.²⁹⁴

²⁹³ González, Cosío Arturo, El juicio de amparo, Pág. 203-204.

²⁹⁴ Delgado, Moya Ruben, Ley de amparo Comentada Ed., 2000. México Edt., Sista. Pág. 440-441.

Consecuentemente “la resolución que otorga el órgano jurisdiccional en materia de suspensión nunca causa estado, es decir, puede ser modificada en el curso del juicio de amparo si sobrevienen pruebas o motivos conducentes”.²⁹⁵

Las condiciones genéricas de procedencia de la suspensión del acto reclamado.

El ilustre maestro Ignacio Burgoa Señala “ Considera que la suspensión no anticipa los efectos de la sentencia que se pronuncie en el fondo del amparo, ni constituye por ende, ningún amparo provisional, por la sencilla razón de que para concederla o negarla el órgano de control no debe tomar en cuenta la posible

inconstitucionalidad de los actos reclamados si no exclusivamente, las condiciones genéricas de su procedencia que se refiere son:

- 1.- Que los actos que se combatan sean ciertos.
- 2.-Que siendo ciertos, su naturaleza permita su paralización, y
- 3.-Que operando estas circunstancias, con su otorgamiento no afecten el interés social ni contravengan disposiciones del orden público.

FORMAS DE CONCEDER LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO

Fundamento legal artículo 122 de la ley de amparo.

- a) Oficiosamente por el órgano de control
- b) Suspensión a petición de parte (sine qua non el quejoso)

a) Suspensión Oficiosamente por el órgano de control

La Ley de amparo lo regula en su artículo 123

²⁹⁵ Delgado, Moya Rubén, op, cit., Pág. 206-207.

Art.- 123.- Procede la suspensión de oficio:

I.- cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, deportación o destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal; (no indica ataques a la libertad personal;)

II.- Cuando se trate de algún otro acto, que si llegare (sic) a Consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce de la garantía individual reclamada.

Artículo 233.- Procede la suspensión de oficio y se decretará de plano en el mismo auto en el que el juez admita la demanda, comunicándose sin demora a la autoridad responsable, para su inmediato cumplimiento, haciendo uso de la vía telegráfica, en los términos del párrafo tercero del artículo 23 de esta ley, cuando los actos reclamados tengan o puedan tener por consecuencia la privación total o parcial o temporal o definitiva de los bienes agrarios del núcleo de población quejoso o substracción del régimen jurídico ejidal

Artículo 234.- La suspensión concedida a los núcleos de población no requerirá de garantía para que surta sus efectos.

La suspensión a que se refiere este artículo se decretará de plano en el mismo auto en que el juez admita la demanda, comunicándose sin demora a la autoridad responsable, para su inmediato cumplimiento, haciendo uso de la vía telegráfica, en los términos del párrafo tercero del artículo 23 de esta Ley.

Los efectos de la suspensión de oficio únicamente consistirán en ordenar que cesen los actos que directamente pongan en peligro la vida, permitan la deportación o el destierro del quejoso o la ejecución de alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 constitucional, y tratándose de los previstos en la fracción II de este artículo, serán los de ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden, tomando el juez las medidas pertinentes para evitar la consumación de los actos reclamados.

La suspensión oficiosa o de oficio, es un acto unilateral y mutuo propio de la jurisdicción, que obedece a la gravedad del acto reclamado y al peligro o riesgo de que, de ejecutarse este, quede sin materia el juicio de amparo por imposibilidad de que se cumpla la sentencia constitucional que confiere al quejoso la protección de la justicia Federal; la procedencia de esta forma de suspensión, procede tomando como criterio la gravedad de los actos reclamados desde el punto de vista de su

naturaleza material consistiendo pues en la enumeración limitada de los actos respecto de los cuales procede la suspensión oficiosa.

El ilustre maestro Ignacio Burgoa expresa “ lo que hace a la fracción II el criterio determinante consiste en la necesidad imprescindible de evitar la consumación del acto reclamado para impedir que el juicio de amparo quede sin materia, siendo la imposibilidad material o física de reparar la violación a la garantía individual en que incurra la autoridad responsable el elemento que determina la procedencia oficiosa de la suspensión, no encierra un criterio limitativo o enumerativo respecto de los casos de referencia si no que deja el arbitrio del juzgador para apreciar cuando se trata de actos cuya ejecución, de consumarse, haría imposible la restauración al agraviado del goce y disfrute de la garantía individual infringida”.²⁹⁶

Para la procedencia de la suspensión de oficio el juez de Distrito debe atender dos circunstancias:

- a) Naturaleza del acto reclamado, implicando gravedad en los efectos de su ejecución para el quejoso
- b) La necesidad de conservar la materia del amparo. Evitándose la ejecución del acto, para restituir al quejoso en el goce de la garantía individual violada.

²⁹⁶ Burgoa, Orihuela Ignacio, El juicio de Amparo, Pág. 720.

Fundamento legal artículo 123 fracción II párrafo segundo, establece:

“ la suspensión de oficio se decretará de plano en el mismo auto admisorio de la demanda y debe comunicarse de inmediato a la autoridad responsable para su cumplimiento haciendo uso de la vía telegráfica, en la suspensión de oficio no existe suspensión provisional ni definitiva. Se forma incidente de los actos irreparables se reclaman otros reparables.

No obstante para decretarla que el quejoso afirme que se trate de un caso prohibido por el artículo 22 de la constitución, sino que es preciso examinar si efectivamente el caso esta comprendido o no, en dicho precepto constitucional.

La suspensión de oficio del acto reclamado su finalidad de efectos:

Es en que cesen los actos que directamente pongan en peligro la vida, permitan la deportación o el destierro o entrañen la ejecución de los hechos que prohíbe el artículo 22 constitucional, así como en ordenar que la cosas se mantengan

en el estado que se guarden, en el caso en que los actos reclamados puedan consumarse físicamente y sea imposible su restitución, no existe la suspensión provisional ni la definitiva tratándose de la suspensión oficiosa, ni se forma el incidente respectivo, separado del expediente que concierne a la tramitación substancial del amparo, siendo naturalmente no definitiva ni inmodificable.

b) Suspensión a petición de parte (sine qua non el quejoso)

Fundamento Legal

La Ley de amparo en su artículo 124 establece:

ART.- 124.- Fuera de los casos a que se refiere el artículo anterior, la suspensión se decretará cuando concurren los requisitos siguientes:

I.- Que la solicite el agraviado.

II.- Que no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público.

Se considerará, entre otras cosas, que si siguen esos perjuicios o se realizan esas contravenciones, cuando, de concederse la suspensión se continúe el funcionamiento de centros de vicio, de lenocinios, la producción y el comercio de

drogas enervantes; se permita la consumación o continuación de delitos o de sus efectos, o el alza de precios con relación a artículos de primera necesidad o bien de consumo necesario; se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave, el peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, o la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenen al individuo o denegren la raza; o se permita el incumplimiento de las órdenes militares.

III.- Que sean de difícil reparación los daños y perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución del acto.

El juez de Distrito, al conceder la suspensión, procurará fijar la situación en habrán de quedar las cosas y tomará las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio.

Requisitos establecidos para la procedencia de la suspensión a petición de parte:

- 1.- Condiciones de procedencia y
- 2.- Requisitos de efectividad

1.- Condiciones de procedencia de la suspensión a petición de parte

Como su nombre lo dice son las condiciones que se deben satisfacer para que se origine la obligación jurisdiccional de concederse la suspensión como lo son:

.- Los actos contra los cuales se solicita la suspensión que sean ciertos y por ende a su naturaleza permita paralizar.

.- Que se satisfagan los requisitos establecidos en el artículo 124 de la ley de la materia (Ley de amparo)

La Ley de amparo en su artículo 124 establece:

ART.- 124.- Fuera de los casos a que se refiere el artículo anterior, la suspensión se decretará cuando concurren los requisitos siguientes:

I.- Que la solicite el agraviado.

II.- Que no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público.

Se considerará, entre otras cosas, que si siguen esos perjuicios o se realizan esas contravenciones, cuando, de concederse la suspensión se continúe el funcionamiento de centros de vicio, de lenocinios, la producción y el comercio de drogas enervantes; se permita la consumación o continuación de delitos o de sus efectos, o el alza de precios con relación a artículos de primera necesidad o bien de consumo necesario; se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave, el peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, o la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenen al individuo o denegren la raza; o se permita el incumplimiento de las órdenes militares.

III.- Que sean de difícil reparación los daños y perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución del acto.

El juez de Distrito, al conceder la suspensión, procurará fijar la situación en habrán de quedar las cosas y tomará las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio.

La suspensión del acto reclamado a petición de parte se da de dos formas Provisional y definitiva.

1.- Suspensión Provisional

Es necesario mencionar que el artículo 130 de la Ley de Amparo describe la Suspensión Provisional en los siguientes términos:

“ En los casos en que proceda la suspensión conforme al artículo 124 de esta Ley, si hubiere peligro inminente de que se ejecute el acto reclamado con notorios perjuicios para el quejoso, el juez de Distrito, con la sola presentación de la demanda de amparo, podrá ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden hasta que se notifique a la autoridad responsable la resolución que se dicte sobre la suspensión definitiva”.

De lo anterior expuesto se observa que el objeto de la suspensión provisional es que se mantengan las cosas en el estado guardan mientras se resuelve la suspensión definitiva.

Al respecto es aplicable la siguiente jurisprudencia:

“ Suspensión provisional. En tratándose de orden aprehensión. Conforme a las reformas a la fracc. X del artículo 73 de la ley de amparo vigentes a partir del día primero de febrero de 1994, es procedente que el juez de Distrito fije medidas que permitan proseguir el proceso. Conforme a las reformas a la fracc. X del artículo 73 de la Ley de amparo publicadas en el Diario Oficial de la Federación de diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro y vigentes a partir del día primero de febrero siguiente, se establece que cuando en la vía de amparo indirecto se reclaman violaciones a los arts. 16, 19 o 20 constitucionales, únicamente la sentencia de primera instancia hará que se consideren irreparablemente consumadas las violaciones reclamadas, para efectos del

sobreseimiento del juicio de garantías, y establece además que la autoridad judicial que conozca del proceso penal suspenderá el procedimiento una vez cerrada la instrucción hasta que le sea notificada la sentencia que resuelva el juicio de amparo. Ahora bien, de conformidad con el art. 130 de la ley de amparo, la suspensión provisional tiene como finalidad, entre otras, mantener viva la materia del amparo, sin embargo, es correcto que al reclamarse una orden de aprehensión, el juez de Distrito imponga al quejoso como condición para que surta efectos la medida cautelar, que se presente ante su juez para efectos de la prosecución del proceso, pues esto no provocará cambios de situación jurídica, dado que aquel habrá de suspenderse una vez cerrada la instrucción”.

Novena época. Instancia: Primer Tribunal Colegiado del decimoquinto Circuito. Fuente: semanario Judicial de la federación y su Gaceta. Tomo: XIV, diciembre de 1994. Tesis XV. 1º . 38 K. Pág. 450.

Primer Tribunal Colegiado del Decimoquinto Circuito

Queja 91/94. Francisco de Jesús Sandoval Rodríguez. 30 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Pedro Fernando Reyes Colín: Secretario: Rubén David Aguilar Santibáñez.

Una vez que se haga el ofrecimiento de pruebas respecto al acto reclamado agotando la audiencia incidental en la que se ofrezcan las pruebas :

- .- La documental o
- .- Inspección ocular y
- .- Testimonial

Ahora tratándose de actos que importen privación de la vida, deportación destierro, o alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 de la constitución, y la autoridad responsable rinda su informe previo se decidirá sobre la suspensión definitiva.

Aclarando que respecto al ofrecimiento de pruebas en el artículo 131 de la Ley de amparo determina que no es aplicable al incidente de suspensión las disposiciones relativas a la admisión de pruebas, ya que el juicio principal pues las ofrecidas y desahogadas en este no deben tomarse en cuenta para resolver sobre la suspensión.

CARACTERÍSTICAS DE LA SUSPENSIÓN

1.- Debe ser limitativa pues sólo las partes ofrecen pruebas que podrán ser la documental y de inspección judicial (art 131 de la ley de la materia)

2.- Es limitativo respecto a que cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera del procedimiento judicial, deportación o destierro o alguno de los prohibidos por el articulo veintidós de nuestra Carta Magna, con la excepción de que también es admisible la prueba testimonial (art 17, 131 Ley de Amparo).

Es importante señalar en que consiste la suspensión del acto reclamado en el Amparo Indirecto en cuanto a la situación jurídica de la Detención, Orden de Aprehensión, Auto de Formal prisión.

Detención

En cuanto a la figura detención como restricción a la libertad personal, la situación jurídica de dicha restricción a una persona como acto reclamado es el resultado de actos emanados de autoridades:

- 1.- Administrativas en general
- 2.- Policiacas
- 3.- Ministerio Público
- 4.- Judiciales

El autor Jorge A. Mirón expresa “ Los efectos de la suspensión en los casos de afectación a la libertad personal, dependen de la autoridad a quien se le imputa dicho acto, así como la situación jurídica que guarda el acto privativo de libertad”.²⁹⁷

De lo anterior expuesto por el autor es importante señalar que para la procedencia e improcedencia de la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo indirecto, es necesario que dicho acto provenga de la autoridad que determino la ejecución o no de la detención.

En este caso existen dos situaciones a mencionar:

I.- Cuando el quejoso no se encuentra detenido, es decir, privado de su libertad, la suspensión tiene efecto, de que la autoridad señalada como responsable no proceda a la detención agraviado.

²⁹⁷ Mirón, Reyes Jorge Antonio. El juicio de amparo en Materia penal, Pág. 434

II.- Cuando el quejoso se encuentra detenido, o sea, privado de su libertad el Juez de Distrito, tiene la facultad de dictar se otorgue la libertad provisional al agraviado, decretando las medidas de aseguramiento que considere necesarias.

El artículo 130 último párrafo y 136 párrafo segundo y sexto señalan la obligatoriedad que tiene el juez de Distrito en otorgar la libertad provisional o definitiva estableciendo:

Artículo.- 130.- “ EL juez de distrito siempre concederá la suspensión provisional cuando se trate de restricción de la libertad personal fuera del procedimiento judicial, tomando las medidas a que alude el párrafo anterior.

Artículo 136.- “ Cuando el acto reclamado consista en la detención del quejoso efectuada por autoridades administrativas distintas del Ministerio Público como probable responsable de algún delito, la suspensión se concederá, si procediere, sin perjuicio de que sin dilación sea puesto a disposición del Ministerio Público, para que éste determine su libertad o su retención dentro del plazo y en los términos que el párrafo sétimo del artículo 16 constitucional lo permite, o su consignación.

Cuando la orden de aprehensión, detención o retención, se refiera a delito que conforme a la ley no permita la libertad provisional bajo caución, la suspensión sólo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del juez de distrito en el lugar en que éste señale, únicamente en lo que se refiera a su libertad personal, quedando a disposición de la autoridad a la que corresponda conocer del procedimiento penal para los efectos de su continuación.

Cuando el acto reclamado consista en la detención del quejoso por orden de autoridades administrativas distintas del Ministerio Público, podrá ser puesto en libertad provisional mediante las medidas de aseguramiento y para los efectos que expresa el párrafo anterior.

Es necesario mencionar que siendo el tema de tesis la negación de la libertad provisional a el inculpado el tratadista en la materia J. Antonio Mirón reyes expresa que los actos aún no ejecutados, el efecto de la suspensión es el de paralizar el acto tendiente a la privación de la libertad, partiendo del supuesto de

que las autoridades señaladas como responsables carecen de competencia alguna para determinar un estado de privación de libertad, no debiendo condicionarse la suspensión concedida a ninguna medida de aseguramiento pues existe una ausencia total de justificación legal para ejecutarse.

La situación jurídica que tiene el agraviado cuando se materializan dichos actos es decir en la detención por la vinculación de un delito, deberá considerarse que la detención fue por flagrancia justificándose de esta forma las autoridades para su detención. El efecto que produce la suspensión en esta situación es la de otorgar la libertad a el agraviado, cuando se comprueba que la autoridad responsable no cumplió con la obligación de poner al detenido, sin dilación alguna, a disposición del Ministerio Público.

De acuerdo a los artículos 130 párrafo primero y segundo y del artículo 136 párrafo segundo de la Ley de Amparo. La suspensión tiene efectos de devolver la libertad al agraviado.

Asimismo del artículo 130 de la Ley de Amparo cuando refiere en su párrafo segundo cuando menciona la libertad caucional, podemos vincular al artículo 20 constitucional apartado "A" fracción I respecto, a que la autoridad administrativa priva de la libertad al gobernado (detención) sin que hasta ese momento lo haya puesto disposición del Ministerio Público, sin que se de cumplimiento a lo establecido en el artículo 16 y de nuestra carta Magna párrafo quinto y artículo 21 párrafo primero de nuestra Carta Magna que refiere:

Artículo.- 16.- Párrafo Quinto de Nuestra Carta Magna:

“ Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de

la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora , lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder”.

Artículo 21 párrafo primero de Nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

“...La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato...”.

consecuentemente que al otorgarse la suspensión el efecto sea de poner en libertad al quejoso, en el entendido de que no será en libertad caucional, ni condicionada si no mediante el cumplimiento de una medida de aseguramiento .

Por lo que el autor Arellano García expresa En relación con el artículo 136 párrafo segundo que establece:

“ Cuando el acto reclamado consista en la detención del quejoso efectuada por autoridades administrativas distintas del Ministerio Público como probable responsable de algún delito, la suspensión se concederá, si procediere, sin perjuicio de que sin dilación sea puesto a disposición del Ministerio Público, para que éste determine su libertad o su retención dentro del plazo y en los términos que el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional lo permite, o su consignación
“.

De lo anterior escrito que consistente en la detención del quejoso como probable responsable de un delito por autoridad distinta al Ministerio Público El autor refiere “ Las reglas son:

- 1.- La suspensión se concederá si procediere
- 2- Sin dilación el quejoso será puesto a disposición del Ministerio Público, para que este determine su libertad o retención;
- 3.- El Ministerio Público deberá actuar dentro del plazo y en los términos que el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional lo permite;
- 4.- El Ministerio Público Puede decidir la consignación del quejoso.

[El autor afirma] El párrafo sexto del artículo 136 de la Ley de Amparo alude al supuesto en que el acto reclamado consiste en la detención del quejoso por orden de autoridades distintas del Ministerio Público. En cuyo caso las reglas son:

- .- El quejoso podrá ser puesto en libertad provisional
- .- Deben tomarse las medidas de aseguramiento que indica el párrafo quinto del artículo 136 de la Ley de amparo;
- .- Los efectos son el que el quejoso quede a disposición del juez de Distrito en el lugar que este señale, únicamente en lo que refiere a su libertad personal, quedando a disposición de la autoridad a la que corresponda conocer del procedimiento penal para los efectos de su continuación. ²⁹⁸

ORDEN DE APREHENSIÓN

El autor Rivera Silva menciona “ La orden de aprehensión consiste en el mandato que se da para privar de la libertad a un individuo, frente a la actividad del Ministerio Público solicitándola”.²⁹⁹

²⁹⁸ Mirón, Reyes Jorge Antonio. El juicio de Amparo. Pág. 908.

²⁹⁹ Rivera, Silva Manuel, El Procedimiento Penal, Pág. 140.

En cuanto a la orden de aprehensión como restricción a la libertad personal, la situación jurídica de dicha restricción a una persona como acto reclamado es el resultado de un acto emanado de la autoridad

En cuanto a la orden de aprehensión como restricción a la libertad personal, la situación jurídica de dicha restricción a una persona como acto reclamado es el resultado de un acto emanado de la autoridad

1.- Ministerio Público

2.- Judiciales

Al respecto es necesario mencionar que el artículo 16 constitucional párrafo segundo establece:

“ No podrá librarse orden de aprehensión si no por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado”.

Es importante señalar en que consiste la suspensión del acto reclamado en el Amparo Indirecto en cuanto a la situación jurídica de esta figura.

Por lo que La ley de Amparo en su numeral 136 establece:

Art.- 136.- Si el acto reclamado afecta la libertad personal, la suspensión sólo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del juez de Distrito únicamente en cuanto a ella se refiera, quedando a disposición de la autoridad que deba juzgarlo, cuando el acto emane de un procedimiento del orden penal por lo que hace a la continuación de éste.

Párrafo cuarto.- Si se concediere la suspensión en los casos de órdenes de aprehensión, detención o retención, el juez de Distrito dictará las medidas que estime necesarias para el aseguramiento del quejosos, a efecto de que pueda ser devuelto a la autoridad responsable en caso de no concedérsele el amparo.

[Del párrafo anterior se desprende que en la orden de aprehensión el juez de Distrito puede:

- .- conceder la suspensión
- .- Dictar las mediadas de aseguramiento necesarias
- .- con las mediadas de aseguramiento se evita que el quejoso se sustraiga de la acción de la justicia
- .- La finalidad de las medidas de aseguramiento es poner a disposición de la autoridad responsable al quejoso para el caso en que no ser otorgado el amparo.

Las medidas de aseguramiento en la práctica son.

- .- Garantía de cantidad suficiente
- .- La presentación continua y periódica ante el juez de Distrito
- .- La presentación continua y periódica ante el juez que decreta la aprehensión o la formal prisión
- .- sujeción a vigilancia policíaca
- .- prohibición de salir de la ciudad
- .- Reclusión del quejoso en el lugar que designe el juez de Distrito

Respecto a las mediadas de aseguramiento la ley las establece y que dejará al arbitrio del juez de Distrito de escoger de entre ellas la adecuadas, siendo de carácter atingente para evitar que sustraigan el quejoso se sustraiga a la acción de la justicia.]

Párrafo Quinto.- Cuando la orden de aprehensión, detención o retención, se refiera a delito que conforme a la ley no permita la libertad provisional bajo caución, la suspensión sólo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del juez de Distrito en el lugar en que éste señale, únicamente en lo que refiera a su

libertad personal, quedando a disposición de la autoridad a la que corresponda conocer del procedimiento penal para los efectos de su continuación.

[Tratándose de delitos que conforme a la ley no permita la libertad caucional la suspensión consiste en detención, retención u orden de aprehensión, sólo producirá el efecto de que a disposición del juez de Distrito en el lugar que éste señale.]

Párrafo séptimo.- En los casos en que la afectación de la libertad personal del quejoso provenga de mandamiento de autoridad judicial del orden penal o del Ministerio Público, o de auto de prisión Preventiva [auto de formal prisión], el juez dictará las mediadas adecuadas para garantizar la seguridad del quejoso y éste podrá ser puesto en libertad bajo caución conforme a la fracción I del artículo 20 constitucional y a las leyes federales o locales aplicables al caso, siempre y cuando el juez o tribunal que conozca de la causa respectiva no se haya pronunciado en ésta sobre la libertad provisional de esa persona, por no habersele solicitado.

Artículo 138.- En los casos en que la suspensión sea procedente, se concederá en forma tal que no impida la continuación del procedimiento en el asunto que haya motivado del acto reclamado, hasta dictarse la resolución firme en él; a no ser que la continuación de dicho procedimiento deje irreparablemente consumado el daño o perjuicio que pueda ocasionarse al quejoso.

Cuando la suspensión se haya concedido contra actos derivados de un procedimiento penal que afecten la libertad personal el quejosos tendrá la obligación de comparecer dentro del plazo de tres días ante el juez de la causa o el Ministerio público y, en caso de no hacerlo, dejará de sufrir efectos la suspensión concedida.

Del análisis de dicho precepto se desprende que la suspensión:

- a) No impedirá la continuación del procedimiento
- b) El quejoso tendrá que comparecer dentro del plazo de tres días ante el juez de la causa
- c) Si no comparece el quejoso la suspensión dejará de surtir sus efectos
- d) La suspensión surtirá sus efectos aunque se interponga el recurso de revisión
- e) La suspensión dejará de surtir efecto si el quejoso no llena dentro de los cinco días siguientes a su notificación, los requisitos que se hayan señalado para suspender el acto reclamado.

1.4 Concepto de Prisión

Es necesario retomar lo que ya se analizó respecto de la pena dentro del capítulo segundo al referirnos a los elementos del delito y donde se estudió a la pena, toda vez que la prisión es una medida de seguridad represiva que a continuación señalaremos.

PENA

Es importante que estudiemos y analicemos a la pena, puesto que debemos entender que es una consecuencia de la realización del ilícito penal.

Para el investigador en derecho Enrique Ahrens, define “ la pena, en el sentido propio de la palabra no es más que una de las medidas que ha de tomar el Estado en consecuencia de la lesión de un derecho con respecto al mismo delincuente; el establecimiento del Estado de derecho es el fin general de la acción del Estado respecto a una lesión del derecho y el castigo no es más que una parte de esta acción; pero como es la acción principal a la cual se reduce con frecuencia toda la acción del Estado, tomaremos aquí el término de castigo para esta acción general”.³⁰⁰

El maestro e ilustre investigador Ovilla Mandujano expresa “ la pena se impone porque el ilícito ha sido realizado”³⁰¹

El investigador y penalista Castellanos Tena, define “ la pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para garantizar el orden jurídico; es la reacción del poder público frente al delito”. ³⁰²

300 Ahrens, Enrique, curso de derecho natural, 4ª ed. México, 1876. librería de Aburet p. 194.

301 Ovilla Mandujano, Manuel, Teoría del Derecho. Ed. 7ª junio 1990, Editorial Duero S.A de C.V. Pág. 102.

302 Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho penal, Ed. 45ª México 2004. Edt. Porrúa S.A de C.V. Pág. 130.

De lo expuesto, la pena es el castigo que a de aplicarse por haberse realizado alguna conducta ilícita penal, para prevalecer el orden jurídico de una sociedad.

En la legislación penal, las sanciones se expresan a través de la pena las que pueden ser: preventivas, represivas y ambas son formas de castigo que dicta el orden jurídico para proteger sus intereses.

- .- Preventivas
- .-Represivas

De acuerdo con el Código Penal Mexicano las medidas Preventivas son:

Las medidas de seguridad

- Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
- Confinamiento.
- Prohibición de ir a un lugar determinado.
- decomiso y pérdida de instrumentos y objetos relacionados con el delito.
- Amonestación.
- Apercibimiento.
- Caución de no ofender.
- Vigilancia de la autoridad.
- Medidas tutelares para infractores

Sólo mencionaremos algunas de ellas

-Confinamiento, consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de ahí.

-decomiso, es un acto que entraña pena accesoria, consistente en la perdida a favor del Estado, de los instrumentos y efectos que sirvieron para realizar un ilícito.

-Amonestación, es la advertencia que un juez dirige al acusado haciéndole ver las consecuencias del ilícito que cometió; excitándolo a la enmienda y encaminándolo a que no reincida ya que la sanción será mayor si lo hace. Este tipo de sanción también es muy común en la legislación burocrática y se le conoce como el “regañó del jefe” y tiene la misma connotación apuntada.

-Apercibimiento, es la conminación que el juez hace a una persona cuando teme con fundamento que está en disposición de realizar un ilícito, ya sea por amenazas hechas, de que en caso de llevarlo a cabo se le considera como reincidente.

Las medidas Represivas son:

Penas valga la redundancia

-Prisión

-Sanción pecuniaria

-suspensión o Privación de derechos

-Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones y empleos.

-Publicación especial de sentencia .

-suspensión o disolución de sociedades mercantiles.

-Tratamiento en libertad o semi libertad y trabajos a favor de la comunidad.

-Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito

Sólo mencionaremos alguno de ellos:

-Prisión, consiste en la privación de la libertad corporal y de movimiento que puede ir de 3 días hasta 50 años en lugares especiales que se les llama colonias penitenciarias en algunos casos.

-Sanción pecuniaria, es la multa y en algunos casos la reparación del daño.

-suspensión o Privación de derechos, en el caso de ser condenado a prisión comprende los derechos políticos, de tutela, curatela, apoderado, defensor, albacea, perito, depositario, interventor judicial, síndico o interventor en quiebras, árbitro, arbitrador o representante de ausentes.

-Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones y empleos, por autoridad competente con fundamento legal y mediante los procedimientos establecidos es el despido del trabajo.

-Publicación especial de sentencia : consisten la inserción total o parcial de ella en 1 o 2 periódicos que circulan en la localidad o en otras entidades diferentes; el juez escoge los periódicos y resuelve la forma en que debe hacerse la publicación.

Conforme a las explicaciones respecto a pena, es necesario analizar el punto de estudio la prisión, por lo que es necesario señalar que durante la histórica, y ubicándonos en el tiempo de los aztecas respecto al concepto de Prisión los autores manifiestan:

El autor Cruz en su obra Historia del Derecho Mexicano cita “al autor George C. Vaillant quien a su vez expresa, que durante la época de los aztecas por temor a las leyes nunca fue necesario recurrir al encarcelamiento como medio para ejecutar el castigo de un crimen, las jaulas y cercados se empleaban con el objeto de confinar a los prisioneros antes de juzgarlos o sacrificarlos”.³⁰³

Por su parte Carranca y Rivas Raúl mencionan “ Fray Diego Durán ofrece una visión más clara de la que bien podría ser prototipo de cárcel precortesiana había,

303 Cruz, Oscar, Historia del Derecho Mexicano. Editorial Oxford. México 1998. Pág. 17

una cárcel a la cual llamaban de dos maneras, o pro dos nombres. El uno era cuauhcalli, que quiere decir “ jaula o casa de palo”, la segunda manera, era petlcalli, que quiere decir “casa de esteras”. Estaba esta casa donde ahora está la casa de los convalecientes, en San Hipólito. Era esta cárcel una galera grande, ancha y larga. Donde de una parte y de otra , había una jaula de maderos gruesos, con unas planchas gruesas de cobertor, y abrían por arriba una compuerta y metían por allí al preso y tornaban a tapar, y poniánle encima una loza grande; y allí empezaban a padecer mala fortuna, así en la comida como en la bebida, por haber sido esta gente la más cruel del corazón, aún para consigo y así los tenían encerrados hasta que veían sus negocios”.³⁰⁴

Por lo expuesto por los autores se observa que existe diferencia a el encarcelamiento ya que el primero señala no ser necesario recurrir al encarcelamiento para hacer cumplir el castigo de un crimen, y el segundo habla de cárceles en las que se supone retenían a los criminales. Pero lo que si es claro es que el derecho penal azteca era muy severo. A pesar que en dicha cultura existía una conciencia del respeto al orden jurídico y a la moral.

Es necesario actualizarse después de haber retomado por mencionarlo así a la historia de manera breve. Ya que los términos prisión y cárcel han sido tomados como sinónimos.

El diccionario jurídico Mexicano, señala respecto a la prisión “...hay legislaciones que utilizan como sinónimos las palabras prisión y cárcel. Sin embargo, el concepto de cárcel precede a los de presidio, prisión y penitenciaría. Con la voz cárcel se designa histórica y técnicamente el local o edificio en que se aloja a los procesados o encausados, y presidio, prisión o penitenciaría, indican en

cambo, el destinado a los sentenciados, o sea, los condenados en justicia... para el autor Cuello Calón, la prisión es el establecimiento penal en donde se recluyen los condenados y donde permanecen en mayor o menor grado, privados de su libertad,

sometidos a un determinado régimen de vida, y, por lo común, sujetos a la obligación

³⁰⁴ Cruz, Oscar, ob. Cit., Pág.15

de trabajar. Es un sitio en donde se ejecuta la sentencia de un sujeto condenado con pena privativa de la libertad corporal, por haber cometido un delito que previamente se establezca.”³⁰⁵

Por su lado el penalista Barragán Salvatierra señala “ La prisión consiste en la privación de la libertad corporal y su duración será de 3 días a 40 años”.³⁰⁶

El autor Genis Gonzalez- Méndez., “...la prisión es la restricción de la libertad corporal del individuo, derivada del ejercicio de los órganos del Estado encargados de la procuración o administración de justicia penal, cuando aquél es señalado como responsable de un hecho delictivo, el fundamento jurídico de la prisión se encuentra en el artículo 18 de la constitución política; se distingue entre prisión preventiva y prisión como pena: la primera consiste en una excepción a la regla general contenida en el segundo párrafo del artículo 14 Constitucional, que estatuye

la garantía de audiencia, es decir, aquí existe la privación de la libertad corporal previamente al juicio, y su finalidad es precisamente asegurar la existencia del enjuiciamiento para hacer factible la impartición de justicia. La prisión como pena es consecuencia de una sentencia judicial en la que se establece plenamente la culpabilidad o responsabilidad del sujeto por la comisión del delito atribuido, y su finalidad consiste en lograr la readaptación social del delincuente bajo las bases de la educación, el trabajo y la capacitación para éste...” ³⁰⁷

De esta forma con las expresiones hechas por los autores la prisión, se entiende como una medida de seguridad que se impone a través de la pena y a

quién se le aplica su destino será el de privar de su libertad en un establecimiento

penal en donde permanecerán a mayor o menor grado, sometidos a un determinado régimen de vida, y, por lo común, sujetos a la obligación de trabajar.

305 Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Diccionario Jurídico Mexicano, Vol. 4, 15° ed., Edt, porrúa México, 2001, pp2545 y 2546.

306 Barragán Salvatierra, Carlos, Derecho Procesal Penal. 1ª Ed., MacGraw-Hill Interamericana México. 1999, Pág. 473.

307 Genis González- Méndez, Alfredo, La libertad en el Derecho procesal Penal Federal Mexicano, Ed. Porrúa, México, 1999, p.41.

Fundamento legal de prisión

Fundamento legal de Prisión

Nuestra Carta Magna en su artículo 18 establece :

“Art. 18.- Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar prisión preventiva . El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”.

Nuestro Nuevo Código Penal para el Distrito Federal Vigente, en su artículo 33 define a la prisión como “ la prisión consiste en la privación de la libertad personal. Su duración no será menor de tres meses ni mayor de cincuenta años. Su ejecución se llevará acabo en los establecimientos del Distrito Federal o del Ejecutivo Federal, conforme a los dispuesto en la legislación correspondiente, en la resolución judicial respectiva o en los convenios celebrados.

En toda de prisión que se imponga en una sentencia, se computará el tiempo de detención o del arraigo.

Si se trata de dos o más penas de prisión en sentencias diferentes, aquellas se cumplirán invariablemente de manera sucesiva, sin que la suma de ella sea mayor de cincuenta años”.

Finalmente, como la sociedad a cambiado a lo largo de la historia, también los valores e intereses de la humanidad; así, de igual forma ha variado a lo largo

de la historia la manera de mitigar o contrarrestar las conductas negativas que afectan a los individuos y a la colectividad.

1.5 Prisión Preventiva

El ilustre penalista García Ramírez señala “El principio de la libertad personal del procesado tiene su más importante restricción en el caso de que el mismo sea reducido a prisión antes de que la sentencia de condena sea firme (prisión preventiva). Si es evidente que el procesado debe ser privado de su libertad una vez que exista una sentencia firme de condena, es natural que sólo en caso de necesidad sufra aquélla restricciones con anterioridad a la misma. De un lado encontramos el principio de la libertad personal, de otro la prisión preventiva impuestas por exigencias sociales jurídicamente valoradas. Dos razones pueden justificar la prisión preventiva: una de seguridad, para impedir la fuga del que ha cometido el delito; otra, procesal inherente a los fines del proceso, que hacen que sea necesaria que la investigación judicial para descubrir la verdad este libre de toda traba, lo que no sería posible si el procesado estuviese constantemente en libertad, ya que usaría de ella para ocultar los instrumentos del delito, dificultar las pruebas y entorpecer la obra del juez y de los órganos inquirentes”³⁰⁸

De esta forma la prisión preventiva es una medida cautelar cuya finalidad es asegurar el resultado condenatorio en el procedimiento penal, mediante la privación de la libertad del inculcado durante la tramitación de la instancia.

El autor Florían, expresa “ La prisión preventiva pertenece, como la detención, al grupo de medidas precautorias penales de índole personal. Su finalidad es por tanto, idéntica hasta el extremo de que sin perjuicio de las peculiaridades de una u otra puede afirmarse que entre ambas media sólo una diferencia cuantitativa y no cualitativa, en el sentido de que la prisión significa acentuación y prolongación de la detención, pero no una medida cautelar esencialmente distinta, si bien la primera requiere o presupone la segunda”.³⁰⁹

El ilustre tratadista Carnelluti señala “ la prisión preventiva ha sido definida como el estado de privación de la libertad que el órgano jurisdiccional impone al procesado durante la substanciación del proceso, a fin de asegurar la actuación efectiva de la ley penal. Es pues, por definición una medida cautelar, una providencia que debe ser decretada por el órgano jurisdiccional con un doble propósito: alejar el peligro de que el acusado eluda el juicio y la probable sanción que se le haya de imponer en caso

308 García Ramírez, Sergio, Prontuario del Proceso penal Mexicano, Ed., 7ª . Editorial Porrúa S.A. Pág. 277.

309 Florian,Eugenio, Elementos del Derecho Procesal Penal. Trad. Leonardo Prieto Castro, Bosch, Barcelona, s.f. Pág. 140-141.
de resultar culpable , y otra, la de facilitar la actuación de la ley, pues de no estar el reo presente, la continuación del proceso sería un imposible”.³¹⁰

El autor Arturo Zavaleta menciona que: “ La prisión preventiva es una medida precautoria de índole personal que crea en el individuo en el cual recae, un estado más o menos permanente de privación de su libertad física, soportada en un establecimiento público destinado al efecto, y que es decretada por juez competente en el curso de una causa, contra el indiciado como participe en la comisión de un delito reprimido con pena privativa de la libertad, con el único objeto de asegurar su presencia a juicio y garantizar la eventual ejecución de la pena.”³¹¹

De las anteriores expresiones se determina que la prisión preventiva tiene dos tiempos como lo maneja el maestro García Ramírez en su concepto de prisión preventiva:

- a) El que inicia cuando el sujeto queda bajo la autoridad judicial, por la orden de aprehensión o de la consignación con detenido por el Ministerio público, hasta el auto de formal prisión o el de libertad por falta de méritos.

- b) El que inicia con el auto de formal prisión hasta que se dicta sentencia ejecutoria en el juicio originado por delito de que se trate.

Fundamento Legal

La carta Fundamental del Estado en su artículo 18 señala la prisión preventiva.

³¹⁰ Carnelutti, Francesco. Lecciones sobre el proceso penal. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1950. Págs. 38-39.

³¹¹ Zavaleta, Arturo, La prisión Preventiva y la libertad provisoria, apud. Rodríguez Manzanera, Luis. La Crisis penitenciaria y los sustitutivos de la prisión, 2ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1999. p23.

“Art. 18.- Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar prisión preventiva . El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”.

Nuestro Nuevo Código Penal para el Distrito Federal Vigente, en su artículo 33 define a la prisión como “ la prisión consiste en la privación de la libertad personal. Su duración se llevará acabo en los establecimientos del Distrito Federal o del ejecutivo federal, conforme a los dispuesto en la legislación correspondiente, en la resolución judicial respectiva o en los convenios celebrados.

En toda de prisión que se imponga en una sentencia, se computará el tiempo de detención o del arraigo.

Si se trata de dos o más penas de prisión en sentencias diferentes, aquellas se cumplirán invariablemente de manera sucesiva, sin que la suma de ella sea mayor de cincuenta años”.

Por lo que para se aplique dicha medida de seguridad es necesario que se trate de un delito que merezca pena corporal, la restricción a la libertad personal tiene un carácter netamente preventivo y no sancionador.

1.6 Como Sanción y su Objeto

Para poder determinar a la prisión como sanción es necesario mencionar en que consiste la sanción.

SANCIÓN

Todas las concepciones jurídicas se refieren a la sanción como un elemento del derecho o la norma jurídica, sólo que unas le dan un papel y lugar preponderante y otras accidental o atributivo.

De acuerdo con el Diccionario de la real academia Española, esta palabra quiere decir:

“1. Estatuto o Ley. 2. Acto solemne por el que el jefe del estado confirma una ley o un Estatuto. 3. Pena que la ley establece para el que la integre. 4. Mal difamado de una culpa o yerro y que es como su castigo o pena. 5. Autorización o aprobación que se da cualquier acto uso o costumbre”.

La sanción vive en el derecho a través de las diferentes ramas del derecho, hay sanciones penales, constitucionales, civiles, administrativas, urbanas, mercantiles, económicas.

El autor Hans Kelsen indica ” El marco de un derecho nacional la sanción es la irrogación de un mal o la privación (por la fuerza si es necesario) de un bien, (la vida, la libertad, la propiedad, los derechos civiles y políticos). ³¹²

El ilustre investigador Ovilla Mandujano, señala “La sanción es una técnica de control social; se usa para motivar conductas sociales, (individuales o colectivas), su reglamentación y empleo está reservado a un monopolio de la clase social (la dominante históricamente) dentro de una comunidad económica, política y concreta”.³¹³

Por su parte el estudioso del derecho García Maynez señala “ la sanción se clasifica en:

1.- Cumplimiento forzoso, consiste en exigir a través de una sentencia, la obligación jurídica que no fue cumplida por el sujeto obligado; es decir, hay que entregar la cosa o la cantidad debida u ofrecida, hay que cumplir con el servicio que se hubiese prometido.

2.- La indemnización, es una sanción equivalente. En ocasiones no coincide el contenido de la sanción con el cumplimiento de la obligación jurídica por las razones que se quieran y es el momento en que aparece la indemnización como pago de daños y perjuicios.

³¹² Hans Kelsen, Teoría General del Estado, Traducción Luis Legaz y Lacambra, México, 1965, Editora Nacional. pp. 58 y 59.

³¹³ Ovilla Mandujano, Manuel, Teoría del Derecho. Ed. 7ª junio 1990, Editorial Duero S.A de C.V. Pág. 101.

En el Código Civil para el Distrito Federal en sus artículos 2108 y 2109, señala se entiende por daño:

“ La pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación .

Por perjuicio:

La privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación”.

3.- El castigo, es una sanción finalista, pues produce un sufrimiento en el sujeto que realizó lo prohibido o faltó a lo estipulado como obligatorio.

De estas formas simples, al conjugarlas se saca la fórmula compleja de la sanción.

- 1.- Cumplimiento forzoso más indemnización;
- 2.- Cumplimiento forzoso más castigo;
- 3.- Indemnización más castigo, y
- 4.- Cumplimiento forzoso, más indemnización, más castigo”.³¹⁴

Nota: no deben confundirse con la acumulación de la penas que es totalmente distinto.

Ejemplo de las anteriores conjugaciones:

1.- Cuando un trabajador despedido sin causa justificada, demanda su reinstalación y el pago de los salarios caídos. En caso de que los Tribunales de Trabajo le dan la razón, el cumplimiento forzoso será la reinstalación y la indemnización el pago de los salarios no cubiertos a partir de la fecha del despedido hasta el laudo.

³¹⁴ García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, Edt. Porrúa S.A de C.V. pp. 289.

2.- Cumplimiento forzoso y castigo. Cuando al celebrarse algún contrato se estipulan ciertas prestaciones en dinero como pena y al acreedor tiene derecho a exigir al deudor el cumplimiento y el pago de la pena convencional.

3.- Indemnización y Castigo. En el caso de robo, se obliga al que roba a reparar el daño causado o devolver la parte de lo robado y a purgar determinada condena de privación de la libertad y algunos casos hasta multa. (esta es de materia penal)

4.- Cumplimiento forzoso, indemnización y castigo. Cuando un trabajador a quien no le han pagado sus salarios en la fecha o en el lugar convenidos, da por rescindido su contrato y exige al patrón el pago de lo que se debe y la indemnización de los meses señalados por el artículo 123 constitucional; el castigo será la rescisión del contrato; la indemnización el pago de los 3 meses y el cumplimiento forzoso la entrega de las cantidades no cubiertas.

Normativamente la sanción es el uso reglamentado de la fuerza.

El estudioso e ilustre investigador del derecho Ramón Capella señala “ lo que caracteriza a las sanciones legales es estar prescritas por una norma jurídica. El autor de un homicidio, por ejemplo, puede ser objeto de una sanción moral, si no es insensible y de la reprobación social; también puede ser objeto de la venganza popular o privada; pero ninguno de estos hechos es una sanción legal si no esta prescrito por una norma del cuerpo jurídico. (“lo usual es además, que la sanción legal sean otras”) ³¹⁵

Características de la sanción

Es privación de bienes: libertad, propiedad, vida, expectativas.

Aparece como prevención de no realizar conductas prohibidas.

Se da como la realización de la prevención, cuando se hace lo prohibido

³¹⁵ Capella, Juan Ramón, El Derecho como lenguaje, Pág. 179 y sig.

Tiene como condición la realización del ilícito.

Califica conductas como ilícitas.

Matiza las conductas humanas.

Se dirige siempre contra hombres.

Opera incluso con resistencia por parte del afectado.

Es impuesta para la conservación de un orden de intereses

Establecida en los instrumentos legales y se concreta por medio de Agentes jurídicos competentes.

Es monopolio de fuerza.

De esta forma conforme a lo anterior la sanción legal la que nos interesa es un medio de control de la sociedad por medio de la fuerza. Que también funciona como medio de prevención para no realizar conductas prohibidas.

Dentro de la sanción legal encontramos la coacción.

COACCIÓN

El autor Vallado Berrón, expresa “ la coacción es la ejecución forzada de la sanción, con respeto del realizador del acto anti- jurídico, del autor del supuesto, cuando la misma no se cumple voluntariamente”.³¹⁶

El maestro Ovilla Mandujano señala “ La coacción, si bien es un garante, control; también aparece como una determinada ideología, que se autolegitima como necesaria e indispensable en la convivencia social. La coacción vive 2 discursos a la vez, como expresión de una técnica de control represiva y como un discurso ideológico.

Un sistema político requiere de la coacción a fin de garantizar su funcionamiento y reciclaje; pero el espacio de represión es muy reducido para su

³¹⁶ Vallado Barrón, Fausto, Introducción al estudio del derecho, p. 92. efectividad, por lo que se hace necesaria la ideología y hacer aparecer a la violencia prescrita o sea a la sanción, como último recurso para garantizar la paz social”. ³¹⁷

El autor Norberto Bobbio, juspositivista (1980), al acercarse al estudio de la coacción, plantea que sirve para indicar principalmente 4 formas de uso de la fuerza:

“1) El poder de constreñir (con la fuerza) a quienes no hacen lo que deberían de hacer;

2) El poder de impedir (con la fuerza) a quienes hacen lo que no deberían de hacer;

3) El poder de sustituir (con la fuerza) a quienes no han hecho lo que debían de hacer (ejecución forzada);

4) El poder de castigar (con la fuerza) a quienes han hecho lo que no debían de hacer (pena, multa).

La fuerza sirve respecto a las acciones, para producirlas o para sustituirlas; y respecto a las omisiones, para hacerlas observar o para castigar su inobservancia. El derecho –concluye- en cuanto al poder coactivo, que es el objeto de su reglamentación, tiene 4 funciones:

- 1) determinar las condiciones.
- 2) Las personas
- 3) El procedimiento
- 4) El quantum de fuerza de que puede y debe disponer quien, observando ciertos procedimientos, está encargado de ejercer en determinadas condiciones el poder coactivo en contra de determinadas personas.

³¹⁷ Ovilla Mandujano, Manuel, Teoría del Derecho. Ed. 7ª junio 1990, Editorial Duero S.A de C.V. Págs. 100-101.

[Al respecto el autor indica] Decir que el derecho es regla de la fuerza significa en otras palabras decir que el derecho es el conjunto de normas que regulan el cuándo, el quién, el cómo y el cuánto del ejercicio del poder coactivo”.³¹⁸

De lo anterior expuesto por los diferentes autores se determina que la coacción, es un medio auxiliar para hacer cumplir ese conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta externa del hombre y que a su vez es impuesta y sancionada por la coacción pública del estado. Es decir la coacción es esa fuerza para poder impedir, sustituir, castigar a quienes hacen lo que no o que deberían de hacer.

Ahora la prisión como sanción, aparece como prevención de no realizar conductas prohibidas, también es un medio de control de la sociedad, Y teniendo como resultado la privación de la libertad.

El autor Gutiérrez Ruiz menciona “ mientras que la prisión preventiva no es una sanción que se impone al sujeto como consecuencia de la comprobación de su plena responsabilidad en la comisión de un delito, la privación de la libertad como pena tiene como requisito sine qua non una sentencia ejecutoria en la que dicha responsabilidad esté demostrada en atención a los elementos probatorios aportadas durante el periodo de instrucciones, busca además – la mayoría de las veces sin conseguirlo- que la misma refuerce la prevención general, ya que el juez al dictar sentencia:

- a) Reafirmará la fuerza y autoridad de la norma jurídica.
- b) Descalificará pública y solemnemente el hecho delictuoso.

La prisión como pena debe cumplir fundamentalmente una función de prevención especial, sin olvidar la función secundaria de reforzamiento de la prevención general, en su sentido de ejemplaridad, al demostrar que la amenaza, no era vana.

Y, en cuanto a la prevención especial, cumple esta función en principio, al aislar al delincuente de la sociedad, impidiéndole al infractor la reincidencia. Aunque

³¹⁸ Norberto Bobbio, Contribución a la Teoría del derecho, pp. 341 – 342.

sea de criterio popular, que se ve reforzado con las estadísticas de reincidencia, que muchas veces la prisión, debido a la falta de estructura para una verdadera readaptación social, se convierta en “ escuela para delincuentes”, y un foco de infección, física y mental, pues de la misma se ha señalado: “cuántas veces se ha apreciado el envilecimiento de los presos cohabitando indiscriminadamente primodelincuentes con habituales, internos irreductibles, con enfermos mentales. Con homosexuales, con sidosos y tuberculosos, con internos peligrosos o sádicos que hostigan física y/o psicológicamente al interno llegando éstos en algunas ocasiones a privarse de la vida dentro de la prisión o a responder a la agresión en base al instinto de supervivencia convirtiéndose de víctima a victimario.”³¹⁹

Objeto de la prisión

Partiendo de los diferentes comportamientos y modos de vivir de una sociedad ante el avance de la tecnología y la sobre población de las ciudades , la prisión es considerada por el Estado como un medio para combatir la delincuencia, por que finalmente la prisión es un medio de control de la sociedad.

Tomando en cuenta que en los países, estados ciudades será diferente la política criminal.

Consecuentemente a lo anterior y a lo expuesto por los siguientes autores se determinará el objeto de la prisión.

El autor y penalista Barragán Salvatierra señala “ La prisión consiste en la privación de la libertad corporal y su duración será de 3 días a 40 años”.³²⁰

³¹⁹ Gutiérrez Ruiz, Laura Angélica, Normas Técnicas sobre administración de prisiones 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 32.

³²⁰ Barragán Salvatierra, Carlos, Derecho Procesal Penal. 1ª Ed., Macgraw-Hill Interamericana México. 1999, Pág. 473.

El autor Genis González- Méndez., “...la prisión es la restricción de la libertad corporal del individuo, derivada del ejercicio de los órganos del Estado encargados de la procuración o administración de justicia penal, cuando aquél es señalado como responsable de un hecho delictivo, el fundamento jurídico de la prisión se encuentra en el artículo 18 de la constitución política; se distingue entre prisión preventiva y prisión como pena: la primera consiste en una excepción a la regla general contenida en el segundo párrafo del artículo 14 Constitucional, que estatuye la garantía de audiencia, es decir, aquí existe la privación de la libertad corporal previamente al juicio, y su finalidad es precisamente asegurar la existencia del enjuiciamiento para hacer factible la impartición de justicia. La prisión como pena es consecuencia de una sentencia judicial en la que se

establece plenamente la culpabilidad o responsabilidad del sujeto por la comisión del delito atribuido, y su finalidad consiste en lograr la readaptación social del delincuente bajo las bases de la educación, el trabajo y la capacitación para éste...”³²¹

De esta forma con las expresiones hechas por los autores la prisión, se entiende como una medida de seguridad que se impone a través de la pena y a quién se le aplica su destino será el de privar de su libertad en un establecimiento penal en donde permanecerán a mayor o menor grado, sometidos a un determinado régimen de vida, y, por lo común, sujetos a la obligación de trabajar.

Fundamento legal de prisión

Nuestra Carta Magna en su artículo 18 establece :

“Art. 18.- Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar prisión preventiva . El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”.

³²¹ Genis González- Méndez, Alfredo, La libertad en el Derecho procesal Penal Federal Mexicano, Ed. Porrúa, México, 1999, p.41.

Nuestro Nuevo Código Penal para el Distrito Federal Vigente, en su artículo 33 define a la prisión como “ la prisión consiste en la privación de la libertad personal. Su duración no será menor de tres meses ni mayor de cincuenta años. Su ejecución se llevará acabo en los establecimientos del Distrito federal o del ejecutivo federal, conforme a los dispuesto en la legislación correspondiente, en la resolución judicial respectiva o en los convenios celebrados.

En toda de prisión que se imponga en una sentencia, se computará el tiempo de detención o del arraigo.

Si se trata de dos o más penas de prisión en sentencias diferentes, aquellas se cumplirán invariablemente de manera sucesiva, sin que la suma de ella sea mayor de cincuenta años”.

El ilustre penalista García Ramírez señala “El principio de la libertad personal del procesado tiene su más importante restricción en el caso de que el mismo sea reducido a prisión antes de que la sentencia de condena sea firme (prisión preventiva). Si es evidente que el procesado debe ser privado de su libertad una vez que exista una sentencia firme de condena, es natural que sólo en caso de necesidad sufra aquélla restricciones con anterioridad a la misma. De un lado encontramos el principio de la libertad personal, de otro la prisión preventiva impuestas por exigencias sociales jurídicamente valoradas. Dos razones pueden justificar la prisión preventiva: una de seguridad, para impedir la fuga del que ha cometido el delito; otra, procesal inherente a los fines del proceso, que hacen que sea necesaria que la investigación judicial para descubrir la verdad este libre de toda traba, lo que no sería posible si el procesado estuviese constantemente en libertad, ya que usaría de ella para ocultar los instrumentos del delito, dificultar las pruebas y entorpecer la obra del juez y de los órganos inquirientes”³²²

El autor Florián, expresa “ La prisión preventiva pertenece, como la detención, al grupo de medidas precautorias penales de índole personal. Su finalidad es por tanto,

³²² García Ramírez, Sergio, Prontuario del Proceso penal Mexicano, Ed., 7^a . Editorial Porrúa S.A. Pág. 277.

idéntica hasta el extremo de que sin perjuicio de las peculiaridades de una u otra puede afirmarse que entre ambas media sólo una diferencia cuantitativa y no cualitativa, en el sentido de que la prisión significa acentuación y prolongación de la detención, pero no una medida cautelar esencialmente distinta, si bien la primera requiere o presupone la segunda”.³²³

El ilustre tratadista Carnelluti señala “ la prisión preventiva ha sido definida como el estado de privación de la libertad que el órgano jurisdiccional impone al procesado durante la substanciación del proceso, a fin de asegurar la actuación

efectiva de la ley penal. Es pues, por definición una medida cautelar, una providencia que debe ser decretada por el órgano jurisdiccional con un doble propósito: alejar el peligro de que el acusado eluda el juicio y la probable sanción que se le haya de imponer en caso de resultar culpable , y otra, la de facilitar la actuación de la ley, pues de no estar el reo presente, la continuación del proceso sería un imposible”.³²⁴

El autor Arturo Zavaleta menciona que: “ La prisión preventiva es una medida precautoria de índole personal que crea el individuo en el cual recae, un estado más o menos permanente de privación de su libertad física, soporta en un establecimiento público destinado al efecto, y que es decretada por juez competente en el curso de una causa, contra el sindicado como participe en la comisión de un delito reprimido con pena privativa de la libertad, con el único objeto de asegurar su presencia a juicio y garantizar la eventual ejecución de la pena.”³²⁵

Fundamento Legal

La carta Fundamental del Estado en su artículo 18 señala la prisión preventiva.

³²⁴ Florían,Eugenio, Elementos del Derecho Procesal Penal. Trad. Leonardo Prieto Castro, Bosch, Barcelona, s.f. Pág. 140-141.

³²⁵ Carnelutti, Francesco. Lecciones sobre el proceso penal. Ediciones jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1950. Págs. 38-39.

³²⁶ Zavaleta, Arturo, La prisión Preventiva y la libertad provisoria, apud. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. La Crisis penitenciaria y los sustitutos de la prisión, 2ª edición, Editorial, Porrúa, México,1999. p23.

“Art. 18.- Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar prisión preventiva . El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”.

Nuestro Nuevo Código Penal para el Distrito Federal Vigente, en su artículo 33 define a la prisión como “ la prisión consiste en la privación de la libertad personal. Su duración se llevará acabo en los establecimientos del Distrito federal

o del ejecutivo federal, conforme a lo dispuesto en la legislación correspondiente, en la resolución judicial respectiva o en los convenios celebrados.

En toda de prisión que se imponga en una sentencia, se computará el tiempo de detención o del arraigo.

Si se trata de dos o más penas de prisión en sentencias diferentes, aquellas se cumplirán invariablemente de manera sucesiva, sin que la suma de ella sea mayor de cincuenta años”.

Por lo que partiendo de estos conceptos se determina, que la prisión preventiva tiene los siguientes objetivos:

1.- Evitar la fuga. Como medida de seguridad, hasta que dure el procedimiento y se determine su situación jurídica.

Asegurar la presencia a procedimiento. Es indispensable contar con su presencia, para integrar formalmente, la relación procesal, pues el imputado normalmente tiende a desaparecer del escenario procesal y en tales casos, amén de la suspensión indefinida del proceso, nunca se le llegaría a la sentencia, misma que en caso de ser condenatoria sería inejecutable.

2.-Asegurar las pruebas. lo que no sería posible si el procesado estuviese constantemente en libertad, ya que usaría de ella para ocultar los instrumentos del delito, dificultar las pruebas y entorpecer la obra del juez y de los órganos inquirientes.

3.- Proteger a las víctimas y a los testigos de las acciones que pudieran efectuar en su contra, el inculpado por si mismo o por medio de usos cómplices.

4.- Evitar el ocultamiento o uso del producto del delito objetivo, igualmente poco práctico, pues, el inculpado, no forzosamente debe realizarlo de propia mano, en caso de ser esa su intención.

5.- Garantizar la eventual ejecución de la pena. Asegurando se cumpla con las sanciones impuestas al inculpado.

6.- Proteger al criminal de las victimas u ofendidos. Bajo el supuesto de que muchas veces, la victima u ofendido, no queda satisfecho con la normatividad aplicable al delito por el cual, eventualmente se ha de sancionar al inculpado, y por lo tanto buscan, él sus familiares, o amigos obtener justicia de propia mano.

7.- Prevenir la reincidencia. Evitando la sobre población.

8.- Garantizar la reparación del daño. Objetivo que gratamente puede ser superado, cuando el inculpado otorgue garantía por su Libertad provisional, pues requisito previo para ello es, que avale la probable condena a la Reparación del daño.

9.- Llevar a cabo una función resocializadora. Es la adaptación social, esto es ignorar una realidad criminológica, consistente en que una parte de los “delincuentes” (tratándose de los delitos imprudenciales), nunca se desocializaron, y que muchos de los demás nunca estuvieron adaptados ni socializados, ya que provienen de núcleos familiares, que en franco rechazo a la sociedad, nunca se han integrado positivamente en la misma.

CAPITULO CUARTO

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NEGATIVA A LA LIBERTAD PROVISIONAL
DEL INculpADO A SOLICITUD DEL MINISTERIO PÚBLICO POR DELITOS NO
GRAVES (ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL FRACCIÓN I APARTADO “A”)

CAPITULO CUARTO

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NEGATIVA A LA LIBERTAD PROVISIONAL DEL INculpADO A SOLICITUD DEL MINISTERIO PUBLICO POR DELITOS NO GRAVES (Artículo 20 Constitucional Fracción I apartado “A”)

1. LIBERTAD PROVISIONAL

1.1 CONCEPTO DE LIBERTAD

La libertad es uno de los bienes de mayor jerarquía axiológica, pues sólo la vida la supera, se puede afirmar que la libertad al igual que la vida, es uno de los bienes más valiosos para el ser humano, el hombre se ha preocupado a través del devenir histórico, a lograr y a conservar la libertad mediante rebeliones, proclamas, cartas, leyes fundamentales, Códigos y todo tipo de manifestaciones a fin de obtenerla y disfrutar de ella, el concepto de libertad es tan complejo y difícil de definir, su contenido es tan abstracto e importante para el hombre, al grado que se han realizado diversas definiciones de éste término y que aquí solo se expresarán los más usuales y comunes. Así pues, el término libertad, proviene del latín *libertas*, *libertatis*- *liberta* que significa libre, [de esta forma la libertad] “es la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos.”³²⁶

El maestro García Maynes, define a la libertad como “ la facultad que tiene el hombre o la colectividad de obrar de una manera o de otra y de no obrar; estado del que no está preso; facultad de la sujeción y subordinación; la facultad de hacer y decir cuando no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres; condición de las personas no obligadas por el Estado al cumplimiento de ciertos deberes”.³²⁷

³²⁶ Gutiérrez y González, Ernesto “El Patrimonio Pecuniario y Moral Derechos de la Personalidad” Edit. M Cajica, Jn; S.A México, 1980.Pág. 794.

³²⁷ García Maynes, Eduardo. “Introducción al Estudio del derecho” Eit. Porrúa. S.a México. 1993. Pág. 8.

De esta forma recordaremos a nuestro primer capitulado en el que mencionamos los diferentes autores y tratadistas respecto a dicho concepto y que a continuación enunciaremos:

Para el Dr. Ignacio Burgoa Orihuela, “ la libertad es en términos genéricos es la cualidad inseparable de la persona humana consistente en la potestad que más le acomoden para el logro de su felicidad particular...se dice que cada persona es libre para proponer los fines que más le convengan para el desarrollo de su propia personalidad, así como para seleccionar los medios que estime más apropiados para su consecución... [dice el Dr. Burgoa] la libertad, traducida en esa potestad o facultad propia de la persona humana de elegir fines y medios vitales, presenta dos aspectos fundamentales. En primer lugar, la es cogitación de objetivos vitales y de conductos para su realización puede tener lugar inmanentemente, esto es, sólo en el intelecto de la persona sin trascendencia objetiva. En éste caso, la potestad electiva no implica sino una libertad subjetiva o psicológica ajena al campo del derecho. En segundo término, como el individuo no se conforma con concebir los fines y medios respectivos para el logro de su bienestar vital, sino que procura darles objetividad, externándolos a la realidad surge la libertad social...traducida en aquella facultad que tiene la persona humana de objetivar sus fines vitales mediante la práctica real de los medios idóneos para éste efecto... esta es la libertad que interesa fundamentalmente al derecho...es la única que se tomará en consideración...[es] la consecución objetiva de fines vitales del individuo y la realización práctica de los medios adecuados para su obtención”.^{3 28}

El Autor, Efraín Polo Bernal dice “una dimensión profunda en el concepto de la libertad consistiría en la enmienda de todo hombre frente a la arbitrariedad o abuso que afecten a su vida, integridad física y moral, es la espontánea autodeterminación de su persona considerando las condiciones materiales y jurídico-sociales que la fundamentan y encausan. Potenciada la libertad en su acepción jurídica, ella se

³²⁸ Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa S.A de C.V. Edición México 1993. Pág. 304 y 305.

estrecharía a actuar conforme a la Ley”.³²⁹ De lo antes expuesto por el autor conduce a que la libertad que tiene el ser humano en el caso de verse afectada o abusada dicha libertad debe actuarse conforme a un orden jurídico.

Para Isidro Montiel y Duarte “la libertad en su sentido más general es la facultad de hacer o no hacer todo aquello que en voluntad nos venga”.³³⁰ Efectivamente Montiel y Duarte tiene razón, pero sabemos que en una sociedad donde existe un orden jurídico la libertad tiene sus limitaciones de hacer o no hacer pues afectaría la esfera jurídica de otro humano.

El maestro Rojas Caballero “Por libertad se entiende la potestad que tiene el hombre para desarrollarse en todos los ámbitos...La libertad consiste en las posibilidades que se tienen para escoger esos fines y medios necesarios para lograr el pleno desarrollo de las potencialidades humanas...”.³³¹ De acuerdo al autor bien es cierto el hombre se desarrolla de acuerdo a sus posibilidades conforme a su situación de vida para lograr sus fines particulares.

Bajo estos términos y a manera de conclusión, se afirma que la libertad es el elemento indispensable para que el hombre sea capaz de realizar sus fines y propósitos de su vida cotidiana, y así alcanzar la felicidad.

1.2 DEFINICIÓN DE LIBERTAD PROVISIONAL

La Libertad Provisional, es el derecho fundamental de los inculcados o procesados ya sea durante la averiguación previa, o bien en el proceso penal, este derecho se encuentra establecido en la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos como garantía individual, artículo 20 constitucional fracción I apartado “A” y consiste: en que el indiciado logre y conserve la Libertad Personal mientras dura el

³²⁹ Polo Bernal, Efraín. Breviario de Garantías constitucionales. Editorial Porrúa, S:A México 1993 Pág. 18

³³⁰ Montiel y Duarte, Isidro. Estudio sobre Garantías Individuales. Editorial Porrúa, S.A

México, 1991. quinta. Edición facsimilar. P. 103.

³³¹ Rojas Caballero, Ariel Alberto. Editorial Porrúa. Edición México 2002. Pág. 137
proceso Penal, con la condición necesaria, de que no se trate de un delito de los señalados por la Legislación Penal como graves que garantice el monto estimado de la reparación del daño, las posibles sanciones pecuniarias, y el cumplimiento de las obligaciones a su cargo que la ley establece en razón del proceso.

De esta forma mencionaremos a diferentes autores quienes describen o definen a la libertad provisional de la siguiente forma:

Define el maestro Guillermo Carabellas de Torres, La Libertad Provisional es “la liberación transitoria que con fianza o sin ella, se concede al procesado cuando sus antecedentes no hacen temer su ocultación y siempre que el delito imputado no sea de extrema gravedad”³³²

En esta definición, al momento de mencionarse “ procesado”, se debe entender que se puede dar en todo momento del procedimiento penal, quedando claro que se debe contemplar desde la etapa de la averiguación previa. Aunque a ésta definición podemos decir que el autor le falta explicar por que motivo se da esta libertad o la finalidad que persigue esta figura jurídica.

Para el autor Marco Antonio Díaz de León, la Libertad Provisional “es la que se le concede al inculpado para los efectos de que goce de ella mientras dure el proceso penal que se le instruya. Esta Libertad evita que los procesados estén en prisión preventiva durante el curso del Proceso penal, trátase pues de un derecho de los procesados cuando se den las condiciones establecidas por el legislador”³³³

Esta definición es muy clara, y hace mención de que dicha libertad concedida al inculpado hace que goce de ella mientras dura el proceso Penal y así evitar que se encuentre el procesado en prisión preventiva. Y a diferencia de la definición anterior;

332 Carabellas de Torres, Diccionario Jurídico elemental, Edit., Heliasta S.R.L Pág.236.

333 Díaz de León, Marco Antonio, diccionario de derecho Procesal penal, M.D.D.L., Edt. Porrúa
Pág. 1097.

en ésta se explica con que fin se otorga dicha libertad. Aunque también a ésta hace falta añadirle un elemento más que es, el mencionar que tiene la facultad de otorgarla.

El autor Sergio García Ramírez, la Libertad Provisional es “ Un acto cautelar por el que se produce un estado de libertad vinculado a los fines del proceso penal, en virtud de una declaración de voluntad judicial”³³⁴

En esta definición se esta hablando de que la libertad provisional, es una medida cautelar, un fenómeno cautelar procesal. Debiendo entender que las medidas cautelares, pueden ser personales y reales, con la diferencia de que las personales aseguran los efectos de las penas, y las reales la responsabilidad de tipo económico, es decir que las primeras van restringirla libertad personal del probable responsable, las segundas privan o restringen de ciertas cosas a su dueño, aunque aquí pueda haber una sustitución. Otro punto muy importante que también señala, es que la libertad provisional será concedida; a través de una declaración de voluntad judicial, esto es que el juez debe otorgar dicha libertad garantía de libertad.

Finalmente la libertad provisional tiene los siguientes elementos:

- a) Es un derecho de conceder la libertad transitoria.
- b) A cualquier sujeto que se encuentre en calidad de procesado.
- c) Otorgada por una autoridad judicial.
- d) Su finalidad no privar de la libertad hasta que se dicte sentencia a el procesado.
- e) Cuando lo permite la ley.

Objetivo de la libertad provisional

1.- cuidar los intereses de la sociedad

2.- salvaguardar los intereses del individuo

334 García Ramírez; Sergio. Estudios Penales, Vol. 9, Saltillo Coahuila, México, Pág. 85

Lo anterior por que la misma sociedad exige el castigo de los delitos y el individuo reclama que no sea privado de su libertad corporal, y a la vez asegurar con la caución que el proceso penal, se lleve hasta sus últimas consecuencias y así proteger a la sociedad para asegurar la presencia del inculpado.

1.3 Breve análisis de las reformas del artículo 20 constitucional Fracción I apartado “A”

A fin de explicar este tema, haremos alusión a algunas disposiciones establecidas respecto del artículo 20 constitucional fracción I apartado “A”. Así es como a través del tiempo se ha perfeccionado dicha disposición en nuestra Carta Magna de acuerdo a los modos y costumbres de nuestra sociedad toda vez como lo dijo Heráclito de Efeso “ nada es constante todo cambia”. También la forma de vivir de una sociedad cambia.

De esta forma los antecedentes más relevantes del artículo 20 constitucional en relación a la libertad provisional las encontramos en los siguientes antecedentes.

Para el año de 1917 nuestra Carta Magna en el artículo 20 constitucional describía:

“ Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza hasta de 10,000.00 pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de 5 años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad y otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla”.

En esta descripción de 1917 se fija libertad provisional bajo fianza y una pena máxima de 5 años, fijando la caución hipotecaria o personal.

Posteriormente, la primer reforma que tiene este artículo es del año de 1948 que establecía lo siguiente:

“Art. 20. En todo juicio de orden criminal, tendrá el acusado las siguientes garantías:

Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza que fijará el juez tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de 5 años de prisión, sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla, bajo responsabilidad del juez en su aceptación. En ningún caso la fianza acusación será mayor de \$250.000 a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado”.

En esta descripción de 1948 como podemos analizar encontramos la libertad provisional bajo fianza, que fijará el juez, así como la de otorgar caución hipotecaria o personal, así como el término medio aritmético.

En la actualidad el término medio aritmético, Es decir que la gravedad de un delito estriba en el término medio aritmético de su penalidad, esto es según corresponda al tipo penal debe hacerse una operación aritmética sumando la penalidad más alta con la más baja y su resultado dividirse en dos, y este último resultado, de exceder de 5 años dará lugar a que el delito sea grave.

En esta modificación de 1948 se puede observar que se concede a favor del autor del delito el beneficio, de otorgar fianza, que el de llevar, contra el un proceso y de esta forma evadir a la justicia, aunque fueran condenados a prisión y al pago de la reparación del daño ocasionado por el delito cometido.

Así para el año de 1985 se reforma el artículo 20 constitucional en su fracción I, de la siguiente forma.

“En todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

I.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no se a mayor de cinco años de prisión sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación.

La caución excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió del delito.

Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la victima daño y perjuicio patrimonial. La garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados.

Si el delito es perintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales, y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores”.

De esta manera en esta reforma se agregan puntos muy importantes:

a) La caución, es decir el monto ya no se maneja en cantidad específica o sea en números, esto por el uso de la moneda nacional que va cambiando hasta nuestros días.

b) Consecuentemente a lo anterior se establece que la caución no excederá o se incrementará tratándose de delito grave, aunque no señala en el segundo párrafo sobre delito no grave, solamente específica, la penalidad del mismo, que es de dos años y la percepción para ambos delitos será equivalente al salario mínimo vigente aunque para el primero será de dos años y para el segundo de cuatro años.

c) También nos señala el lugar en donde se cometa el delito

d) Otro punto importante es que señala la libertad provisional bajo caución y ya no menciona como la reforma anterior libertad provisional bajo fianza.

Asimismo el inculpado puede obtener su libertad provisional desde la averiguación hasta el inicio de la etapa procesal, substituye la juez por juzgador.

1.3.1 De 3 de septiembre de 1993

En esta reforma establecía lo siguiente:

“ARTICULO 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

I.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

El monto y la forma de la caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial.

El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla de forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se derivan a su cargo en razón del proceso.”.

Así la reforma en comento establece el derecho al inculpado de obtener su libertad provisional bajo caución garantizando el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso se impongan al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio

En esta reforma no se toman encuentra

- 1.- Las circunstancias personales del inculpado
- 2.- La gravedad del delito que se impute a este
- 3.- No se hace referencia a otros factores que puedan influir en la caución como el riesgo mayor o menor del que el sujeto pueda sustraerse a la acción de la justicia.
- 4.- No se toma en cuenta el perjuicio que se pueda causar a la víctima
- 5.- No existe un monto máximo de caución que no rebase el juzgador
- 6.- No entran en juego apreciaciones derivadas del grado de culpabilidad del probable infractor.

Es decir dicha reforma incurrió en errores manifiestos y fue necesario repararlos a través de otra reforma constitucional que fijará el camino de la materia y de la libertad provisional. Dicha reforma fue la de 1996 que citare más adelante, y que dio como resultado el texto vigente de el artículo 20 constitucional de nuestra carta Magna.

Así se observa que esta reforma estableció el monto y la forma de la caución deberían ser asequibles al inculpado. Por lo que así se puede disminuir el monto de la caución inicial, cuando así lo permita la ley. Facultando al juez para revocar la libertad provisional por incumplimiento grave en el proceso.

También si se observa la descripción de esta reforma es que se habla nuevamente de juez y no juzgador.

1.3.2 De Legalidad de 10 de enero de 1994.

Partiendo del principio de legalidad que nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en el artículo 16 que a la letra establece en su párrafo primero “...Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...”

El Dr. Ignacio Burgoa, por su parte, llama a la garantía de legalidad contenida en este precepto garantía lato sensu, que es una de las más completas.

A continuación analizaremos el párrafo primero del artículo 16 constitucional que a la letra dice:

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.

³³⁵ Burgoa Orihuela Ignacio. Las garantías individuales. 17ª editorial .Porrúa. México 1983. P. 133.

Al hablar del término nadie el Dr. Ignacio Burgoa menciona “...es equivalente a ninguna persona... ningún gobernado...El titular es el gobernado, es decir, todo sujeto cuya esfera jurídica sea susceptible de ser objeto de algún acto de autoridad...A través del concepto “nadie”, consiguientemente, y corroborando la extensión tutelar que respecto a todas las garantías individuales origina el artículo primero de la constitución al referir el goce de ellas a todo individuo, el precepto que comentamos protege a toda persona...El acto de autoridad que debe supeditarse a tales garantías consiste en una simple molestia, o sea, en una mera perturbación o afectación a cualquiera de los bienes jurídicos mencionados en dicho precepto [persona, familia, domicilio, papeles o posesiones.]...”³³⁶

El acto de autoridad consiste en una molestia, es decir, en una perturbación o afectación a cualquiera de los bienes de los gobernados como son su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones; estos pueden ser de los siguientes tipos: actos materialmente administrativos que causen al gobernado una simple afectación o perturbación a cualquiera de sus bienes jurídicos sin importar un menoscabo, una merma o disminución de su esfera subjetiva de derecho ni un impedimento para el ejercicio de un derecho (actos de molestia en sentido lato) y actos estrictos de privación, independientemente de su índole formal o material, es decir, aquellos que produzcan una merma o menoscabo en la esfera jurídica subjetiva de la persona (actos de molestia en sentido lato).

Lo señalado con antelación es necesario para poder entender la reforma de 10 de enero de 1994 que fue de legalidad en relación al artículo 20 constitucional fracción I apartado "A" respecto de la libertad provisional aunque se relaciona con otros preceptos constitucionales de gran importancia pero el que nos interesa es el de la libertad provisional.

³³⁶ Burgoa Orihuela, Ignacio. Las garantías individuales. Editorial Porrúa. Edición México 1993. p. 590

La gran importancia de esta reforma es como lo señala el autor Javier Jiménez al hacer la diferencia entre la reforma de 3 de septiembre de 1993 y la de contrarreforma constitucional del 8 de marzo de 1999.

Por lo que hubo entonces un giro en la legislación penal con las reformas de 3 de septiembre de 1993 y de 10 de enero de 1994, toda vez que el 3 de septiembre de 1993 aparecieron publicadas en el Diario Oficial de la Federación las reformas constitucionales que sustituyeron por primera vez la categoría procesal del "cuerpo del delito" por el de elementos del tipo penal " que entraron en vigor un día después, es decir el 4 de septiembre de ese mismo año.

Con estas modificaciones a la Constitución General de la República se dio por terminado con aproximadamente 63 años de armonía, los años de la ciencia penal mexicana en reposo.

Debido a lo novedoso de esas reformas empezaron los problemas sobre todo en la Procuraduría General de la República, por eso mientras se modificaban las leyes penales secundarias sustantivas y procesales, se elaboró un instructivo que sirvió como guía a los órganos de procuración y administración de justicia en la elaboración de sus resoluciones; ahí se señalaban con meridiana claridad los ingredientes de aquellos "elementos del tipo penal".

Así durante los últimos meses de 1993 se elaboró un proyecto de reformas tanto a la legislación penal sustantiva como adjetiva en el que participaron servidores públicos de reconocida calidad científica procedentes tanto de la Procuraduría General de la República y su análogo del Distrito Federal, la presidencia de la república y la comisión Nacional de Derechos Humanos, proyecto que se publicó en el Diario Oficial de la Federación de 10 de enero de 1994, apareciendo las reformas al entonces Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero común y para toda la república en materia Federal, así como Código Federal de Procedimientos Penales, reformas que entraron en vigor el primero de febrero de ese mismo año continuación sólo mencionaremos algunas reformas relacionadas al precepto constitucional a estudio.

Con estas reformas a los cuerpos legales que siguieron al texto constitucional quedaba precisado, por un lado el contenido de “ los elementos del tipo penal “ y, por otro el contenido de la probable responsabilidad penal “ así como el método para el estudio y acreditación de uno y otro.

Debido a las dificultades –según se dijo- con las que se encontraba el Ministerio Público de la federación para ejercer la acción penal y obtener ordenes de aprehensión , con fecha 9 de diciembre de 1997 el ejecutivo propuso - llamémosle así- una contrarreforma constitucional, entre otros, artículos el 16 y 19 de nuestra Carta Magna en donde con algunas modificaciones “la más importante es que en el proyecto de reformas, el ejecutivo señalaba en el tercer párrafo del artículo 16, que para librar la orden de aprehensión “ existan datos que acrediten la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado” (la iniciativa de Decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, firmado por el Doctor Ernesto Zedillo Ponce de León, Presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, el 9 de diciembre de 1997, p. 13), cuestión que el Senado de la República modificó en los términos siguientes: No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y

sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado”³³⁷

Dichas modificaciones hechas por el senado de la república como cámara de origen fue aprobada y avalada por la de diputados, que entonces se constituyó en revisora, reivindicando así la añeja categoría procesal del “ cuerpo del delito” y la probable responsabilidad penal”. Esa “ contrarreforma” constitucional que reinserta

³³⁷ Senado. Gob. mx/ com_ social/inic/reforma.html,1998, p. 13.

de nueva cuenta la categoría procesal del “ cuerpo del delito “ fue publicada en el Diario oficial de la federación del 8 de marzo de 1999.

Lo que trae como consecuencia la reforma tanto del Código Federal de Procedimientos Penales como del Distrito Federal para estar en concordancia con la Constitución cuya publicación apareció el 18 de mayo de 1999.

Finalmente con el anterior resumen se determina que la reforma de legalidad de 10 de enero respecto a la libertad provisional que contiene el artículo 20 constitucional en su fracción primera establece:

La legislación local y federal:

1.- Código de Procedimientos penales para el Distrito Federal.

TITULO QUINTO.

Incidentes

SEGUNDA SECCIÓN

Incidentes de libertad

CAPITULO III

Libertad provisional bajo caución.

Art. 556. – Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa y en el proceso judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite, sí se reúnen lo siguientes requisitos:

I.- Que garantice el monto estimado de la reparación de daño; Tratándose de delitos que importen la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas a la ley Federal del Trabajo.

II.- Que garantice el monto estimado de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele.

III.- Otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de la ley se deriven a su cargo en razón del proceso; y

IV.- Que no se trate de delitos que por su gravedad estén previstos en el párrafo último del artículo 268 d este código.

2.- Código Federal de procedimientos penales.

TITULO DÉCIMO PRIMERO.

Incidentes

SECCIÓN PRIMERA

Incidentes de libertad

CAPITULO I

Libertad provisional bajo caución.

Art.- 399.- Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa o el proceso a ser puesto en libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

I.- Que garantice el monto estimado de la reparación del daño.

II.- Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;

III.- Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso; y

El cuarto precepto se reforma Diario Oficial de la federación 8 de febrero de 1999.

IV.- Que no se trate de alguno de los delitos calificados como graves en el artículo 194.

La caución a que se refiere la fracción III y las garantías a que se refiere las fracciones I y II, podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido.

1.3.3 Constitución de 3 de julio de 1996.

En esta reforma se estableció lo siguiente:

Artículo 20 constitucional. “En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

I.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público, aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria, que en su caso, puede imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional”.

Dicha reforma en materia de libertad provisional radica en haber iniciado la línea recta de conferir al juez el control de la medida precautoria, en cuanto a la fijación de la garantía y claro sobre el tema que nos interesa como lo es considerar conveniente o no de otorgar la libertad provisional. Por lo que se plantea la solución razonable que existe entre el interés del inculpado, la víctima y la sociedad.

Consecuentemente la negativa a la libertad provisional del inculpado debe ser solicitada por el Ministerio Público, en desempeño de su representación social. Aclarando que el Ministerio Público pone en movimiento la posibilidad de que el juzgador niegue la libertad provisional del inculpado.

1.3.4 La libertad Provisional como Garantía Constitucional del inculpado Artículo 20 constitucional fracción I apartado “A”

En la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en lo previsto en el artículo 20 fracción I apartado “A”. Se encuentra el fundamento constitucional de la Libertad Provisional contemplada como una Garantía Individual que beneficia a todos los individuos que habitan el territorio nacional y que se encuentran sujetos a una investigación o a un proceso penal.

A continuación se transcribe el texto a estudio en este punto de nuestro capitulado:

“...ART. 20.- En todo proceso penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley ó, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;...”³³⁸

³³⁸ Carbonell, Miguel, Leyes y Códigos de México, constitución Política de los Estados Unidos, Edt. Porrúa, Edic. 149ª, Pág. 21

Partimos nuevamente de Libertad Provisional toda vez que contempla uno de los bienes de valor humano, y también el bien más valioso que se llega a debatir en el mundo del derecho penal, principio protector de toda constitución, incluso ha llegado a los extremos de que se debe respetar la libertad de una persona que se encuentra como probable responsable de cierto delito, y que puede encontrarse dentro de la figura penal; que es la prisión preventiva, sin saber que cometió o no un delito.

Por lo anterior expuesto; en la Constitución se parte del principio en el que a una persona no se le comprueba que sea responsable, puede conservar su libertad hasta que demuestre lo contrario.

Asimismo debemos dejar claro que el artículo 20 constitucional es una garantía individual otorgada por nuestra Carta Magna a toda persona que se encuentra privada de su libertad. Es decir una persona que se encuentra sujeta a un proceso Penal.

Debemos hacer notar que la libertad provisional es temporal, toda vez el juez al dictar Sentencia definitiva y en su momento oportuna causa ejecutoria, la persona sujeta a proceso no se encontrará en la figura penal conocida como Prisión Preventiva, a razón de que la libertad provisional sustituye a la prisión preventiva y finalmente esta última es contraria a la primera, ya que son totalmente diferentes por lo siguiente:

La prisión Preventiva que la encontramos regulada en Nuestra constitución por el artículo 18 el cual señala "...Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva..." Esto para que no evadan la responsabilidad de un delito ante la justicia del cual no se ha podido determinar su culpabilidad y se pueda concluir el procedimiento, y la sociedad pueda confiar en las leyes impuestas.

También tenemos dos cuestiones a estudio dentro de la libertad provisional bajo caución en nuestro artículo a estudio y que por el momento se hará de manera breve ya que más adelante lo haremos de manera amplia:

- 1.- El momento de solicitar la libertad Provisional bajo caución.
- 2.- El otorgamiento de la Libertad Provisional bajo caución

Pero antes de analizar los puntos anteriores señalare el concepto de Libertad Provisional bajo caución:

Libertad provisional Bajo caución.- Para el autor Colín Sánchez nos dice que " Es el derecho otorgado en la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a toda persona sujeta a un Procedimiento Penal, para que previa satisfacción de los requisitos especificados en la Ley, pueda obtener el goce de su libertad"³³⁹

Para el autor González Bustamante la Libertad Provisional bajo caución la define de la siguiente forma " bajo el nombre de Libertad Provisional se conoce en

el procedimiento Penal, a la Libertad, que con carácter temporal se concede a un detenido por el tiempo que dure la tramitación del Proceso, Previa satisfacción de determinadas condiciones estatuidas en la ley.”³⁴⁰

El autor Pina Palacios Javier, la define: “Es el medio que permite obtener la libertad entre tanto se pronuncia sentencia definitiva en un proceso, mediante el empleo de una garantía que evita la sustracción a la acción de la justicia”³⁴¹

Del análisis de todas las anteriores definiciones, aun cuando dentro de las mismas existen términos de desuso o arcaicos, e incluso equivocados, podemos desprender que la Libertad Provisional Bajo caución, como su nombre lo dice, es una

³³⁹Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Edit. Porrúa, S.A 18ª Edición, México 1995.

³⁴⁰González Bustamante José, “Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano” Edt. Porrúa S.A. Edición 8, México, 1985. Pág. 298.

³⁴¹ Pina Palacios Javier. “Recursos e incidentes en Materia Procesal Penal y la Legislación Mexicana Ediciones Botas, México, 1958 Pág. 310.

libertad con efectos Provisionales, porque su duración existe en tanto la sentencia que dará fin al procedimiento adquiere la calidad de ejecutoria.

Una vez que ya mencionamos el concepto de Libertad Provisional Bajo caución analizaremos los puntos ya antes señalados en líneas anteriores.

1.- El momento de solicitar la libertad Provisional bajo caución, puede ser solicitada en todo momento es decir desde el inicio de la Averiguación Previa, hasta en tanto no se determine pronunciar sentencia y esta a su vez no haya causado ejecutoria.

2.- El otorgamiento de la Libertad Provisional bajo caución, el derecho a otorgar la libertad Provisional Bajo Caución le corresponde a todo inculcado pero también tiene sus excepciones:

a).- que el delito no sea grave, es decir que no exceda del término medio aritmético el cual se obtiene de la suma de la pena máxima y mínima de un delito y se divide entre 2 y el resultado no sea excesivo a cinco años, o de los que la en la materia señala como delitos graves.

b).- Que haya sido condenado el inculpado por delito calificado como grave, a solicitud del ministerio público.

c).- Tratándose de delitos no graves el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa por su conducta precedente o las circunstancias o características del delito, un riesgo para el ofendido o la sociedad.

Dentro de este último inciso se deben de reunir ciertos requisitos que mencionaremos más adelante ya que tendremos que entrar al estudio de los incidentes y dentro de los cuales encontramos la libertad provisional bajo caución y la estudiaremos de manera amplia.

Como ya vimos todo anteriormente la libertad provisional es una Garantía Individual, que se otorga a toda aquella persona que se encuentra privada de su libertad y sujeta a una investigación o proceso y que además busca impedir que se pierda temporalmente la libertad mientras dura el proceso, su derecho a la libertad así también salvaguardar este sagrado derecho es la finalidad más importante que se persigue.

El principio de humanidad es el que prevalece en el espíritu de la libertad provisional por ello se ha consagrado en nuestra Carta Magna como una garantía irrenunciable, y en caso de que se llegara a decretar la privación de dicha libertad, tendría que ser con los requisitos que la Ley exige.

1.5 GARANTÍAS DEL INCULPADO EN LA CONSTITUCIÓN

Dentro de las garantías del inculpado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, hay infinidad de garantías pero son tantas a favor de un inculpado que no podríamos hablar de ellas, en un solo trabajo; por tanto hablaremos de las que se encuentran contempladas en el artículo 20 constitucional fracción I apartado "A" ya que son las garantías mínimas y más importantes desde mi punto de vista para el inculpado en todo el procedimiento penal.

El interés por desarrollar este artículo es por que se encuentra regulada la libertad provisional bajo caución motivo de nuestro estudio.

El presente artículo 20 constitucional se encuentra dentro de los primeros 29 artículos conocidos y ubicados como Garantías Individuales. Y esto nos obliga a dar también una definición correcta.

Efraín Polo Bernal nos dice que, "las garantías constitucionales: en estricto sentido son los instrumentos procesales establecidos por la ley fundamental con el objeto de restablecer el orden jurídico constitucional cuando él mismo es transgredido por un órgano de autoridad del propio estado".³⁴²

En esta definición el sujeto directo e inmediato de la relación jurídica que implica la garantía individual es el propio Estado como un órgano de autoridad.

Para el Dr. Ignacio Burgoa, las Garantías constitucionales, "se traducen jurídicamente en una relación de derechos, existente entre el gobernado como persona física o moral y el estado como entidad jurídica y política con personalidad propia y sus autoridades, cuya actividad en todo caso se desempeña en ejercicio del poder y en representación de la entidad estatal". En realidad , los sujetos inmediatos y directos de la relación jurídica que implica la garantía individual están constituidos por el gobernado, por una parte, y las autoridades del Estado por otra.³⁴³

En esta definición nos explica el Ilustre maestro Burgoa que deben existir dos sujetos: el activo, que es propiamente el gobernado, es decir el que va a gozar de este derecho, y el pasivo que está constituido por el Estado y sus órganos de autoridad que son quienes están obligados a respetar éste derecho.

Por su parte, Martha Elba Izquierdo Muciño, “ las garantías constitucionales son derechos inherentes a la persona humana en virtud de su propia naturaleza y de las cosas que el Estado reconoce, respeta y protege mediante un orden jurídico y social que permite el libre desenvolvimiento de las personas de acuerdo con su vocación”.³⁴⁴

Esta definición al igual que la definición anterior deben existir 2 sujetos el pasivo que es el Estado y sus órganos de autoridad y el activo que es propiamente el gobernado quien goza del derecho a la garantía individual que es la libertad

³⁴² Polo Bernal, Efraín. Breviario de Garantías constitucionales. Editorial Porrúa, S:A México 1993 Pág. 1.

³⁴³ Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías individuales. 25ª Edición Editorial Porrúa, S.A México 1993. Pág. 166

³⁴⁴ Izquierdo Muciño, Martha Elba. Garantías Individuales, Universidad Nacional Autónoma del Estado de México, Editorial Oxford University, Press México, S.A de C.V Edición agosto 2001.Pág. 15

provisional bajo caución que se encuentra consagrada en nuestra Carta Magna.

Por su parte, Rafael de Pina Vara afirma: “Garantías Constitucionales son instituciones y procedimientos mediante los cuales la constitución política de un estado asegura a los ciudadanos el disfrute pacífico y el respeto a los derechos que en ella se encuentran consagrados”.³⁴⁵

Igualmente esta definición señala que asegura al gobernado dentro de un Estado con sus instituciones es decir que el Estado debe respetar este derecho que en ella se encuentra consagrada.

“...ART. 20.- En todo proceso penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

Fracción I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley ó, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

³⁴⁵ De Pina Vara, Rafael. Diccionario de derecho. Editorial Porrúa, S.A. México 1984. Pág. 181.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional...”

En esta fracción el inculpado tiene derecho a la Libertad Provisional bajo caución es decir para que pueda gozar de su libertad aún cuando el proceso abarca desde la averiguación previa

Fracción II. “...No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la Ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;...”

En esta fracción el inculpado no deberá ser sometido a tortura e incomunicación alguna, toda vez que la declaración del inculpado obtenida mediante la violencia física o moral, produce su inconstitucionalidad, lo que impide que tenga la categoría de prueba confesional.

Fracción III. “...Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de su 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...”

En esta fracción se hará conocer al inculpado el nombre de su acusador así como la naturaleza y causa de su acusación, dentro de esta descripción encontramos, una figura muy importante como es la declaración preparatoria, que la ubicamos dentro del periodo de preparación del proceso; denominado preinstrucción que técnicamente se inicia con el auto de radicación de la causa y concluye cuando se resuelve la situación jurídica del indiciado (artículo 19 constitucional ...) 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...”).

En términos generales durante esta etapa del procedimiento se realizan las actuaciones necesarias para determinar, los hechos que deban ser necesariamente materia del proceso y su clasificación legal, conforme al tipo penal aplicable, resolviéndose así la formal prisión o sujeción a proceso del inculpado o bien su libertad por falta de elementos.

Ahora bien para poder mencionar la figura que nos interesa en esta fracción como es la declaración preparatoria es necesario indicar tres vigencias fundamentales dentro de las cuales encontramos dicha figura a estudio y son:

I.- Auto de radicación, inicio o cabeza de proceso

II.- Declaración Preparatoria

III.- Auto de término constitucional

I.- Auto de radicación. Este auto también llamado de inicio o de cabeza de proceso es la primera resolución que dicta el órgano jurisdiccional dentro del procedimiento penal. Y con este auto se inicia la vinculación de quienes intervienen en el proceso (relación jurídica procesal), pues tanto el Ministerio Público como el inculpado y su defensor quedan sujetos desde ese momento a la potestad de un juez determinado.

Por mandato expreso de la ley el órgano jurisdiccional que reciba diligencias de averiguación previa vía consignación, tiene la obligación de radicar (incoar) inmediatamente la causa, a través precisamente del auto de radicación.

Los efectos jurídicos de éste auto dependerán esencialmente de la forma en que se haya realizado la consignación por parte del Ministerio Público, esto es con detenido y sin detenido.

II.- Declaración Preparatoria.

Para diferentes tratadistas en la materia penal la declaración preparatoria es:

Para el autor Borja Osorno “La declaración preparatoria es la primera declaración que como acusado hace una persona ante un juez. Hacemos notar que es su declaración como acusado , porque bien puede suceder que en las diligencias de Policía judicial haya declarado o bien que en el procedimiento judicial haya declarado; pero estas declaraciones no son preparatorias, no preparan la defensa, puesto que no ha declarado como acusado”.³⁴⁶

³⁴⁶ Borja Osorno, Guillermo. Derecho procesal penal. Ed. José M. Cajica Jr., S.A., Puebla, Pu., 1969. Pág. 229.

Para el penalista Colín Sánchez “La declaración preparatoria es el acto a través del cual comparece el procesado ante el órgano jurisdiccional, con el objeto de hacerle conocer el hecho punible por el cual el Ministerio Público ejercitó la acción penal en su contra para que pueda llevar a cabo sus actos de defensa, y el juez resuelva la situación jurídica dentro del término constitucional de setenta y dos horas”.³⁴⁷ Como lo establece el artículo 19 de nuestra Carta Magna.

De acuerdo a los conceptos anteriores la declaración preparatoria es la diligencia que por mandato constitucional debe efectuar el juez dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al momento en que un detenido queda formalmente a su disposición.

Ahora bien esta diligencia recibe el nombre de declaración preparatoria en virtud de que se realiza precisamente dentro del periodo denominado etapa de preparación del proceso (preinstrucción) y significa declaración preliminar, previa o anterior a el proceso.

Características de esta figura que la encontramos en el artículo 20 constitucional fracción III, son:

- 1.- Se realizará dentro de un plazo de 48 horas
- 2.- En audiencia pública
- 3.- En presencia del defensor y Ministerio Público
- 4.- Sin necesidad de coacción Física o moral alguna es decir de manera libre y espontánea.

³⁴⁷ González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho procesal penal mexicano. Ed. Porrúa, 5ª. Edición, México, 1971. Pág. 269.

- 5.- En forma oral o escrita, pudiendo el indiciado:
 - a) Redactar personalmente su declaración (en caso de declarar)
 - b) Negarse a contestar interrogatorios formulados por el juez, Ministerio Público y defensor.
 - C) negarse a declarar artículo 20, fracción II de nuestra Carta Magna.

III.- Auto de Término Constitucional (Resolución Judicial)

Definición.- El maestro Serralde define “ Es la resolución que por mandato expreso de la constitución debe dictar el órgano jurisdiccional dentro de las setenta y dos horas, siguientes, al momento en que un inculpado quede formalmente a su disposición con la finalidad esencial de resolver su situación jurídica”³⁴⁸

El Auto de término constitucional es una resolución Judicial derivada de una garantía constitucional artículo 19 de nuestra Carta Magna.

ART. 19 constitucional.- “ Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo 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...”.

Clasificación del auto de término constitucional

³⁴⁸ Serralde González, Javier Alfredo. Catedrá de Clínica de Derecho Procesal Penal,1998. Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho.

Una vez transcurrido el término constitucional de setenta y dos horas o su prórroga legal (72 horas más), el juez deberá, determinar la situación jurídica del inculpado a través de dos clases de resoluciones:

- A) Auto de Termino Constitucional de procesamiento.
- B) Auto de Termino constitucional de no procesamiento

A) Auto de Terminación Constitucional de procesamiento.- Se efectúa a través de dos tipos:

- 1.- Auto de formal Prisión
- 2.- Auto de sujeción a Proceso

I.- Auto de formal de prisión:

El autor Borja Osorno define “ La formal prisión requiere que los antecedentes que arroje la averiguación sean suficientes, no para hacer posible la responsabilidad del inculpado, entendiéndose por tal calidad no sólo de ser factible, sino que sea verosímil o que se pueda probar, que es lexicológicamente lo que significa el adjetivo probable, empleado por la Constitución en el artículo 19 “. 349

El autor Colín Sánchez define “ El auto de formal prisión es la resolución pronunciada por el juez, para resolver la situación jurídica del procesado al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, por estar comprobados los elementos integrantes del cuerpo de un delito que merezca pena corporal y los datos

suficientes para presumir la responsabilidad; siempre y cuando no éste probado a favor del procesado una causa de justificación, o que extinga la acción penal, para así determinar el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso “³⁵⁰

³⁴⁹ Borja Osorno, Guillermo. Derecho procesal penal. Ed. José M. Cajica Jr., S.A., Puebla, Pu., 1969. Pág. 245

³⁵⁰ Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos penales. Ed. Porrúa, 2ª . Edición, México, 1970. p. 289.

2.- Auto de sujeción a proceso.- para Rivera Silva “ El auto de sujeción a proceso es una resolución que se dicta cuando se estima que hay base para iniciar un proceso, por estar comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. La diferencia que tiene con el auto de formal prisión, reside en que el auto de

sujeción a proceso se dicta cuando el delito imputado no tiene señalada pena corporal”³⁵¹

El objeto principal de toda resolución de término de procesamiento ya se trate de auto de formal prisión o de sujeción a proceso es señalar el delito o delitos por los cuales necesariamente deberá seguir el proceso.

Artículo 19 constitucional párrafo III “...todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso...”

B) Auto de Término constitucional de no procesamiento.- El juez de la causa dictará cuando de las diligencias indicadas se desprendan los siguientes requisitos:

1.- Que se haya recabado la declaración preparatoria o en su caso obre constancia de que aquel no quiso (art 20 fracción II de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), o no pueda declarar.

2.- Que no existan elementos suficientes para comprobar la existencia del delito elementos del tipo o cuerpo del delito y / o acreditar la probable responsabilidad del inculpado.

3.- Que en su caso este plenamente probada a favor de aquel alguna circunstancia excluyente del delito (art. 15 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal), o que exista la acción penal (artículos 91, 93, 100 Nuevo Código Penal para el Distrito Federal).

³⁵¹ Rivera Silva, Manuel. El procedimiento penal. Ed. Porrúa, 6ª . Edición, México 1973. Pág. 173.

Se da a través de dos tipos:

- a) Auto de libertad por falta de elementos para procesar
- b) Auto de no sujeción a proceso

a) Auto de libertad por falta de elementos para procesar. En nuestro derecho, Franco Sodi explica “ Cuando al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas no están comprobados el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad, el juez, en acatamiento del 19 constitucional y de los correspondientes de las leyes adjetivas, pronunciará auto de soltura, conocido con el nombre de auto de libertad por falta de méritos. Esta resolución impide el curso de la instrucción, y produce la libertad del presunto, quien queda sujeto a una averiguación penal que es el aspecto jurídico que toma lo actuado. Para poder proceder se necesitan nuevos datos de cargo, nueva orden de aprehensión y nueva reproducción de todo el procedimiento”³⁵²

b) El auto de no sujeción a proceso.- Para el profesor Rodolfo Monarque “ Si dentro del término constitucional no se reúnen los requisitos necesarios para dictar el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, se dictará auto de libertad por falta de elementos para procesar, o de no sujeción a proceso, sin perjuicio de que pro datos posteriores de prueba se proceda nuevamente en contra del inculcado (artículo 167, CFPP; artículo 173, CPPJ).³⁵³

Fracción IV. cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez, con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del apartado B de este artículo;

³⁵² Franco Sodi, Carlos. El procedimiento penal mexicano. Ed. Porrúa, 3ª edición, México , 1946. Pp 205 a 206.

³⁵³ Monarque Ureña, Rodolfo. Derecho Procesal Esquemático, Edit, Porrúa, Edición México 2002, Pág. 63.

En esta fracción el inculcado será careado, por lo que a continuación mencionaremos que es careo.

El Careo

Toda vez que el CFPP no establece propiamente una definición de careo, citaremos textualmente lo preceptuado por el artículo 211 del CPPJ: “El careo es la diligencia entre dos personas que sostienen versiones contradictorias respecto de los hechos que se investigan o que tienen un sentido de apreciación diferente, a fin de averiguar la verdad.”

Resulta de vital importancia la presencia del juez en esta diligencia, ya que debe de observar el comportamiento de los careados: si están nerviosos, si tienen seguridad al expresarse, la inflexión en su voz, si tartamudean, si se ruborizan, etcétera; puesto que, en muchos de los casos, son estas circunstancias las que producen cierta convicción en el juzgador y dan sentido a la prueba.

CLASES DE CAREOS

Los careos se clasifican en constitucionales, procesales y supletorios

Careos constitucionales, se denominan constitucionales los careos, por que su regulación se encuentra en la fracción IV del apartado A del artículo 20 constitucional. Al hablar de las garantías del inculpado en el proceso, el referido numeral establece: “ Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez con quien deponga en su contra, salvo en la fracción V del apartado B de este artículo.”

La diferencia entre el careo constitucional y el procesal, radica en que , el primero, para que se lleve a cabo, debe solicitarlo el inculpado, y su desahogo requiere la presencia invariable de éste y de los que depongan en su contra; mientras que en el careo procesal, se practicará cuando exista contradicción sustancial en las declaraciones de dos personas (testigo-testigo, testigo- agente

aprehensor, ofendido-testigo, etcétera) pudiendo desahogarse en materia federal, de oficio o a petición de cualquier parte, y en materia local sólo a petición del órgano de defensa (artículo 265, CFPP; artículo 211, CPPJ).

La fracción V del apartado B del artículo 20 constitucional, señala que: 2 Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de delitos de violación o de secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley.”

Lo anterior constituye una excepción al derecho del inculpado a carearse con quienes depongan en su contra; sin embargo, la segunda parte de la fracción V del apartado B del artículo 20 constitucional, obliga al legislador secundario a establecer, en dichos supuestos, y en aras de no dejar en estado de indefensión al inculpado, una fórmula en la cual, sin estar cara a cara, se conforten las declaraciones contradictorias entre éste y su causador

El artículo 268 del CFPP, respectivamente regulan el careo supletorio en los siguientes términos:

“Cuando, por cualquier motivo, no pudiere obtenerse la comparecencia de alguno de los que deben de ser careados, se practicará careo supletorio, en el que se lea presente la declaración del otro y se le harán notar las contradicciones que hubiese entre esa declaración y la suya, a fin de que explique sus causas.”

Parte de la doctrina critica el careo supletorio, bajo el argumento de que, al no estar cara a cara las personas cuyos dichos son contradictorios, la prueba de sentido. Nosotros hemos encontrado una utilidad práctica y muy conveniente en esta prueba. Si, por ejemplo, el inculpado no tiene la posibilidad de exhibir las contradicciones de un testigo de cargo de vía de careo, porque es imposible su comparecencia, la única forma de que el juez lo advierta es espontáneamente al

valorar el dicho del testigo o en las conclusiones alegatos de la defensa. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que, en la valoración del testimonio, el juez puede o no advertir las contradicciones del testigo, y ni las conclusiones y ni los alegatos vinculan al juez. Contrario a ello, el careo supletorio es una prueba, y por lo tanto, si el inculpado pone de manifiesto las contradicciones de un testigo de cargo, aun en ausencia, el juez debe valorarlo ineludiblemente, bajo pena de que la sentencia sea ilegal.

Otro aspecto importante, es lo establecido en vía jurisprudencial por los TCC:

CAREOS SUPLETORIOS. VALOR DE LOS.- Al señalar la fracción VIII del artículo 189 del código de Defensa social del Estado de Puebla, respecto de los careos supletorios, que en la práctica de éstos se leerá al presente la declaración del no presente haciéndole notar las discrepancias que hubiere entre una y otra, significa que la declaración del no presente se tiene en ese momento por reproducida para que surta sus efectos legales correspondientes y puedan ofrecerse las pruebas pertinentes, es decir, le confiere valor como si el deponente se hubiere presentado a ratificar su primera declaración . (octava época. Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tomo : 54 junio de 1992. Tesis: VI.20 j/195, p. 58).

V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la Ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.

En esta fracción el inculpado puede ofrecer pruebas dentro de los términos y plazos fijados por la ley.

VI. Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que este pueda ser castigado con una pena

mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad pública exterior o interior de la Nación.

En esta fracción el inculpado tiene el derecho a ser juzgado en Audiencia Pública.

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

En esta fracción el inculpado le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa.

VIII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

En esta fracción el inculpado podrá si se trata de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, será juzgado antes de cuatro meses. Y si la pena excediere de este tiempo se juzgará entonces, antes de un año. Salvo que se necesite de mayor plazo para su defensa.

IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y,

En esta fracción el inculpado tiene derecho a una defensa adecuada por sí por abogado por persona de su confianza y a ser informado de los derechos que a su favor consigna la constitución. Es decir en ésta fracción se encierran todas las garantías contempladas en la constitución, plasmando el derecho que tiene el inculpado a ser informado desde el inicio del proceso penal de todos los derechos que le otorga la misma constitución.

X. en ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

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

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

Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.

En esta fracción el inculpado tiene derecho a que en ningún caso se prolongue la prisión o detención por motivos pecuniarios (\$); por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito materia de proceso, así como se le compute en la sentencia el tiempo que dure detenido.

1.6 Garantía de Seguridad (artículo 14 constitucional)

Las garantías individuales que salvaguardan las restricciones de la libertad física de los individuos son las garantías de seguridad y las de legalidad y cada una de ellas presenta características genéricas en particular.

Garantía de seguridad Jurídica.

Para el renombrado jurista Burgoa Orihuela las garantías de seguridad jurídica son “el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el summun de sus derechos subjetivos”.³⁵⁴ Estas garantías de seguridad jurídica las encontramos salvaguardas del artículo 14 al 23 constitucionales, en el presente capítulo nos referimos principalmente a las contempladas en los numerales 14 y 16 respectivamente. El artículo 14 constitucional es de suma importancia para la esfera jurídica del gobernado toda vez que en el mismo se contemplan las garantías de:

- a) Irretroactividad legal cuando cause perjuicio al acusado,
- b) la garantía de audiencia
- c) la garantía de legalidad de exacta aplicación de la ley en materia judicial penal, que consagra el principio de Nullum Crimen pena Sine Lege.

El autor José R. Padilla menciona “ las garantías especificadas que consagra [el artículo 14 de nuestra Carta Magna] son la de Irretroactividad de las normas (primer párrafo), la audiencia (párrafo segundo), la de exacta aplicación de la ley en materia penal (párrafo tercero) y; la de legalidad en materia judicial civil y mercantil y por extensión jurisprudencial en lo administrativo, fiscal y laboral.³⁵⁵

354 Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales, 27ª Edición, Edit. Porrúa S.A. México 1995. Pág. 504.

355 Padilla, José R, Sinopsis de Amparo, Pág. 124.

El contenido del artículo 14 constitucional señala en su párrafo primero.

“A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna...”

Esta disposición es aplicable no solo en materia penal sino en todas las materias tratándose de normas de carácter general.

Asimismo en materia penal habrá de distinguirse cuando se trata de normas de carácter sustantivo y cuando se trata de normas de carácter adjetivo.

La irretroactividad de la ley, es la base en el sistema normativo, es el cimiento para garantizar la seguridad jurídica de los individuos, es el principio que satisface los fines primordiales del derecho, el cual es la seguridad jurídica .

Ha sido muy amplia la discusión de la doctrina, numerosas las tesis de jurisprudencia que han tratado de definir el concepto de retroactividad, sin lograr un criterio preciso, por lo que se puede afirmar que un ordenamiento o su aplicación tienen carácter o efectos retroactivos cuando afectan situaciones o derechos que han surgido con apoyo en disposiciones legales anteriores, cuando lesionan efectos posteriores de tales situaciones o derechos que están estrechamente vinculados con su fuente y no pueden apreciarse de manera independiente. Sin embargo, la propia jurisprudencia ha establecido dos excepciones a dicha prohibición, es decir, tratándose de disposiciones de carácter constitucional o de naturaleza procesal; en el primer supuesto de manera ilimitada y en materia procesal que no menoscaben derechos adquiridos o etapas del procedimiento que sean consumado por la resolución.

Respecto a retroactividad de la ley se determina la siguiente jurisprudencia:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su gaceta

Tomo: I, Mayo de 1995

Tesis: 1ª ./J. 7/95

Página: 124

RETROACTIVIDAD. APLICACIÓN DE LA LEY PENAL MAS FAVORABLE. DEBE HACERSE EN EL PROCESO PENAL POR LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL ORDINARIA COMPETENTE Y NO EN EL JUICIO DE GARANTÍAS. El juicio de amparo es un medio de protección del orden constitucional contra todo acto de autoridad que agravie a cualquier gobernado; la teleología que persigue es la de proteger y preservar el régimen constitucional. Jurídicamente la acción constitucional de amparo no es un derecho de acción procesal ordinaria penal, civil, laboral o administrativa, sino que es puramente constitucional, nace directamente de la Constitución (artículo 103 y 107); va encaminada a controlar el acto de autoridad que se estima violatorio de garantías y no la ley común; no tutela los intereses que en el acto jurisdiccional ordinario se han dejado a los tribunales comunes, sino que va dirigida a hacer respetar la Ley Suprema cuando la autoridad ha rebasado sus límites. Con el amparo judicial los tribunales de la Federación, al conocer de los respectivos juicios, amplían su esfera de competencia hasta el grado de convertirse en revisores de los actos de todas las autoridades ordinarias judiciales, sin que ello implique que pueden sustituirse en funciones propias de estas últimas sino sólo hasta el limite de analizar las violaciones de procedimiento o de fondo que en su caso ellas hubieren cometido, por lo que propiamente deben estudiar el problema jurídico planteado ante este tipo de autoridades de acuerdo con las normas que rijan la materia y resulten ser aplicables en el tiempo y en el espacio, estableciendo así el consiguiente control constitucional previsto en los artículos 14 y 16 constitucionales; por ende, el juicio

de amparo, además de ser un medio de impugnación constitucional (lato sensu), es un medio de control de legalidad. Así las cosas, atendiendo a su naturaleza, las sentencias de amparo sólo deben decidir sobre la constitucionalidad del acto que se reclama y nunca sobre cuestiones cuya decisión compete a los tribunales ordinarios, sean del fuero común o fuero federal. Así, cuando un órgano jurisdiccional de amparo conoce de un acto reclamado que proviene de un proceso penal, no puede sustituirse en funciones propias de la autoridad responsable, a saber: en determinar de manera directa si una conducta es constitutiva del delito o no, declarar sobre la responsabilidad o irresponsabilidad del acusado o imponer las penas y medidas de seguridad establecidas en las leyes respectivas, pues lo único que debe de analizar es la legalidad y consecuente constitucionalidad del acto reclamado en cuanto a la aplicación exacta y puntual de la leyes adjetiva y sustantiva correspondientes por razones de materia, ámbito territorial y tiempo, **en relación con las garantías de seguridad jurídica y legalidad previstas en los artículo 14, 16, 19 y 20 de la Carta Magna.** Luego, como el juicio de garantías no es una instancia más en el proceso penal y como al juzgador constitucional de amparo no corresponde calificar ni sancionar en su caso la conducta del acusado, procesado o sentenciado, el no debe, al estudiar la constitucionalidad del acto reclamado, aplicar una ley diferente a la que estuvo en vigor al emitir dicho acto, pues de esta manera ya no estaría juzgando la conducta de la autoridad responsable, que estima violatoria de garantías, sino sustituyéndose en funciones específicas de ésta y, por ende, creando una instancia más dentro del proceso penal, con el consecuente quebrantamiento del orden jurídico y tergiversación de la esencia y los fines del juicio de amparo. No obstante a lo anterior, el que, en términos del artículo 14 constitucional y de diversas leyes sustantivas, esté permitida la aplicación retroactiva de la ley penal cuando ésta beneficie al quejoso y no se lesionen derechos de tercero, pues la aplicación de la ley debe hacerse siempre por autoridad competente y dentro del proceso penal, o el procedimiento de ejecución según corresponda, pero nunca en el juicio de garantías; lo cual no implica dejar en estado de indefensión al interesado, por que en caso de que hubiera concluido la segunda instancia, la

autoridad competente de la ejecución de las penas y medidas de seguridad, aún de oficio, deberá aplicar la ley más favorable al sentenciado.

Contradicción de Tesis 13/94. Entre las sustentadas por Tribunales Colegiados Primero y Segundo del Noveno circuito. 28 de abril de 1995. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Manuel Rojas Fonseca. Tesis De Jurisprudencia 7/95. Aprobada por la primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada celebrada el doce de mayo de mil novecientos noventa y cinco, por unanimidad de votos de los Señores Ministros: Presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga María del Carmen Sánchez Cordero.

Octava Época

Instancia: Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 86- 1, Febrero de 1995

Tesis: XXI. 1º. J/17

Página: 55

RETROACTIVIDAD DE LA LEGISLACIÓN PENAL. EN LO QUE FAVOREZCA AL REO DEBE APLICARSE LA. Si bien el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone, que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, también debe entenderse tal precepto en el sentido de que si es en beneficio del reo, se debe aplicar la nueva legislación; en tales circunstancias, el Decreto que reforma Adiciona y Deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, publicado en el Diario oficial de la Federación el día 10 de enero de 1994 y con vigencia a partir del primero de febrero siguiente, atento a lo preceptuado por el artículo Tercero Transitorio del Decreto citado, permite que se tenga en consideración lo ordenado por el artículo 56 del código punitivo en cuestión, el cual fija la aplicación de la

legislación más benéfica, lo que lleva a estimar que debe tenerse en consideración la nueva legislación y no vigente al momento en que sucedieron los hechos, por lo que todo se colige que la aplicación retroactiva de la ley en beneficio de todo sentenciado resulta ser obligatorio para las autoridades judiciales, en su caso acorde con la legislación penal ordinaria.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO

Amparo directo 254/94. Anselmo Cuajicalco Ambrosio. 4 de agosto de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Raya Arredondo. Secretario: Víctor Hugo Enríquez Pogán.

Amparo directo 292/94. mateo Nava Romero. 25 de agosto de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Joaquín de Dzib Núñez
Secretario: José Luis Vázquez Camacho.

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VII, Enero de 1998

Tesis: IV. 2º . 16 P

Página: 1124

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. SU NEGATIVA, CONFORME AL CÓDIGO PENAL VIGENTE. IMPLICA RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN PERJUICIO DEL INculpADO SI LA LEY QUE REGÍA EN LA ÉPOCA EN QUE SE COMETIÓ EL DELITO PERMITÍA EL BENEFICIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Si niega al inculpado el beneficio de la libertad provisional bajo caución, en consideración a que el Código Penal Vigente al momento en que es detenido el indiciado señala como grave el delito que se le imputa, no obstante que en la época en que presumiblemente se cometió el ilícito la ley penal permita el beneficio solicitado, es evidente la aplicación retroactiva de

la ley penal en perjuicio del quejoso y, con ello, la contravención al artículo 14 de la Constitución General de la República.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL ACUARTO CIRCUITO.

Queja 38/97. Ramón Aguilar Guevara. 10 de septiembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Rodolfo R. Ríos Vázquez.

Secretario: Enrique Morán Piña.

En el párrafo segundo este artículo constitucional establece.

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

En este párrafo segundo comprende los derechos protegidos: la vida, la libertad, propiedades, posesiones y derechos, con lo cual se abarca toda clase de privación, pudiendo destacar la relativa a la posesión, en virtud de que tutela la detención de bienes sin perjuicio de su calificación jurídica posterior a través de un proceso ordinario.

Se establece lo que se conoce como derecho o garantía de audiencia; tal derecho de audiencia en cuanto a la defensa procesal, se impone tanto al legislador como a las autoridades administrativas. A los legisladores en virtud de que deben establecer en las leyes que expidan, los procedimientos que permitan la defensa de los particulares por lo que, cuando al ordenamiento respectivo no proporcione esa oportunidad debe considerarse inconstitucional; para la autoridad administrativa, la obligación es directa para proporcionar la oportunidad de

defensa a los afectados, aún cuando la ley del acto no establezca ni el procedimiento ni las formalidades esenciales respectivos.

Es menester señalar que este derecho de audiencia es de gran valía cuando una persona ha sido privada de su libertad, pues haciendo uso de esta garantía de audiencia como un indiciado , procesado o sentenciado va a poder ser oído y vencido en juicio, así este podrá solicitar su libertad provisional bajo caución o bajo protesta; es decir mediante un juicio podrá el gobernado acudir a los tribunales en defensa de sus derechos.

El derecho de audiencia se tiene que hacer valer ante tribunales previamente establecidos siguiendo las formalidades del procedimiento, exige que todos estos factores sean regulados de acuerdo a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, lo cual comprende no solamente a los órganos del poder judicial sino a todos aquellos que tengan la facultad de decidir controversias de manera parcial, como ocurre con algunas autoridades administrativas o labores; es decir que los tribunales deben ser creados para resolver un sin número de casos y durante tiempo indeterminado.

Las formalidades esenciales del procedimiento son las que debe observar todo procedimiento no sólo judicial, sino también administrativo, para proporcionar una verdadera oportunidad de defensa a los efectos , así estos podrán solicitar se le otorgue su libertad provisional bajo caución o bajo protesta cuando procedan las mismas por medio de incidente de libertad cuando sea bajo caución y bajo protesta por medio de un incidente no especificado tal y como lo señalan las leyes adjetivas penales; Es decir las formalidades esenciales del procedimiento es el proceso adecuado, sencillo, económico, el camino indicado que responde a las características y a la idiosincrasia del país donde se establezca.

Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL TERCER CIRCUITO

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su gaceta

Tomo: II, julio de 1995

Tesis: III. 1º. A. 1K

Página: 216

AUDIENCIA, GARANTÍA DE. CORRESPONDE A LA AUTORIDAD RESPONSABLE ACREDITAR QUE RESPETO LA. Cuando el peticionario de garantías afirma que previamente a la emisión de los actos de molestia, no se le citó, ni se le oyó en defensa de sus intereses, corre a cargo de la autoridad responsable acreditar que respetó la garantía de audiencia prevista por el artículo 14 constitucional, es decir, que oyó previamente a la agraviada, pues de no hacerlo así, se le dejaría en estado de indefensión, toda vez que no está al alcance del quejoso demostrar las omisiones o hechos negativos determinantes de la inconstitucionalidad de los actos reclamados.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 27/95. María Sánchez de Dávalos y coagraviados. 22 de marzo de 1995. Mayoría de votos. Ponente: Rogelio Camarena Cortés. Disidente: Jorge Alfonso Álvarez Escoto.

Secretario: José Luis Castañeda Guajardo.

Consecuentemente a lo anterior esta garantía consiste en que en el juicio previo a cualquier privación deben observarse o cumplirse las formalidades procesales esenciales, es decir esas formalidades se encuentran en la propia naturaleza de todo procedimiento, ya que cualquier ordenamiento adjetivo que regula funciones jurisdiccionales debe por modo necesario y en aras de la índole misma de esta función, otorgar la oportunidad de defensa u oposición.

El tercer párrafo del artículo en comento establece: “en los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate”.

Por lo que hace a este tenor, este artículo constitucional prohíbe imponer pena alguna que no este establecida por una ley estrictamente aplicable al delito de que se trata, siendo esté un principio básico conocido como *nullum crimen nulla poena sine lege* (no existe crimen sin ley), siendo este párrafo un ejemplo claro de la garantía de seguridad jurídica, en el cual le señala claramente las limitaciones al juzgador para juzgar una conducta delictiva.

Las garantías consagradas en este numeral se fortalecen con las salvaguardas en el numeral 16 constitucional que a su vez también consagra garantías de legalidad, razón por la cual lo trataremos líneas adelante.

Por otra parte el artículo 20 constitucional salvaguarda la seguridad jurídica del gobernado cuando a éste se le imputa la comisión de algún ilícito, imponiendo a las autoridades correspondientes llámense Agente del Ministerio público o jueces la observancia de obligaciones y prohibiciones bajo el rubro de requisitos que se deben de cumplir en todo proceso penal. Asimismo las garantías de seguridad que se encuentran en el contenido de este numeral son las que regulan los ordenamientos procedimentales para el fuero federal y el respectivo de cada entidad federativa, tal es el caso de la libertad provisional bajo caución la cual se encuentra establecida en este artículo constitucional en su fracción primera, pero reglamentada en los Códigos Forense Federal y del Distrito Federal, señalándose en ambos los requisitos para otorgarla por parte del agente del Ministerio Público y por el juez, así como las diversas formas de cubrir la caución, y las causas de revocación sin embargo cabe señalar que en tales ordenamientos legales encontramos la regularización de la libertad provisional bajo protesta, pero no la encontramos como garantía individual dentro del artículo 20 constitucional,

siendo necesario que sea incluida en nuestra Carta Magna, toda vez que al fin de esta libertad provisional es la de evitar la prisión preventiva, principalmente cuando se trata de delincuentes primarios que han cometido delitos que por su penalidad no son considerados graves.

1.7 Garantía de Legalidad (Artículo 16 constitucional)

En México encontramos el fundamento del principio de legalidad en los artículos 14 y 16 del pacto Federal.

El artículo 14 constitucional es de suma importancia para la esfera jurídica del gobernado toda vez que en el mismo se contemplan derechos como la irretroactividad legal cuando cause perjuicio al acusado, la garantía de audiencia, la garantía de legalidad en materia judicial civil, administrativa y penal.

El párrafo segundo del artículo 14 constitucional refiere: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades , posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Este párrafo interpretado a contrario sensu, nos señala que todo individuo que se encuentre dentro del territorio nacional, para ser privado de la vida, propiedades, posesiones o derechos, tendrá que serlo a través de un juicio seguido ante los tribunales y por leyes previamente establecidas, es decir, se requiere que se reúnan cuatro requisitos esenciales para que una persona pueda ser privada legalmente de su libertad, bienes y/o derechos, siendo tales requisitos: 1) que el individuo haya realizado en el mundo fáctico (es decir el mundo en el que vivimos) probablemente una conducta ilícita; 2).- que dicha conducta este

regulada en la ley, (siendo ésta la que le da el carácter de ilícita; 3).- Que se lleve a cabo un juicio; 4) que éste sea ante un tribunal previamente establecido.

La excepción al cumplimiento de estos requisitos son la flagrancia y el caso urgente contemplados en el artículo 16 párrafos cuarto y quinto de la constitución.

La garantía de legalidad, pone al individuo a salvo de todo acto arbitrario por parte de la autoridad que afecte su esfera jurídica; para que la autoridad tenga la facultad de privar a un individuo de uno o varios de sus derechos como son libertad, bienes, posesiones, etc., primero, este sujeto, tuvo que haber realizado una conducta que se encontrara regulada en una ley; segundo, que exista un tribunal previamente creado por las leyes para juzgar, y por último que los jueces encargados de la administración de justicia determine la responsabilidad sobre el caso que les ocupe.

Los artículos 14 y 16 constitucionales son la base de todos los juicios; independientemente de la materia que se trate; siendo la ley la única fuente de derecho y obligaciones, principalmente en materia penal.

Por lo anterior es que se afirma que la ley es el único instrumento que consagra derechos y obligaciones tanto para los gobernados como para los gobernantes, siendo esta Ley la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL

Ahora analizaremos brevemente el artículo 16 constitucional respecto a la restricción de la libertad física de las personas, el cual en lo conducente establece:

“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 cause legal del procedimiento.

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

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

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

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

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

Ningún indiciado podrá ser detenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponersele a

disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos a casos que la ley prevea como delincuencia organizada .todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por ley penal...”

Es necesario ahora explicar cada uno de los párrafos anteriores.

PÁRRAFO PRIMERO ART.- 16

“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 cause legal del procedimiento.

Del contenido del numeral referido se desprende que:

El titular de esta garantía es el gobernado mismo, constituido como anotamos anteriormente por las personas físicas o morales que puedan ser afectadas en su esfera jurídica por un acto de autoridad arbitrario.

El acto de autoridad consiste en una molestia, es decir, en una perturbación o afectación a cualquiera de los bienes de los gobernados como son su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones; estos pueden ser de los siguientes tipos: actos materialmente administrativos que causen al gobernado una simple afectación o perturbación a cualquiera de sus bienes jurídicos sin importar un menoscabo, una merma o disminución de su esfera subjetiva de derecho ni un impedimento para el ejercicio de un derecho (actos de molestia en sentido lato) y actos estrictos de privación, independientemente de su índole formal o material, es decir, aquellos que produzcan una merma o menoscabo en la esfera jurídica subjetiva de la persona (actos de molestia en sentido lato).

Ahora bien, de los bienes del gobernado preservados en este artículo constitucional se encuentra su persona, sin embargo, la garantía de mayor protección que otorga el artículo 16 de nuestra constitución es la que señala que

todo acto de autoridad fundado, aquél en el cual las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite, siendo la ley misma la que les impone ciertas condiciones a los actos de molestia ejecutados por la autoridad dentro de las que tenemos:

1.- El órgano del estado del que provenga el acto, debe de estar investido con facultades expresamente consignadas en una ley o reglamento.

2.- el acto de molestia se debe prever en dicha ley o reglamento.

3.- En su sentido y alcance se debe ajustar a las disposiciones. normativas que lo rigen.

4.- El acto de molestia se debe derivar de un mandamiento escrito en el cual se expresen los preceptos legales específicos que lo apoyen.

La motivación de un acto autoritario es la adecuación que hace la autoridad respectiva de la norma general que funda el acto de molestia al caso específico, es decir la autoridad respectiva debe aducir los motivos que deben manifestarse en los hechos, circunstancias y modalidades de dicho caso para que éste se encuadre dentro de los supuestos abstractos previstos en la norma jurídica.

La trascendencia de las garantías consagradas en el artículo 16 constitucional, radica en la protección de la privación de la libertad física de una persona, la cual debe de llevarse a cabo por la autoridad competente una vez reunidos los requisitos en el señalados o darse en la circunstancias previstas en dicho numeral: la flagrancia y el caso urgente.

PÁRRAFO SEGUNDO ART.- 16

“ No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito,

sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado”.

Este párrafo tiene como efecto la privación de la libertad de un sujeto no derivada de una sentencia judicial.

La primera garantía de seguridad jurídica en materia penal de este párrafo concerniente a la orden de aprehensión consiste en que sólo puede emanar de la autoridad judicial entendida como aquel órgano estatal que forma parte del poder judicial.

La excepción en caso de delito flagrante y urgente.

La segunda garantía de seguridad jurídica consiste al referirse a la autoridad judicial nunca debe proceder de oficio y tratándose de delitos que merezcan pena privativa de libertad de un hecho que la ley señale como delito y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad del indiciado habrá lugar a la prisión preventiva.

La cuarta garantía de seguridad jurídica es la facultad que tiene el Ministerio Público es el deber de proceder denuncia o querrela y el de ejercer acción penal, que condicionan las detenciones o aprehensiones como actos preventivos.

PÁRRAFO TERCERO ART.16

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

Este párrafo consigna la obligación de la autoridad que ejecute (autoridad ejecutora la orden de aprehensión, al agente de la Policía esta bajo la autoridad y

mando inmediato del Ministerio Público, de acuerdo al artículo 21 de Nuestra Carta Magna).

PÁRRAFO CUARTO ART.- 16

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

Este párrafo al referirse a los casos de Flagrante Delito impone la obligación a la autoridad inmediata (Administrativa – policíaca) como al particular que detuvo in fraganti, de llevar al indiciado o ponerlo a disposición de la institución del Ministerio público para que actúe conforme a sus atribuciones.

Al referirse sin demora, se entiende sin trámite alguno, el particular que detuvo in fraganti participa en la determinación de la responsabilidad de manera directa con la imputación que corresponde acerca de la omisión del delito.

PÁRRAFO QUINTO ART.- 16

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

Este párrafo al referir a la palabra solo, al inicio de este y su segunda parte donde menciona, siempre y cuando no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia.

Consecuentemente los adjetivos de tiempo, lugar y circunstancia, nos conduce a concebir lugares de difícil acceso.

De esta forma, en el tiempo, el proceder legítimo del Ministerio Público, es de dieciséis horas, y la autoridad judicial en materia penal funciona diario, ocho horas, excepto los fines de semana que funciona unas horas en guardia.

Asimismo en cuanto adjetivo de lugar, como ya se dijo tratándose del Distrito Federal, es difícil su concepción.

Así, del adjetivo circunstancial de tiempo y lugar, atiende a la particularidad del acto delictuoso.

Cuando del párrafo se desprende “ separados alternativamente con la disyuntiva alternativa “o “, siendo la base una sola circunstancia para que el Ministerio Público al respecto motive su determinación.

Ahora, de la particularidad del acto delictuoso, que motiva la detención del indiciado como circunstancia, resulta el único supuesto que a la concepción subjetiva o arbitrio del agente investigador queda, y que será objeto de fundar y motivar.

En cuanto a la detención el Ministerio Público tiene el deber de fundar su resolución y expresar los indicios que motiven su proceder, que reafirma la imposición a la autoridad contenida en el párrafo primero.

Finalmente la detención por del Ministerio Público tiene por objeto evitar la sustracción del indiciado a la acción de la justicia, pero no puede no debe utilizarse para “ continuar o completar una averiguación “, pues es evidente que esta no es su finalidad.

PÁRRAFO SEXTO ART.- 16

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

Este párrafo impone el deber u obligación “ inmediata” al órgano jurisdiccional que reciba la consignación del detenido en los casos de urgencia o flagrancia, de ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Corresponde al órgano jurisdiccional como juez constitucional de cuidar y de hacer valer los lineamientos de nuestra Carta Magna y de las leyes que de ella emanen.

Por lo que el artículo 133 segunda parte de Nuestra Ley Fundamental respecto a el párrafo en estudio establece :

“ Los jueces de cada Estado se arreglaran a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

Al respecto el investigador G. Romero opina “ la constitución debe aplicarse como ley suprema del país aún a falta o pesar de las disposiciones de leyes secundarias.³⁵⁶

De esta forma el C. Juez, previo estudio determinará si la actuación de la detención fue apegada a la constitución y consta debidamente :

1) Flagrancia o;

2) Tratándose de caso urgente, si la detención fue ordenada:

- 1.- Por escrito, fundado y expresando los indicios que la acrediten.
- 2.- Se trate de Delito Grave
- 3.- Exista riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia y,
- 4.- Que el Ministerio Público no pudo ocurrir a la Autoridad Judicial por razón de la hora, lugar u otra circunstancia.

El estudio objeto de observación análisis e impugnación vía juicio de amparo, en el actuar tanto ministerial que determina la urgencia o la flagrancia así como el riesgo de sustracción a la justicia, como jurisdiccional en la calificación de dichas circunstancias por mandato constitucional.

³⁵⁶ Romero, Tequextle Gregorio, Cuerpo del Delito o elementos del Tipo, Pág. 28.

Cuando en este párrafo menciona deberá inmediatamente ratificar la detención, se entiende como previo a cualquier otro trámite o resolución. Que habrá de contenerse en el auto de radicación del asunto, por que se trata de actos, que restringen la libertad es decir privación de la libertad así como el principio de inocencia contenido en el artículo 14 constitucional párrafo segundo, para cumplir con las formalidades del procedimiento.

En caso de flagrancia o caso urgente siempre y cuando la consignación es con detenido, y no sea conforme a la Constitución, es materia de amparo, por que se consigo fuera de la normatividad de la ley Suprema.

Contrario a lo anterior deberá inmediatamente ratificar la detención por que no puede convalidarse por el órgano jurisdiccional, y servir, para el inicio de procedimiento alguno en contra del indiciado, dado a que, aunque se observen otras garantías como la de audiencia y la de defensa.

Así la garantía de legalidad no es tolerable su inobservancia, Por lo que no es aceptable que al cambiar su situación jurídica, el amparo contra orden de aprehensión debe sobreseer al momento de tomar la declaración preparatoria al inculpado por que cambia la situación jurídica del agraviado,.

Al respecto se aplican las siguiente jurisprudencia

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su gaceta

Tomo: VI, Octubre de 1997

Tesis: XIV.2° . 63 P

Página 739

DETENCIÓN, CUANDO EL QUEJOSO ADUZCA EN LA DEMANDA DE AMPARO CUESTIONES INHERENTES A LA LEGALIDAD DEL AUTO QUE LA CALIFICA, ESTAS DEBEN SER ESTUDIADAS, AUN CUANDO SE SEÑALE COMO ACTO RECLAMADO ÚNICAMENTE EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN. El artículo 16, párrafo sexto, de la Carta Magna, dispone que en casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá, inmediatamente, ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley. En este contexto debe concluirse que es obligación del resolutor constitucional estudiar el auto que ratifica la detención del indiciado cuando éste, en la demanda de garantías, impugne cuestiones relativas a su ilegal detención o retención sufridas en la averiguación previa, independientemente de que se hubiere señalado como acto reclamado únicamente el auto de formal prisión. Ello porque en primer lugar, la demanda de amparo constituye un todo; en segundo término, en razón de que los conceptos de violación relativos a la ilegalidad detención o retención están directamente relacionados con el acuerdo emitido por el propio órgano jurisdiccional que la ratifico, y finalmente, en virtud de que las violaciones sufridas

en el citado proveído calificador no pueden estimarse irremediabilmente consumadas en términos del artículo 73, fracción X, de la ley reglamentaria del juicio de garantías.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 63/97. Luis Fernando Basora Fóstil. 14 de marzo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Amorós Izaguirre. Secretario: Gonzalo Eolo Durán Molina.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IV, Agosto de 1996, Tesis VI. 2º. 89 P, Pág. 664. de rubro: “ DETENCIÓN, PROCEDE ANALIZAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA, AUN CUANDO EXISTA AUTO DE FORMAL PRISIÓN”.

PÁRRAFO SÉPTIMO ART.- 16

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

Para que el Ministerio Público pueda integrar la averiguación previa con detenido y pueda reunir las constancias y actuaciones (documentos, dictámenes o inspecciones, etc)necesarias que acrediten el cuerpo del delito, la probable responsabilidad del indiciado. Este párrafo otorga un plazo de cuarenta y ocho horas.

Asimismo si se requiere de ampliar el plazo, en cuanto a que la indagación del cuerpo del delito no es necesario el detenido habrá de ordenarse la libertad, prefiriendo el legislador dejar en libertad al indiciado a integrar incompleta la consignación, así no se puede evitar la detención por tiempo no determinado.

Este término podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada.

PÁRRAFO OCTAVO ART.- 16

El cateo artículo 16 constitucional párrafo 8º

“ En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose, en el acto de concluirla, una acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia”.

El cateo consiste en “ el acto de penetrar en un domicilio, con o sin permiso o consentimiento de sus ocupantes, a fin de localizar a alguna persona o cosa, relacionadas con la comisión de un delito”.³⁵⁷

Las órdenes de cateo deben reunir las siguientes formalidades:

Requisitos de la orden de cateo:

a) constar por escrito, ya que un cateo ordenado verbalmente es violatorio de la tercera parte del Art. 16 constitucional.

b) Provenir de una autoridad judicial, que es la única competente para emitirla.

c) Expresar con claridad y precisión el lugar que habrá inspeccionarse, la persona o personas que se desea aprehender y los objetos que se desea encontrar.

“Al concluir la diligencia se levantará un acta en la que se asienten los datos que exige el precepto constitucional”.³⁵⁸

VISITAS DOMICILIARIAS

Diferencias entre cateo y visita domiciliaría. “El cateo es inspeccionar algún lugar, aprehender a alguna persona o buscar algún objeto; la orden restrictiva deberá precisar el sujeto y la materia del cateo. La visita domiciliaría es una diligencia que persigue únicamente cerciorarse de que “ se han cumplido los reglamentos

³⁵⁷ Emilio O. Rabasa y Gloria Caballero, Mexicano, esta es tu Constitución, 4ª Ed., cámara de Diputados del Congreso de la Unión. LI Legislatura, México, 1982, P.17

³⁵⁸ R. Padilla José. Sinopsis de amparo, 11ª. Ed. Cardenas, México, 1979, p. 144.

sanitarios y de policía “ , así como “ la exhibición de libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, lo cual se encuentra estipulado en el párrafo 11 de dicho precepto”. ³⁵⁹

El objeto de la vista domiciliaría no puede ser otro que el de exigir la exhibición de documentos para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales y cerciorarse que se han cumplido con los reglamentos administrativos, sin poder abarcar otro aspecto, tal como lo reconoce la tesis plenaria siguiente:

Novena: Época

Instancia: Pleno

Fuente: semanario Judicial de la Federación y su gaceta

Tomo: XII, septiembre de 2000

Tesis: P. CLV/2000

Página: 25

Fiscalización. La solicitud de información Pág.349 Ariel

La autora Martha Elba I. Cita a en el proyecto de Venusiano Carranza se facultaba a la autoridad administrativa para practicar visitas domiciliarias con la finalidad de cerciorarse autoridad competente para emitir la orden de visita, puede ser expedida por una autoridad administrativa, a diferencia de la orden de cateo, que sólo puede expedir un juez o tribunal

La Segunda Sala de la Suprema Corte estableció que para que una orden de visita cumpla con lo dispuesto en el Art. 16, debe reunir los siguientes requisitos:

1. Constar en mandamiento escrito.
2. Ser emitida por autoridad competente.

³⁵⁹ Burgoa Orihuela Ignacio. Las Garantías Individuales, 17^a . Ed., Porrúa, México, 1983, P. 620

3. Expresar el nombre de la persona respecto de la cual se ordena y el lugar que ha de inspeccionarse.
4. Precisar el objeto que persigue la vista.
5. Cumplir con los demás requisitos que fijen las leyes de la materia...

Art. 16 párrafo 13 a la letra establece. En tiempo de paz ningún miembro del ejercito podrá alojarse en casa particular, contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna...³⁶⁰

Este precepto otorga facultades a los ciudadanos para oponerse a cualquier intento de ocupación que pretendiera hacer la milicia en sus hogares, lo que se

corroborar con la garantía de seguridad jurídica que a su vez reconoce la constitución en el artículo 5º., párrafos 1º y 2º., pues impide que cualquier miembro del Ejército, en tiempo de paz, obligue a las personas a prestar trabajos de cualquier especie sin voluntad.

En tiempo de guerra un militar no puede exigir el cumplimiento de prestaciones y donaciones gratuitas y obligatorias a ningún ciudadano, si previamente no ha sido dictada la ley marcial, que aun en casos de emergencia debe existir.³⁶¹

³⁶⁰ Constitución comentada, Ed. 13ª, Edt. UNAM y Porrúa, México, 1999, P. 126

³⁶¹ Burgoa Orihuela Ignacio. Las Garantías Individuales, 17ª. Ed., Porrúa, México, 1983, P. 621

2 INCIDENTES

2.1 Incidentes

El autor López Betancourt señala “Etimológicamente, pueden considerarse dos orígenes: por un lado el vocablo latino incidere, que se refiere a sobrevivir, acaecer, ocurrir, o a cortar, interrumpir, suspender; y por otro, puede ubicársele también en el latín incido, incidens, concerniente a su carácter accesorio.³⁶²

Los incidentes son definidos, por lo general, como cuestiones que surgen durante el procedimiento, las cuales, a pesar de su carácter accesorio, pueden interrumpirlo, modificarlo o alterarlo, por lo que guardan una estrecha relación con el asunto primordial.

Ahora señalaremos diferentes conceptos por algunos estudiosos de la materia

El estudioso en la materia Eduardo López Betancourt señala a diferentes estudiosos del derecho penal en relación al concepto y de incidentes:

El autor Rivera Silva habla de que el incidente “ es una cuestión promovida en un procedimiento, que en relación con el tema principal reviste un carácter accesorio y que , encontrándose fuera de las etapas normales, exige una tramitación especial “. Hernández pliego señala “ es una cuestión accesorio que ingresa al juicio y que teniendo íntima relación con el asunto principal, reclama, no obstante, una resolución destacada”. Hernández acero considera que incidente “es toda cuestión que surge en el proceso y, por no estar prevista y comprendida en periodos regulares, se tramita por separado, abriendo un cuadernillo en el que se contendrán las actuaciones y la sentencia interlocutoria que le pone fin al incidente”.

³⁶² López Betancourt, Eduardo. Derecho procesal penal. Edit. Iure editores S.A de C.V, Edición 2002 México. Pág. 254.

Para el autor Colín Sánchez, son simplemente “obstáculos que surgen durante la secuela procedimental e impiden su desarrollo, por estar relacionados con diversos aspectos sobre los cuales versa el proceso, y que es necesario resolverlos para que en el momento oportuno se pueda definir la pretensión punitiva estatal”. ³⁶³

2.2 Incidentes de Libertad provisional (Regulados por el Código de procedimientos penales del Distrito Federal)

El título undécimo del Código Federal de procedimientos penales se refiere a los incidentes, y en él se establece una clasificación como sigue:

a) Incidentes de libertad, entre los cuales está la libertad provisional bajo caución, la libertad provisional bajo protesta y la libertad por desvanecimiento de datos.

b) incidentes diversos, como sustanciación de las competencias, impedimentos, excusas, recusaciones suspensión del procedimiento, acumulación y separación de autos, y reparación del daño exigible a personas distintas del inculcado.

c) Incidentes no especificados, es decir, aquellos cuya tramitación no está definida en el código.

Aunados a esta clasificación meramente legislativa, existen numerosos criterios de clasificación. El autor Silva Silva especifica lo siguiente:

“a) En atención al ritual. Los incidentes son generales o específicos. Generales, cuando el procedimiento es común, y específicos cuando el

363 López Betancourt, Eduardo, Ob, Cit., Págs. 253-254.

procedimiento está especialmente establecido para solucionar determinadas cuestiones.

b) Por el efecto que produce su simple planteamiento. Los incidentes son de previo y especial pronunciamiento, en el caso de que represente un obstáculo para la continuación del proceso principal, o simplemente son de simultánea

tramitación, al tramitarse simultánea o paralelamente al proceso principal; vale decir que su tramitación no obstaculiza la marcha del proceso principal.

c) Por el momento en que se plantea. Se dice que los incidentes son previos al proceso principal. A estos últimos se les llama de ejecución. En realidad, los verdaderos incidentes son los segundos. A los primeros, Alcalá Zamora los considera procesos preliminares, y a los terceros Piña y palacios les llama incidencias, para diferenciarlos de los incidentes”.³⁶⁴

En el mismo sentido, González Bustamante apunta:

Las opiniones de los tratadistas se han dividido respecto a la forma como deben clasificarse. Algunos atienden exclusivamente a la materia. O al periodo del procedimiento en que deben ser propuestos; otros pugnan porque se atenga únicamente a la autoridad encargada de decirlos; otros consideran más doctrinario dividirlos en excluyentes de la jurisdicción. Otros más sostienen que debe atenderse a las circunstancias determinantes o no determinantes de la culpabilidad o inocencia. En nuestra opinión, es más conveniente la clasificación que se hace atendiendo al periodo del procedimiento en que pueden ser propuestos, y así observamos que pueden proponerse durante la instrucción, en el juicio o después del juicio.³⁶⁵

A continuación describiremos los puntos ya antes citado

³⁶⁴ Silva Silva, Jorge Alberto. Derecho procesal penal, “2ª ed., Colección Textos jurídicos Universitarios, Oxford University Press. México 2001. Págs. 646-647.

³⁶⁵ González Bustamante, Juan José. Principios de derecho procesal penal Mexicano, 8ª ed., Editorial Porrúa. México, 1959, Págs. 283-284.

INCIDENTES DE LIBERTAD

Incidente de Libertad Provisional Bajo Caución.

1.- Una garantía del indiciado es que durante la averiguación previa o el proceso puede ser puesto en libertad provisional bajo caución inmediatamente que lo solicite, es decir, puede evitar la prisión preventiva mientras dura el proceso, a cambio de la caución. Para ello, necesita reunir ciertos requisitos, establecidos en los art. 399 del Código Federal de Procedimientos Penales y 556 del Código de Procedimientos Penales para el distrito Federal, a saber:

a) Que la caución garantice el monto estimado de la reparación del daño. Cuando se trate de delitos que afecten la vida la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menos del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la ley Federal del Trabajo;

b) Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;

c) Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo que la ley establece en razón del proceso, y

d) Que no se trate de delitos graves.

La caución consistirá en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido.

Algunos autores no ven con buenos ojos la libertad bajo caución, pues de cierta manera posee un carácter sumamente injusto y discriminatorio; por ejemplo, Rivera Silva considera que “ un valor muy apreciado, como la libertad, sólo es sustituido por otro muy apreciado: el dinero. La situación provoca, en todos los que no tienen poder económico, una fuerte protesta con la libertad bajo caución, en la cual ven un producto fiel del pensamiento burgués”³⁶⁶

³⁶⁶ Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento penal, 23ª ed., Editorial Porrúa, México, 1994, Pág. 347

En el mismo sentido encontramos opiniones de Joseph Senna y Larry Siegel “respecto a que en Estados Unidos muchos expertos sostienen que la caución monetaria es uno de los más aceptables aspectos de la justicia penal. Es discriminatoria porque funciona contra los pobres, es costosa porque el gobierno

tiene que pagar por la reclusión de aquellos acusados imposibilitados para cubrir una fianza y en otra condición podrían estar en la comunidad. Es muy creíble que una alta proporción de sentencias condenatorias sean dadas para aquellos que en la cárcel esperan juicio, en comparación con los que disfrutan de la caución; y la detención de personas que no pueden pagar ha provocado efectos deshumanizante entre ellos.³⁶⁷

El Ministerio Público podrá solicitar al juzgador que niegue la libertad provisional del inculpado cuando éste haya sido condenado con anterioridad por algún delito grave, o cuando se considere que su libertad representa un riesgo para el ofendido o para la sociedad, basándose en su conducta precedente y en las circunstancias y características del delito cometido. Ello será principalmente cuando el inculpado sea delincuente habitual o reincidente, esté sujeto a otro u otros procesos penales anteriores en los cuales se le haya dictado auto de formal prisión por el mismo género de delitos, se haya sustraído a la acción de la justicia impidiendo con ello la continuidad del proceso penal correspondiente, o se encuentre sujeto a un procedimiento penal por delito doloso por el cual haya sido extraído, o cuando el Ministerio Público aporte cualquier otro elemento probatorio de que el inculpado se sustraerá a la acción de la justicia.

Asimismo, se podrá negar la libertad provisional al inculpado cuando exista el riesgo fundado de que cometa un delito doloso contra la víctima u ofendido, alguno de los testigos que depongan en su contra, servidores públicos que intervengan en el procedimiento o algún tercero; o se trate de delito cometido con violencia, en

³⁶⁷ Senna Joseph y Siegel Larry. Introduction Criminal Justice, West Publishing Co., St. Paul, 1981, pag. 329.

asociación delictuosa o pandilla, o el delito haya sido cometido bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Cuando se presenten algunas de esas circunstancias, el juez podrá revocar la libertad provisional, a pesar de haberla concedido con anterioridad.

La caución podrá reducirse, según lo determine el juez y lo pida el indiciado o su defensor, por alguna de las circunstancias siguientes:

- a) El tiempo que el procesado lleve privado de su libertad;
- b) La disminución acreditada de las consecuencias o efectos del delito;
- c) La imposibilidad económica demostrada para otorgar la caución señalada inicialmente, aun con pagos parciales, y
- d) El buen comportamiento observado en el centro de reclusión de acuerdo con el informe que rinda el consejo técnico interdisciplinario.

El monto de la caución, deberá ser asequible para el inculcado y para fijarla se habrá de tomar en cuenta lo siguiente:

- a) Los antecedentes del inculcado;
- b) La gravedad y las circunstancias del delito imputado;
- c) El mayor o menor interés que pueda tener el inculcado en sustraerse a la acción de la justicia;
- d) Las condiciones económicas del inculcado, y
- e) La naturaleza de la garantía que se ofrezca.

Incidente de Libertad bajo Protesta

Esta libertad constituye una garantía por medio de la cual se concede la libertad al inculpado, quien, en vez de aportar dinero para la caución, bajo protesta ante la autoridad y da su palabra de honor de que no se sustraerá a la acción de la justicia y estará presente en todos los actos de su procesamiento para los que sea requerido.

Numerosos autores coinciden en señalar que esta opción de la libertad bajo protesta, lejos de utilizarse como alternativa a la libertad bajo caución –que, constituye una especie de beneficio disponible para quienes poseen recursos económicos- no ha servido de mucho para proteger a los más desvalidos, incapaces de cumplir con una caución, pues los jueces no la otorgan con mucha facilidad.

La Libertad bajo Protesta podrá decretarse cuando se cumplan los requisitos siguientes:

- a) Que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión. Tratándose de personas de escasos recursos, el juez podrá conceder este beneficio cuando la pena privativa de libertad no exceda de cuatro años;
- b) Que el inculpado no haya sido condenado por el delito intencional;
- c) Que éste tenga domicilio fijo y conocido en el lugar donde se sigue o deba seguirse el proceso, o dentro de la jurisdicción del tribunal respectivo;
- d) Que la residencia del inculpado en dicho lugar sea de un año por lo menos;
- e) Que el inculpado tenga profesión, oficio ocupación o modo honesto de vivir, y

f) Que a juicio de la autoridad que la conceda, no haya temor de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

El inculpado será igualmente puesto en libertad bajo protesta, sin estos requisitos, cuando cumpla la pena impuesta en primera instancia, estando pendiente el recurso de apelación. Los tribunales acordarán de oficio la libertad de que se trata este artículo.

Si sólo apeló el reo, no se revocará la libertad bajo protesta, salvo que se observe que el delito merece una pena mayor de tres años.

El auto en que se conceda la libertad bajo protesta no surtirá sus efectos hasta que el inculpado proteste formalmente presentarse ante el tribunal que conozca del asunto siempre que se le ordene.

Al igual que en el caso de la libertad bajo caución, la libertad bajo protesta se revocará en los casos siguientes:

- a) Cuando el inculpado desobedeciere sin causa justa y probada la orden de presentarse al tribunal que conozca de su proceso.
- b) Cuando cometiere un nuevo delito, antes de que el proceso en que se le concedió la libertad esté concluido por sentencia ejecutoria.
- c) Cuando amenazare al ofendido o a algún testigo de los que hayan depuesto o tengan que deponer en su proceso o tratare de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos, a algún funcionario del tribunal, o al agente del Ministerio Público que intervengan en su proceso.
- d) Cuando en el curso del proceso apareciere que el delito merece una pena mayor de los tres o cuatro años según el caso.
- e) Cuando recaiga sentencia condenatoria contra el inculpado y ésta cause ejecutoria.

En nuestra legislación se habla también de la libertad sin caución alguna (art. 135 bis Código Federal de Procedimientos Penales, y 133 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal), otorgada por el Ministerio Público o por el juez, según los preceptos siguientes:

- a) Cuando el término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de tres años;
- b) Cuando no exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia;
- c) Cuando tenga domicilio fijo con antelación no mejor de un año en el lugar de la residencia de la autoridad que conozca del caso;
- d) Cuando tenga un trabajo lícito, y
- e) Que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional.

Libertad por Desvanecimiento de Datos

Este incidente se tramitará cuando en cualquier estado de la instrucción y después de dictado el auto formal de prisión se considere que han desaparecido las pruebas o datos que motivaron el auto de formal prisión, los cuales, como se mencionó en el apartado correspondiente, se refieren a la posible responsabilidad del inculpado y a la comprobación del cuerpo del delito.

INCIDENTES DIVERSOS

Acumulación y separación de procesos

El tratadista González Bustamante dice en lo atinente:

“La acumulación y separación de autos es materia de simple tramitación, cuyo estudio corresponda al derecho procesal,(...)bases que atienden a la simplificación del procedimiento penal, con el fin de que sea un solo juez el encargado de fallar en definitiva las diferentes causas que se sigan en juzgados distintos o en el mismo juzgado, sea que se trate de unidad o de pluralidad en los agentes del delito.

Acumular autos significa reunirlos todos en una sola pieza. Es una expresión que equivale a unir, juntar o agregar, y tratándose de causas criminales sólo es procedente la acumulación cuando se encuentran en estado de instrucción y provengan de tribunales del mismo fuero.

Bien se adivina la conveniencia de que las causas se acumulen , por que de esta manera se evitan los trastornos consiguientes en los procesos y, sobre todo, la división de la contingencia de la causa.

Consiste la acumulación de autos en reunir el material procesal contenido en distintas piezas en una sola, para que se resuelva por un solo juez, evitando la repetición inútil de las actuaciones. Todas las causas quedarán sujetas a una misma unidad de dirección, a un mismo control y a una tramitación única.³⁶⁸

López Betancourt respecto a la acumulación explica “Por medio de la acumulación, simplemente se juntan diversos expedientes tramitados por diversos jueces, con el fin de que se dé a una única tramitación y tengan una resolución única, con lo cual no sólo se evitará que llegue a ocurrir el absurdo de dictarse sentencias incompatibles, sino también se facilitará la realización del proceso, impidiendo la repetición de actuaciones.

La acumulación podrá llevarse a cabo en los procesos que:

- a) Se sigan contra una misma persona, de acuerdo con el concurso de delitos;

- b) se sigan en investigación de delitos conexos;
- c) Se sigan contra los copartícipes de un mismo delito, y
- d) Se sigan en investigación de un mismo delito contra diversas personas.

³⁶⁸ González Bustamante, Juan José. Principios de derecho procesal penal Mexicano, 8ª ed., Editorial Porrúa. México, 1959, Págs. 292

La acumulación no procederá en el caso de fueros diferentes; sin embargo, en caso de concurso de delitos, el Ministerio Público Federal será competente para conocer de los delitos del fuero común que tengan conexidad con delitos federales, y los jueces federales tendrán, asimismo competencia para juzgarlos.

También será competente para conocer de un asunto un juez de Distrito distinto al de lugar de comisión del delito, sin por razones de seguridad en las prisiones, atendiendo a las características del hecho imputado a las circunstancias personales del inculpado y a otras que impidan garantizar el desarrollo adecuado del proceso, el Ministerio público Federal considera necesario llevar el ejercicio de la acción penal ante otro juez”. ³⁶⁹

Reparación del Daño exigible a terceros

Este incidente se refiere a exigir la reparación del daño no al inculpado, sino a algún tercero, que pueden ser algunas de las personas siguientes:

- a) Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad;
- b) Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad;
- c) Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;

- d) Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquellos;
- e) Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros,
- f) jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio;

³⁶⁹ López Betancourt, Eduardo. Derecho procesal penal. Edit. Iure editores S.A de C.V, Edición 2002 México. Pág. 270.

- g) Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios gerentes directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan (se exceptúa de ello a la sociedad conyugal pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes por la reparación del daño que cause), y
- h) El estado solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquellos fueron culposos.

Lo anterior es a razón de que durante el proceso penal debe darse mayor relevancia a la reparación del daño causado a la víctima como una exigencia social, ya que, evidentemente, perjudicado con el ilícito –sea la sociedad o alguna persona específica- exige se le retribuya de acuerdo con las consecuencias negativas que le ha acarreado el delincuente con su conducta, las cuales pueden ser quebrantamiento de la paz pública en el caso de la sociedad, o agresiones a la integridad personal o patrimonial en el caso de las personas. La idea es que la reparación del daño sea considerada una forma de resarcir los efectos negativos del delito, tal vez siguiendo aquella vieja conseja de que “ Las penas con pan son menos”.

Incidentes no Específicos

Por incidentes no específicos nos referimos a aquellas cuestiones que intervengan en el desarrollo normal del proceso y que no estén definidas o reguladas en la legislación procesal.

El Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal establece en sus arts. 542 a 545 que los incidentes no especificados se tramitarán de la forma siguiente:

- I. Si la cuestión es de obvia resolución y las partes no solicitaren prueba, el juez resolverá de plano.
- II. Si el juez considera que las cuestiones no pueden resolverse de plano o en aquellas en que hubiere de recibirse prueba, se sustanciarán por cuerda separada de la forma siguiente: hecha la promoción, se dará vista con ella a las partes para contesten en el acto de la notificación. Si el juez lo creyere conveniente o alguna de las partes lo pidiere, citará a una audiencia que verificará dentro de los tres días siguientes. Durante este plazo, así como en la audiencia, se recibirán las pruebas. Concurran o no las partes, el juez fallará desde luego el incidente, y el fallo será apelable sólo en el efecto devolutivo.

En el ámbito federal se establece que los incidentes que, a juicio del tribunal, no puedan resolverse de plano y sean de aquellos que no deban suspender el curso del procedimiento se sustanciarán por separado y del modo siguiente: se dará vista de la promoción del incidente a las partes, para que contesten en el acto de la notificación a más tardar dentro de los tres días siguientes. Si el tribunal lo creyere necesario o alguna de las partes lo pidiere, se abrirá un término de prueba que no excederá de cinco días, después de los cuales se citará para una audiencia que se verificará dentro de los tres días siguientes. Concurran o no las partes, el tribunal fallará desde luego el incidente.

Este procedimiento deberá aplicarse en casos como el de la reposición, según lo señala textualmente el Código Federal (art. 27 bis).

2.3 Libertad provisional Bajo caución

La libertad provisional bajo caución ha sido definida por varios especialistas en la materia, entre los que se encuentran los siguientes:

El postulante Teodoro Escalona Bosada quien conceptúa: “Es la medida cautelar, que evita o suspende la privación de la libertad de un imputado, ordenada por autoridad competente, mediante el otorgamiento de una garantía, y lo sujeta a diversas obligaciones dentro del proceso penal”.³⁷⁰

El penalista Guillermo Colín Sánchez nos señala: “la libertad provisional bajo caución es el derecho otorgado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a toda persona sujeta a un procedimiento penal, para que previa satisfacción de los requisitos especificados en la ley, pueda obtener el goce de su libertad”.³⁷¹ Por su parte el jurista Díaz de León en relación a la definición del concepto de libertad provisional bajo caución refiere. “...Derecho fundamental de los procesados penalmente, establecido en la constitución del país como garantía individual, consistente en que el procesado conserve la libertad personal, mientras dura el proceso penal el otorgamiento de este derecho, normalmente, se encuentra condicionado a que el acusado otorgue fianza o caución que le señale el juez penal...”³⁷²

El investigador Alfredo Genis González Méndez define: “...libertad provisional bajo caución significa literalmente Beneficio que pueden gozar los acusados o indiciados por un delito, no sometiéndolos, durante la averiguación previa o causa penal, a prisión preventiva, es decir, poner en libertad

temporalmente al que esta preso o detenido, sometiéndolo al cumplimiento de lo pactado, en el auto que le concede la libertad. ³⁷³

³⁷⁰ Escalona Bosada, Teodoro. La Libertad Provisional Bajo Caución. México 1968. Pág. 6

³⁷¹ Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de procedimientos Penales. 18ª Edición. Editorial porrúa S.A de C.V México 1999. Pág. 668.

³⁷² Díaz de León Marco Antonio. Diccionario de Derecho procesal Penal. 2ª Edición. Editorial porrúa S.A México 1989. Pág. 1079.

³⁷³ González Méndez Alfredo Génesis. La Libertad en el Derecho Procesal penal Federal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1999, Pág.55

En el Diccionario Jurídico editado por el instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México se define a la libertad provisional bajo caución ante el Ministerio Público como: “ Libertad caucional previa o administrativa en los siguientes términos: “...Se conoce con este nombre la facultad que se otorga al Ministerio público (MP) para autorizar que permanezca en libertad el presunto responsable de un delito imprudencial o culposo, especialmente los conocidos con motivo de tránsito de vehículos, siempre que se otorgue una caución para garantizar que el inculpado estará a disposición del propio MP, o, en su caso, ante el juez de la causa ” .³⁷⁴

La libertad provisional bajo caución se puede otorgar por dos autoridades en sus respectivos ámbitos de competencia: el Representante Social y el Juez penal.

El Código Federal de Procedimientos Penales concede este derecho en sus artículos 135 y 399 cuando en síntesis dicen:

Art 135. párrafo segundo: “El Ministerio Público dispondrá la libertad del inculpado, ...cumpliendo...lo establecido por el artículo 399... para garantizar que el detenido no se sustraerá a la acción de la justicia, ni al pago de la reparación de los daños y perjuicios que pudieran ser exigidos...” Esta libertad se llama: libertad administrativa bajo caución.

ART. 399 “ Todo inculpado tendrá derecho durante la Averiguación Previa o el

proceso a ser puesto en libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, si reúne los siguientes requisitos: I.- Que garantice el monto estimado de la reparación del daño II.- Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele; III.- que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la Ley establece en razón del proceso, y IV.- que no se trate de alguno de los delitos calificados como graves en el artículo 194. La caución ... podrán consistir en deposito en efectivo, fianza, prenda hipoteca o fideicomiso formalmente constituido”.

374 Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM. Diccionario Jurídico Mexicano. 2ª Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1988. Pág. 1900.
El Código de procedimientos penales para el Distrito Federal contempla en el artículo 556 en los mismos términos

Para conceder este beneficio la autoridad administrativa (M:P) y judicial (juez), deben tomar muy en cuenta entre los requisitos ya citados, que el delito no sea grave. La gravedad del ilícito la prescribe ampliamente el artículo 194 del Código adjetivo Penal Federal Y el artículo 268 fracción I de la Adjetiva penal para el Distrito Federal también hace mención a ello.

Por la gran importancia que tiene la libertad para todos los individuos , el Congreso de la Unión consagró este beneficio en nuestra Carta Magna como garantía individual, señalándose casos y requisitos que debe cumplir el inculpado para disfrutarla, así lo podemos ver en el artículo 20, apartado A que establece: “ articulo “20. en todo proceso de orden penal el inculpado... tendrá las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

I.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder éste beneficio...

Las garantías previstas en las fracciones I,...también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan..."

Si bien nuestra Ley Suprema establece dicha fracción señala los casos en que se debe negar y al respecto establece: "Artículo 20. en todo proceso del orden penal el inculpado...Tendrá las siguientes garantías:

"Artículo 20. En todo proceso del orden penal el inculpado...tendrá las siguientes garantías:

A del inculpado:

I...En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o la sociedad..."

Así también lo establece el código Federal de Procedimientos penales en su artículo 399 bis en términos del artículo constitucional mencionado. Es importante hacer notar que el artículo 135 del mencionado Código procesal establece: "... Tratándose de delitos con motivo del tránsito de delitos, no se concederá este benéfico al inculpado que hubiese incurrido en el delito de abandono de persona o se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares..."

Si hemos dicho que el disfrute de la libertad provisional conlleva necesariamente la exhibición de una garantía que en general es la caución entraremos a su estudio ya que reviste varias modalidades.

La caución consistirá en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido.

Algunos autores no ven con buenos ojos la libertad bajo caución, pues de cierta manera posee un carácter sumamente injusto y discriminatorio; por ejemplo, Rivera Silva considera que “ un valor muy apreciado, como la libertad, sólo es sustituido por otro muy apreciado: el dinero. La situación provoca, en todos los que no tienen poder económico, una fuerte protesta con la libertad bajo caución, en la cual ven un producto fiel del pensamiento burgués”³⁷⁵

³⁷⁵ Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento penal, 23ª ed., Editorial Porrúa, México, 1994, Pág. 347.

En el mismo sentido encontramos opiniones de Joseph Senna y Larry Siegel “respecto a que en Estados Unidos muchos expertos sostienen que la caución monetaria es uno de los más aceptables aspectos de la justicia penal. Es discriminatoria porque funciona contra los pobres, es costosa porque el gobierno tiene que pagar por la reclusión de aquellos acusados imposibilitados para cubrir una fianza y en otra condición podrían estar en la comunidad. Es muy creíble que una alta proporción de sentencias condenatorias sean dadas para aquellos que en la cárcel esperan juicio, en comparación con los que disfrutaban de la caución; y la detención de personas que no pueden pagar ha provocado efectos deshumanizante entre ellos.”³⁷⁶

El Ministerio Público podrá solicitar al juzgador que niegue la libertad provisional del inculpado cuando éste haya sido condenado con anterioridad por algún delito grave, o cuando se considere que su libertad representa un riesgo para el ofendido o para la sociedad, basándose en su conducta precedente y en las circunstancias y características del delito cometido. Ello será principalmente cuando el inculpado sea delincuente habitual o reincidente, esté sujeto a otro u otros procesos penales anteriores en los cuales se le haya dictado auto de formal prisión por el mismo género de

delitos, se haya sustraído a la acción de la justicia impidiendo con ello la continuidad del proceso penal correspondiente, o se encuentre sujeto a un procedimiento penal por delito doloso por el cual haya sido extraído, o cuando el Ministerio Público aporte cualquier otro elemento probatorio de que el inculcado se sustraerá a la acción de la justicia.

Asimismo, se podrá negar la libertad provisional al inculcado cuando exista el riesgo fundado de que cometa un delito doloso contra la víctima u ofendido, alguno de los testigos que depongan en su contra, servidores públicos que intervengan en el procedimiento o algún tercero; o se trate de delito cometido con violencia, en asociación delictuosa o pandilla, o el delito haya sido cometido bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

³⁷⁶ Senna Joseph y Siegel Larry. Introduction Criminal Justice, West Publishing Co., St. Paul, 1981, pag. 329.

Cuando se presenten algunas de esas circunstancias, el juez podrá revocar la libertad provisional, a pesar de haberla concedido con anterioridad.

La caución podrá reducirse, según lo determine el juez y lo pida el indiciado o su defensor, por alguna de las circunstancias siguientes:

- a) El tiempo que el procesado lleve privado de su libertad;
- b) La disminución acreditada de las consecuencias o efectos del delito;
- c) La imposibilidad económica demostrada para otorgar la caución señalada inicialmente, aun con pagos parciales, y
- d) El buen comportamiento observado en el centro de reclusión de acuerdo con el informe que rinda el consejo técnico interdisciplinario.

El monto de la caución, deberá ser asequible para el inculcado y para fijarla se habrá de tomar en cuenta lo siguiente:

- a) Los antecedentes del inculpado;
- b) La gravedad y la circunstancias del delito imputado;
- c) El mayor o menor interés que pueda tener el inculpado en sustraerse a la acción de la justicia;
- d) Las condiciones económicas del inculpado, y
- e) La naturaleza de la garantía que se ofrezca.

El estudioso en la materia López Betancourt nos explica “Como ya se mencionó, la naturaleza de la caución quedará a elección del inculpado, quien al solicitar la libertad manifestará la forma que elige ; si no lo hace, el tribunal fijará las cantidades que correspondan a cada una de las formas de la caución.

Si se elige el depósito en efectivo, éste deberá hacerse por el inculpado o por terceras personas en la institución de crédito autorizada para ello. El certificado correspondiente se depositará en la caja de valores del tribunal, asentándose constancia de ello en autos. Cuando por razón de la hora o por ser día inhábil no pueda constituirse el depósito directamente en la institución mencionada, el tribunal recibirá la cantidad exhibida y la mandará depositar en aquélla el primer día hábil. Si el inculpado no cuenta con recursos económicos suficientes para efectuar de una sola exhibición el depósito en efectivo, el juez podrá autorizar que lo efectúe en parcialidades, respetando los preceptos siguientes:

- a) Que el inculpado tenga por lo menos un año de residir en forma efectiva en el lugar donde se siga el proceso, y demuestre estar desempeñando empleo, profesión u ocupación lícitas que le provean medios de subsistencia;
- b) Que el inculpado tenga fiador personal que, a juicio del juez, sea solvente e idóneo y dicho fiador proteste hacerse cargo de las exhibiciones no efectuadas por el inculpado. El juez podrá eximir de esta obligación, para lo cual deberá motivar su resolución;

- c) El monto de la primera exhibición no podrá ser inferior al 15% del monto total de la caución fijada y deberá efectuarse antes de que se obtenga la libertad provisional, y
- d) El inculpado deberá obligarse a efectuar las exhibiciones por los montos y en los plazos que fije el juez.

Si la caución consiste en hipoteca, el inmueble no deberá tener gravedad alguno y su valor fiscal no deberá ser menor que la suma fijada como caución, más la cantidad que el juez estime necesaria para cubrir los gastos destinados a hacer efectiva la garantía.

Si la garantía consiste en prenda, su valor de mercado deberá ser por lo menos de dos veces el monto de la suma fijada como caución. En este caso, el tribunal expedirá el certificado de depósito correspondiente.

Si se ofrece como garantía fianza personal por cantidad que no exceda del equivalente a cien veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, quedará bajo la responsabilidad del tribunal la apreciación que haga de la solvencia e idoneidad del fiador.

El fiador declarará ante el tribunal, bajo protesta de decir verdad, si ha otorgado con anterioridad alguna otra fianza judicial y, en su caso, la cuantía y circunstancias de aquélla, para que esa declaración se tome en cuenta al calificar su solvencia".³⁷⁷

Una vez que se ha concedido esa garantía, el inculpado contrae las siguientes obligaciones: presentarse ante el tribunal que conozca de su caso los días fijos que se estime conveniente señalarle y cuantas veces sea citado o requerido para ello; comunicar al tribunal los cambios de domicilio que tuviere, y no ausentarse del lugar sin permiso del citado tribunal, que no podrá concedérselo por tiempo mayor de un mes.

La garantía podrá revocarse en alguno de los supuestos siguientes:

1.- si el inculpado ha garantizado por sí mismo su libertad con depósito, prenda, hipoteca o fideicomiso:

- a) Cuando desobedeciere, sin causa justa y comprobada, las órdenes legítimas del tribunal que conozca de su asunto o no efectúe las exhibiciones dentro de los plazos fijados por el tribunal, en caso de habersele autorizado a efectuar el depósito de parcialidades;
- b) Cuando fuere sentenciado por un nuevo delito intencional que merezca pena de prisión, antes de que el expediente en que se le concedió la libertad esté concluido por sentencia ejecutoria;

³⁷⁷ López Betancourt, Eduardo. Derecho procesal penal. Edit. Iure editores S.A de C.V, Edición 2002 México. Pág. 258-259.

- c) Cuando amenazare al ofendido o a algún testigo de los que hayan depuesto o tengan que deponer en su asunto o tratare de cohechar o sobornar a alguno de estos últimos, a algún funcionario del tribunal, o al agente del Ministerio público que intervengan en el caso.
- d) Cuando lo solicite el mismo inculpado y se presente el tribunal;
- e) Cuando aparezca con posterioridad que corresponde al inculpado una pena que no permita otorgar la libertad;
- f) Cuando en el proceso cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia; y
- g) Si se llegare acreditar que para obtener la reducción el inculpado simuló su insolvencia, o que con posterioridad a la reducción de la caución recuperó su capacidad económica para cubrir los montos de las garantías inicialmente señaladas, y no restituye éstas en el plazo que el juez señale.

2.- Si un tercero ha garantizado la libertad del inculpado, se aplicarán todos los casos anteriores, además de que se revocará la garantía cuando el tercero pida que se le revele de la obligación y presente al inculpado; cuando con posterioridad se demuestre la insolvencia del fiador; o si, notificada una orden de comparecencia al tercero, éste no pudiera presentar al inculpado en un plazo hasta de 30 días.

Revocada la libertad, se mandará reaprender al inculpado.

El juez podrá devolver su depósito al procesado si se remite a éste a un establecimiento correccional o si ha sido reaprehendido; asimismo, cuando el acusado sea absuelto, se decrete el sobreseimiento en el asunto o su libertad, y en caso contrario, cuando resulte condenado y se presente a cumplir su condena.

2.4 Requisitos para obtener la Libertad Provisional Bajo caución (Código de Procedimientos penales)

Una garantía del indiciado es que durante la averiguación previa o el proceso puede ser puesto en libertad provisional bajo caución inmediatamente que lo solicite, es decir, puede evitar la prisión preventiva mientras dura el proceso, a cambio de la caución. Para ello, necesita reunir ciertos requisitos, establecidos en los art. 399 del código Federal de procedimientos Penales y 556 del Código de Procedimientos Penales para el distrito Federal, a saber:

- a) Que la caución garantice el monto estimado de la reparación del daño. Cuando se trate de delitos que afecten la vida la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menos del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la ley Federal del Trabajo;
- b) Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;
- c) Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo que la ley establece en razón del proceso, y

- d) Que no se trate de delitos graves, que se encuentren previstos en el párrafo último del artículo 268 de este Código.

Si el auto dictado en el proceso la llegara a negar, se puede volver a solicitar en cualquier instancia y por causas supervenientes en atención a que la resolución que la negó no causa estado, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 401 del código Federal de Procedimientos penales y 559 del Código procesal Penal para el Distrito Federal.

En caso de amparo, se puede solicitar dicha libertad tanto en amparo directo como indirecto de acuerdo a lo establecido en los artículos 136 y 172 de la ley de la materia.

Si al inculcado o procesado se le notifica el auto que concede la libertad provisional bajo caución, se le hace saber también que contrae las obligaciones que señalan los artículos 411 código Federal de procedimientos Penales y 567 del código procesal penal para el Distrito Federal que en síntesis ordenan:

- a).- Presentarse ante el Ministerio Público o juez cuantas veces sea requerido;
- b).-Comunicar a las mismas autoridades los cambios de domicilio que tuviere;
- c).-Presentarse ante dichas autoridades el día que se le señale de cada semana.

Si el inculcado no cumple con una o alguna de las obligaciones que en su caso oportunamente se le hicieron saber para el disfrute de este beneficio los artículos 412 y 413 del Código Federal de Procedimientos Penales; 568 y 569 del Código procesal Penal para el Distrito Federal disponen que debe revocarse dicho beneficio haciéndose efectiva la caución y ordenando la reaprehensión.

Las causas de revocación de la libertad no extinguen el derecho a obtenerla nuevamente, previo otorgamiento de nueva garantía.

2.5 Solicitud del Ministerio Público (en la que solicita se niegue la libertad provisional)

“...ART. 20.- En todo proceso del orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

Fracción I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley ó, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad...”.

En primer lugar para poder explicar por que la negación de la libertad provisional es a razón de:

1.- Por existir de manera anticipada una condena con anterioridad por delito grave.

2.- Por que el inculpado represente para la sociedad un riesgo por las características y circunstancias precedentes del inculpado y el delito.

Las observaciones anteriores dejan en estado de indefensión, al que solicita la libertad personal ya que limitan la garantía constitucional que concede dicho precepto.

A continuación como ya es tema de estudio el artículo 20 constitucional en su apartado "A" fracción I, contempla dos situaciones para que, en caso de que así lo solicite el agente del Ministerio Público, el juez pueda negar la libertad provisional del inculcado, por un delito no considerado como grave por la ley, las cuales son:

1.- cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o,

2.- Cuando aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente y por las circunstancias o características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

Consecuentemente a lo anterior analizaremos cada uno de las situaciones.

1.- Cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley

Para poder considerar la hipótesis anterior es necesario conocer que del decreto Presidencial aprobado el 25 de marzo de 1996 se desprende lo siguiente:

.-Consideran que se a incrementado el crimen organizado entre ellos narcotráfico, secuestros, asaltos etc.

.- Se ven a la tarea de crear nuevos instrumentos jurídicos para una mejor procuración de justicia.

.- El orden jurídico requiere de revisión cuidadosa para crear y adecuar disposiciones legales incluyendo a las constitucionales.

.- Consideraron que no era conveniente conceder la libertad provisional bajo caución a un rebasando el término medio aritmético de cinco años, siempre y cuando no se tratara de delito grave.

.- Se considero reformar y aplicar el beneficio de la libertad provisional bajo caución en delitos no graves, estableciendo los parámetros para otorgarla como son:

. Que no exista una condena previa por delito y cuando no este bajo proceso por la comisión de otro delito., y algo muy importante en nuestro tema a estudio, la petición que hace el Ministerio Público para se pueda negar el beneficio de la libertad basándose en la aportación de elementos.

De lo anterior se determina que se puede gozar de la libertad provisional bajo caución, para todos aquellos que cometan un ilícito siempre y cuando se reúnan los requisitos establecidos por la ley, para poder cumplir con el bien común de todos en sociedad, también se limita la garantía de libertad personal, por que es correcto el querer tener un orden o más bien el control por los hechos delictivos que se originan, pero resulta que tratándose de delitos no grave el mismo dispositivo concede tal beneficio y luego lo niegue, y con la solicitud que haga el Ministerio Público, considerando que anteriormente el inculpado fue condenado por un delito calificado como grave por la ley, se estará limitando dicho beneficio a quien en la actualidad a cometido uno no grave. Por lo que es contradictorio que si bien es cierto dicho precepto constitucional, protege de manera importante valores fundamentales de la sociedad, también genera una inseguridad para el inculpado, al prejuzgar que quizá su vida siempre será delictiva.

Diversos son los medios de prueba que el Código de Procedimientos penales para el Distrito Federal reconoce con tal carácter, a saber;

- 1.- La confesión;
- 2.- Los documentos Públicos y privados;
- 3.- Los dictámenes de peritos;
- 4.- La inspección Ministerial y la judicial
- 5.- Las declaraciones de testigos,
- 6.- Las presunciones; y
- 7.- En términos del artículo 20 constitucional, Apartado "A" fracción V, todo aquello que se ofrezca como tal, incluso aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia.

En tales condiciones, la prueba idónea para acreditar que el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley, es el que establece el artículo 135 fracción II y 230 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

La documental pública consistente; en la copia debidamente certificada de la sentencia condenatoria por un delito grave y del auto que la declare ejecutoriada.

Esta prueba es el único testimonio apropiado para acreditar que el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por ley, ya que bajo este presupuesto, no se admiten indicios, sino la prueba fehaciente de ello.

2.- Cuando aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente y por las circunstancias o características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

La prisión preventiva, se objeta principalmente en mantener en prisión, a una persona que se encuentra sujeta a proceso penal, de la que no existe la seguridad de estar en prisión preventiva. Es decir la prisión es una medida cautelar, que la realidad social exige, con la finalidad de garantizar la eficacia del enjuiciamiento penal.

Sin embargo el ordenamiento constitucional que nos ocupa, limita dicho beneficio, así es conveniente señalar los requisitos que los artículos 556 fracción IV del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 399-Bis del Código Federal de Procedimientos Penales señalan:

...” Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley ó, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad...”.

Para el efecto de establecer el riesgo para el ofendido o para la sociedad, se entiende por conducta precedente y por circunstancias características del delito cometido, según corresponda, cuando:

- a) el inculcado haya sido condenado en sentencia ejecutoriada por un delito doloso y del mismo género, siempre y cuando no haya transcurrido el término que la ley señala,
- b) el inculcado éste sujeto a otro u otros procesos penales anteriores por diversos hechos dolosos del mismo género que ameriten pena privativa de libertad;
- c) Exista el riesgo fundado de que el inculcado cometa un delito doloso contra la víctima u ofendido, alguno de los testigos que depongan en su contra servidores públicos que intervengan en el procedimiento o algún tercero, si la libertad provisional le es otorgada;

- d) El inculpado haya cometido un delito doloso en estado de alteración voluntaria de la conciencia a que se refiere la fracción VII del artículo 138 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal; o
- e) El inculpado se haya sustraído con anterioridad a la acción de la justicia impidiendo con ello la continuidad del proceso correspondiente.

A continuación se precisa , uno de los medios que deberían ser regulados en nuestra legislación procedimental dentro de la etapa de indagatoria del delito, a efecto de conceder o no el beneficio de la libertad provisional, en delitos no graves cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El fundamento legal del estudio de personalidad se encuentra en el título de aplicación de penas y medidas de seguridad en los artículos 70 y 72 del Nuevo Código penal para el Distrito Federal y 52 del Código Penal Federal:

ART. 70.- (regla general). Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales impondrán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, en los términos del artículo 72 de este Código.

ART. 72.- (criterios para la individualización de las penas y medidas de seguridad). El juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta:

- I La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla;

- II La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste 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, así 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 pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además sus usos y sus costumbres;
- VI Las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que se 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 sean 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 de hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes.

Consecuentemente el resultado será el perfil criminológico o estudio de personalidad, en éste estudio se pueden encontrar antecedentes de conductas parasociales y antisociales referidas por el individuo así como de las interacciones familiares, así “ el diagnóstico criminológico tiene como objetivo el precisar el grado de peligrosidad del sujeto en estudio...”³⁷⁸

Este estudio de personalidad sólo es aplicable durante el proceso nunca aclarando en la etapa de indagación del delito. Artículo 296- Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. “ Durante la instrucción, el tribunal el tribunal que conozca del proceso deberá tomar en cuenta las circunstancias peculiares del inculpado, allegándose datos para conocer su edad, educación e ilustración, sus condiciones económicas y las especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito; la pertenencia del inculpado, en su caso, a un grupo étnico indígena y las prácticas y características que como miembro de dicho grupo pueda tener; los demás antecedentes personales que puedan comprobarse; así como sus vínculos de parentesco, amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, que en su conjunto demuestren la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente”.

Así también encuentra sustento jurídico en el artículo 7 Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación social de Sentenciados el cual establece que “...El tratamiento se fundará en los resultados de los estudios de personalidad que se practiquen al reo, los que deberán ser actualizados periódicamente.

Se procurará iniciar el estudio de personalidad del interno desde que este quede sujeto a proceso, en cuyo caso se turnará copia de dicho estudios a la autoridad jurisdiccional de la que aquél dependa.”

Siendo importante, para el caso que nos ocupa conocer la peligrosidad ya que ella implica la probabilidad de cometer conductas antisociales de cierta gravedad, “...es el conjunto de condiciones subjetivas que autorizan un pronóstico acerca de la propensión de un individuo a cometer delito...”³⁷⁹

³⁷⁸ Rodríguez Manzanera, Luis. Criminología, 15 va. Ed, Porrúa, México, 2000, p. 421.

³⁷⁹ De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho, Apud. Rodríguez Manzanera, Luis, Penalología, 2ª . ed.,, Ed. Porrúa, México, 2000, p.122.

El punto de inicio del estudio criminológico para obtener de esta forma el índice de peligrosidad, es el ser humano, entendiendo a éste como ser biopsicosocial.

El autor G. Ruiz señala que: "...Hablar del concepto de peligrosidad, es fundamental en prisiones, no sólo para preservar la seguridad y el orden institucional, sino también para garantizar la protección de la población que puede ser víctimizada por internos altamente peligrosos, generando un clima de violencia en los establecimientos carcelarios..."³⁸⁰

Es necesario que este concepto de peligrosidad sea aplicado dentro de la etapa de averiguación previa para determinar de esta forma que el inculpado de un delito no grave, se determine si es riesgoso para la sociedad que se otorgue o no su libertad provisional, y así el Ministerio Público tenga una base científica y pueda fundar su petición o aportación de elementos para acreditar que por sus características el inculpado representa un riesgo para el ofendido o la sociedad. Para no basarnos en los tradicionales elementos que ya fueron mencionados con anterioridad, ya que el determinar el grado de peligrosidad del individuo que comete el ilícito penal es necesario en los Centros de Readaptación Social, como no ha de serlo. Y, si este concepto de peligrosidad es necesario en prisiones, cuánto no ha de serlo, para el beneficio de la libertad provisional bajo caución, con lo que se evitarían entre ellas la sobrepoblación la reincidencia así como el tener antecedentes.

Existen dos tipos de peligrosidad: 1.- Peligrosidad presunta. Son los casos en los cuales, una vez probada la realización de determinados hechos ciertos estados subjetivos del individuo, debe ordenarse la aplicación de una medida de seguridad, no debiendo el juzgador examinar la existencia o no de la peligrosidad, pues ésta se presume por el legislador. 2.- Peligrosidad comprobada. Son los casos en los cuales el juzgador no puede no aplicar medidas de seguridad, sin antes comprobar la existencia concreta de la peligrosidad del agente.

³⁸⁰ Gutiérrez Ruiz, Laura Angélica. Normas Técnicas sobre administración de prisiones, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000, Pág. 62.

Finalmente es necesario reformar la legislación sustantiva y adjetiva para que el estudio de personalidad y del cual se puede llegar a determinar el grado de peligrosidad sea aplicado en la etapa de indagatoria del delito y así el Ministerio público pueda fundar su solicitud y aporte los elementos verídicos para que a su vez el juez pueda negar el beneficio de libertad personal y de esta forma no dejar en estado de indefensión al inculpado, pues en nuestra legislación no aparece regulados los parámetros que precisen el grado de peligrosidad de un individuo, y sin embargo, el mismo debe aplicarse en la etapa de la instrucción es decir cuando el reo esta sujeto a proceso; es por ello que se considera que el Ministerio Público debe allegarse además de las pruebas que considere pertinentes, del Estudio de Personalidad pues en el, como se dejó asentado, se precisa el grado de peligrosidad y este sería uno de los elementos fundamentales para determinar que efectivamente el inculpado representa sus circunstancias y características un riesgo para el ofendido y la sociedad.

2.6 Negación de la Libertad Provisional en delitos no graves

Un principal punto por el que se niega la libertad provisional en delitos no graves.

LA REINCIDENCIA Y LA HABITUALIDAD

La reincidencia de recidere, recaer en el delito, es: "...Aquella situación penal en que incurre el delincuente que, habiendo sido juzgado y condenado en sentencia firme por un delito, comete otro u otros delitos, si los delitos cometidos con posterioridad son de diferente tipo al anterior por el cual fue sentenciado y condenado con anterioridad de cosa juzgada, a esta reincidencia se le llama genérica..."³⁸¹

³⁸¹ Díaz de León, Marco Antonio, Derecho penal Mexicano. La reforma penal de 1996, Ed. Porrúa, México, 1997, Págs. 18-19.

Por otra parte se considera delincuente habitual aquel que haya reincidido en el mismo genero de infracciones y comete un nuevo delito.

El hábito criminal es costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos, y la facilidad de realizarlos, implica ordinariamente la comisión de pluralidad de infracciones, - no de hechos delictivos-.

Así pues tanto la reincidencia como la habitualidad son dos formas en que nuestra legislación procedimental vigente ha buscado elevar las sanciones a aquellos sujetos que reiteran su actuar ilícito.

Surge así, de nueva cuenta, la crítica respecto ha si resulta adecuado limitar el beneficio de la libertad caucional tratándose de delitos no graves, cuando, el inculpado, aún siendo reincidente o habitual no ha cometido algún ilícito grave, esto es, la reincidencia o habitualidad, no siempre son indicadores de mayor peligrosidad, pues el hecho de que el delincuente reitere su actuar ilícito, no implica que la lesión a los bienes jurídicamente tutelados sea grave, pues, en sentido opuesto, puede haber primodelincuentes, cuya conducta si lesione de manera grave dichos bienes, y si la pretensión del ordenamiento constitucional es evitar que se deje en libertad a un inculpado pues su libertad “ representa por su conducta precedente un riesgo para el ofendido o para la sociedad”, consecuentemente se discurre que bajo tales supuestos no se acreditará la hipótesis constitucional.

Por lo que, si nuestra legislación procedimental vigente establece que la reincidencia será tomada en cuenta para la individualización judicial de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios o de los sustitutivos penales que la ley prevé, de igual forma, tratándose de libertad provisional, debería de contemplarse la prescripción que se aplica eventualmente en la reincidencia por lo que hace a un delito que se comete por primera vez calificado como grave, esto para efecto de retomar lo dispuesto por el artículo 20 apartado “A” fracción I y así

el juez valorando si existe reincidencia o no, y con base en la gravedad del delito por el cual se pretenda solicitar la libertad caucional pueda determinar si es procedente el otorgamiento de esta o no.

2.7 Violación a la Garantía de Defensa de el Inculpado

Nuestra Constitución asegura la debida defensa del inculpado.

De esta forma el artículo 20 constitucional en su apartado “A” del inculpado fracción IX, establece el derecho a la defensa.

“IX: Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y...”

Para ello sienta un principio de libertad que consiste en la posibilidad en que se halla el inculpado de designar a cualquier persona de su confianza para que le defienda en el proceso, o en defenderse por sí mismo.

Nuestra Ley fundamental establece que para el caso de que el inculpado no tenga defensor se le deberá designar uno de oficio para que a su vez lo pueda defender, no importando la situación económica del inculpado.

Etimológicamente, defensor proviene del latín defensoris, que significa “el que defiende o protege”; asimismo, defender denota “amparar, proteger, abogar”.

A pesar de que la constitución no establece restricciones respecto a la elección de defensor, existen en la actualidad ciertos requisitos que deben ser cubiertos. En este punto, el código Federal de procedimientos penales dispone:

Artículo 160. No pueden ser defensores los que se hallen presos ni los que estén procesados. Tampoco podrán serlo los que hayan sido condenados por alguno de los delitos señalados en el capítulo II, Título Decimosegundo del Libro II del Código penal, ni los ausentes que, por el lugar en que encuentren, no puedan acudir ante el tribunal dentro de las veinticuatro horas en que debe hacerse saber su nombramiento a todo defensor.

Fuera de los casos excluidos en el párrafo anterior el inculpado puede designar a personas de su confianza para que lo defiendan, pero en caso de que la designación no recaiga sobre quien tenga cédula profesional de licenciado en derecho o autorización de pasante, conforme a la ley que reglamente el ejercicio de las profesiones, el tribunal dispondrá que intervenga , además del designado, un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculpado en todo lo que concierne a su adecuada defensa.

Sobre lo anterior el investigador Zamora Pierce dice lo siguiente: “La posibilidad técnica de ser defensor no sólo no está abierta a cualquiera, sino que dado que el proceso penal es un sistema normativo de alto nivel de especialización técnica, sus mecanismos de comprensión y aplicación se encuentran estrictamente reservados a un grupo profesional que lo interpreta, realiza y actúa. ³⁸²

Una razón más para exigir que los defensores sean abogados es que el representante del Ministerio Público, en nuestro país, es siempre letrado; luego, se rompería la igualdad de las partes si no lo fuere el defensor”.

382 Zamora Pierce, Jesús, Garantías y proceso penal, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 1987. Págs. 172-173.

Para el autor González Bustamante dice que “ la defensa es indispensable para determinar la relación de causalidad y la imputabilidad del reo, porque de otra manera no podría mantenerse un justo equilibrio de las partes en el proceso.”³⁸³

Las facultades del defensor:

1.- Otorgar gratuita u onerosamente asesoría técnico jurídica al inculpado durante todo el procedimiento penal.

2.- Estar presente con el inculpado en todos los actos del procedimiento que se practiquen.

3.- Realizar las promociones y demás medios de defensa dentro del procedimiento que favorezcan al inculpado.

4.- Solicitar de las autoridades competentes todos los datos que sean necesarios para la defensa del inculpado.

5.- Aportar al Ministerio Público y al Juez todos los elementos de prueba de que se deponga para obtener en su caso, el no ejercicio de la acción penal así como el no procesamiento y libertad provisional: o definitiva del inculpado.

6.- Interponer los recursos procedentes contra las resoluciones que causen agravio al inculpado.

Genéricamente, se puede decir que el derecho de defenderse, es aquel que tiene el inculpado para oponerse a la acusación que obra en su contra.

Para poder comprender la violación a la garantía de defensa del inculpado es necesario mencionar el artículo 20 de nuestra Carta Magna.

“...ART. 20.- En todo proceso penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

“A” Del inculpado:

383 González Bustamante, Principios de derecho procesal mexicano, 8ª ed., editorial Porrúa, México, 1985, Pág.270

Fracción I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley ó, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad...”.

De lo anterior se desprende que tratándose de que el Agente del Ministerio pretenda solicitar se niegue la libertad provisional a el inculpado, a razón de que las circunstancias del delito cometido represente un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

Por lo que aunado a lo anterior puede decirse que es violatorio de sus garantías dado que no se le brinda al inculpado la posibilidad de conocer con antelación cuáles son esas circunstancias del delito cometido que harían que su libertad represente un riesgo.

De las facultades que tiene el defensor y de las cuales a su vez goza el inculpado se deriva la posibilidad de que a solicitud del Agente del Ministerio Público, le sea negada la libertad provisional a un inculpado aún tratándose de delitos no graves

Por lo que encontramos que cuando haya sido condenado con anterioridad por un delito grave, a razón de que el Ministerio Público se niega a que se otorgue su libertad provisional en los siguientes términos del artículo 20 constitucional en sus fracciones III Y VII apartado “A” en la que deberá ser informado de la acusación en los siguiente forma:

III. “...Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y 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...”

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

Por lo anterior expuesto cuenta con la posibilidad y tiempo suficiente de aportar los elementos de prueba pertinentes para su propósito a razón de que por acuerdo número A/008/96 del Procurador General de Justicia del Distrito Federal en su apartado.

OCTAVO.-“Los agentes del Ministerio Público consignadores, que estimen que debe negarse la libertad provisional bajo caución al inculcado, deberán remitir al Ministerio público adscrito al juzgado de que se trate, de manera simultánea al pliego de consignaciones, los razonamientos y las constancias en las cuales se apoye la petición de negativa de libertad provisional bajo caución...”

Asimismo se observa la clara desventaja para el inculcado, quien debido al sumarísimo procedimiento que se efectúa para la obtención de la libertad provisional, no se encuentra en posibilidad de ser enterado de la pretensión del Ministerio público, ni mucho menos de aportar probanza alguna que bloquee la solicitud para que le sea negada la libertad.

Consecuentemente es violatoria la garantía de defensa, que no se encuentra regulada en nuestra legislación penal, de forma justa, tanto para el Ministerio público como para el inculcado y su defensor la posibilidad de aprobar o alegar, a lo que a su intereses y necesidad compete.

De esta forma cuando el inculpado es condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley, la negativa a la libertad provisional, se justifica

Por la comisión de un ilícito cometido con anterioridad, el cual es factor indicador del grado de peligrosidad del inculpado, y como resultado la probabilidad de cometer nuevamente algún ilícito, siendo de esta forma un riesgo para la sociedad.

2.8 La facultad subjetiva del juez para otorgar o no la libertad Provisional.

La facultad subjetiva del juez, consiste en el arbitrio judicial de gran importancia que la ley otorga a el juzgador para resolver un asunto, pero al respecto analizaremos los diferentes criterios de los investigadores y tratadistas del tema:

La palabra arbitrio deriva del vocablo latino arbitrium, que significa sentencia del árbitro o poder de decidir. Probablemente aparece en el español a través del francés arbitrae, debido a que la palabra española proviene directamente de arbitratium, que significa albedrío.

El maestro Barragán Salvatierra define a el arbitrio del juez como “La facultad que se tiene de adoptar una resolución con preferencia a otra”.³⁸⁴

En términos jurídicos, se comprende por arbitrio lato sensu, la facultad de elegir entre dos o más opciones otorgadas por el ordenamiento jurídico. Stricto Sensu es la facultad concedida al juez por la norma jurídica para valorar, discrecionalmente , las diferentes circunstancias que se presentan en el desarrollo de los procesos y decidir la sanción aplicable.

El órgano jurisdiccional al hacer uso de su arbitrio judicial para dictar una sentencia definitiva tiene que tomar como base tanto la verdad histórica como la personalidad del delincuente, pero también el uso de sus conocimientos, máximas experiencias, así como eliminar cualquier perjuicio y con ello buscar un equilibrio de justicia, no sin dejar a un lado la corrupción.

³⁸⁴ Barragán Salvatierra, Carlos, Derecho Procesal Penal, ed., 2002, Ed. Mc GrawHill S.A de C.V, Pág. 462.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa especificar una cosa, tratar con particularidad y pormenor. Determinar individuos en la especie.

El autor Barragán Salvatierra en su libro Derecho procesal Penal cita diferentes opiniones de los tratadistas por ejemplo del ilustre maestro Ignacio Burgoa afirma que “ el arbitrio judicial es una especie de ventana que se abre a los tribunales de justicia para realizar del mejor modo posible la justicia del caso, que requiere, como postulado previo, la facultad discrecional de los tribunales para adaptar la sanción según las circunstancias del caso y dentro de los límites legales previamente establecidos”.

Rodríguez Manzanera señala que desde su enfoque, “el concepto de Rafael de Pina es claro y preciso (es la adaptación de la sanción penal correspondiente a las circunstancias exteriores de ejecución y a las peculiares del delincuente), debido a que individualizar significa adaptar la ejecución de una pena a las características personales del delincuente, pena que ha sido determinada por el juez tomando en cuenta , principalmente, el delito cometido y el daño causado (punición), y de acuerdo con la enunciación de la legislación correspondiente (punibilidad)”.³⁸⁵

La ley distingue las penas aplicables a cada delito en consideración a los móviles que conllevan al delincuente a realizarlo y el juez deberá de aplicarlas a partir de las circunstancias del tiempo, modo, lugar y ocasión en que fue cometido el delito y las peculiaridades del delincuente

El órgano jurisdiccional debe utilizar su arbitrio judicial para imponer sanciones que correspondan al caso concreto basadas en las conclusiones acusatorias del Ministerio público, sin rebasar las mismas, conforme el Criterio de la suprema corte en el sentido de: “ Si el juez rebasa los límites del pedimento acusatorio, cambiando los términos en que el Ministerio público haya ejercido la acción penal, viola el

385 Barragán Salvatierra, Carlos, Derecho Procesal Penal, ed., 2002, Ed. Mc GrawHill S.A de C.V, Pág. 463.

artículo 21 constitucional y el amparo debe concederse para el efecto de que el juzgador dicte una nueva sentencia.”

La facultad subjetiva del juez debe ser conforme a ciertos requisitos que la misma ley establece es decir conforme a el aumento o la disminución de la pena se funda en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor del delito.

Ahora la prisión podrá ser sustituida, a juicio del juez, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal en los siguientes términos (art 70, CPF).

- I Por trabajo a favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años .
- II. Por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de tres años.
- III. Por multa, si la prisión no excede de dos años.

La facultad subjetiva del juez para otorgar o no la libertad Provisional a el inculpado, debe encontrarse dentro de los lineamientos fijados por la ley y dentro de los limites fijados para cada delito.

ARBITRIO DEL JUEZ DEBE TENER LAS SIGUIENTES CARACTERÍSTICAS:

.- No ser irrestricto, por que debe ser conforme a la ley.

.- Ajustando su actitud con prudencia pues es una facultad que la misma ley le otorga

.- Tener observancia de los artículos 14 y 16 de nuestra Carta Magna toda vez que son garantías de gran importancia, para la determinación que tomará el juzgador para aplicar su libre arberdrío.

Toda vez que no sólo al imponer penas o medidas de seguridad sino cuando se fijen el monto de la garantía de libertad provisional.

Esto por que el Órgano jurisdiccional se encuentra facultado para determinar la forma y el monto de la caución, en el momento en que esta garantía individual sea procedente; sin embargo, el juez para hacer valer esta facultad constitucional de resolver sobre la forma y el monto de la garantía, tiene que sujetarse a determinadas circunstancias señaladas, en la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en las leyes secundarias de la materia.

El propio artículo 20 fracción I de nuestra Carta Magna hace notoria referencia en cuanto a la forma y el monto de la caución:

De esta forma el juez, debe de seguir determinados requisitos señalados por la Constitución Política de los Estados Mexicanos, para poder resolver acerca de la forma y monto de la caución, a fin de que el inculpado, pueda obtener su libertad provisional.

La autoridad judicial para poder determinar el monto de la caución, deberá valorar cuatro circunstancias específicas antes de emitir resolución respecto a la cuantía de la garantía constitucional a favor del inculpado y estas circunstancias son las siguientes:

- 1.- La naturaleza, modalidades y circunstancias del delito.
- 2.- Las características del inculpado y la posibilidad del cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo.
- 3.- -los daños y perjuicios causados al ofendido.
- 4.- La sanción pecuniaria que, en su caso pueda imponérsele al inculpado.

Por lo anterior señalado nos damos cuenta que el juzgador al aplicar su criterio se deberá sujetarse a determinadas circunstancias señaladas en nuestra Carta Magna y en las leyes secundarias de la materia.

Consecuentemente a lo anterior observamos que el arbitrio judicial del juzgador deberá resolver conforme a lo establecido y no salir de los lineamientos que la misma ley le otorga por que entonces se estaría resolviendo conforme a sus propios intereses y no a favor de la sociedad y en este caso del inculpado.

Por lo que el juzgador tomará en cuenta: para poder otorgar la libertad provisional del inculpado lo siguiente:

- 1.- Las circunstancias exteriores de ejecución.
- 2.- Las circunstancias peculiares del delincuente. (Edad, nivel de educación, costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales).
- 3.- La magnitud del daño causado al bien jurídico tutelado o del peligro a que hay sido expuesto.
- 4.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla.
- 5.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como de su calidad y la de la víctima u ofendido.
- 6.- Los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir.
- 7.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido.

Ahora bien, de lo anterior se desprende que al no existir normatividad procedimental aplicable que regule la negativa a libertad provisional a un inculpado cuando solicite el Agente del Ministerio Público, se niegue la libertad provisional tratándose de delitos no graves, y el juez niegue la libertad provisional aun inculpado, debe aplicarse el criterio arbitrio judicial que la ley otorga al Órgano Jurisdiccional.

Así, el juzgador bajo el principio de legalidad, deberá fundar y motivar su resolución, resolviendo si procede o no negar la libertad bajo caución, pero esta determinación la hará atendiendo sobretodo a esta facultad subjetiva que la ley confiere a los jueces, confiando en que son concededores del derecho, que su criterio jurídico debe ser imparcial y que buscarán el equilibrio entre la pretensión punitiva que ejerce el Ministerio Público, y las garantías que la ley dedica a los inculpados.

Sin embargo, precisamente por ser subjetiva esta facultad, no deberán afectarle al juez a actuar o dejar de hacerlo de cierta forma, por lo que hacer uso de ella, el juzgador puede hacer a un lado su sano juicio, e inclinar su actuar debido a conveniencia, presiones o simplemente el ánimo que le prive en ese momento.

Por ello es conveniente limitar esa facultad discrecional, para que en los casos que sea necesario, se pueda ejercer todo el rigor de la ley, pero, también debe preverse, que en caso de que el inculpado no sea peligroso, y el daño causado no sea grave, no sea restringida la garantía de libertad provisional de los presuntos responsables de un ilícito, por el simple capricho de una autoridad.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En nuestra Carta Magna, se consagran las Garantías Individuales de donde se desprende una de las mas importantes y preciadas por el hombre como lo es la de libertad.

SEGUNDA.- Dentro de las garantías formales, que imponen al poder público revestir sus actos con determinados requisitos sacramentales para que sean validos, se encuentran las de seguridad jurídica.

TERCERA.- En los artículos 14 al 23 de la Norma Suprema, se contempla dicha garantía de seguridad jurídica, siendo en el numeral 20 en el que se tutela la libertad personal, al consagrar las garantías del acusado.

CUARTA.- Mediante el juicio de amparo se hacen efectivas las llamadas garantías individuales, entre ellas, la de libertad personal de los gobernados.

QUINTA.- La garantía constitucional de un inculpado de gozar de la libertad provisional se encuentra consagrada en el artículo 20 de nuestra Carta Magna fracción I apartado "A". La cual deberá otorgarse inmediatamente que la solicite aquel, siempre y cuando no se trate de delito grave.

SEXTA.- No obstante lo manifestado en las conclusiones precedentes, se observa una contradicción al conceder a el Ministerio Público la facultad de solicitar al juzgador niegue la libertad del inculpado, aún tratándose de delito no grave, cuando aquel haya sido condenado con anterioridad por algún ilícito grave.

SÉPTIMA.- En base a lo manifestado en la conclusión que antecede, de que con la sola solicitud del Ministerio Público el juez niegue la libertad del inculpado,

se están afectando las garantías individuales de los gobernados como lo es el de la libertad provisional bajo caución.

OCTAVA.- Por lo que, si bien es cierto, que lo expuesto en el artículo 20 constitucional aludido constituye una garantía para el inculpado, deja de serlo cuando con la sola solicitud del Ministerio Público, se otorga la facultad al juzgador de resolver se niegue la libertad provisional, lo que se establece que entonces no es una garantía individual, sino todo lo contrario, constituye una condición de libertad, violatoria de la Constitución por que se esta prejuzgando, restringiendo su libertad personal antes de ser oído y vencido en juicio.

NOVENA.- Analizando la parte conducente del numeral 20 de nuestra Carta Magna, respecto a que el Ministerio Público aporte elementos al juez para que éste niegue la libertad individual, no debe considerarse la conducta precedente o las circunstancias y características del ilícito cometido con anterioridad, si no tomar en cuenta la aplicación y estudio de la personalidad, pues de ello se obtiene la peligrosidad en grado, de aquel que cometió la conducta delictiva no grave y así poder determinar acertadamente que dicho sujeto representa un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

DÉCIMA.- Partiendo de la preocupación en relación a que el Ministerio Público aporte elementos para no conceder la libertad personal, no se determina ni precisa en nuestra legislación procedimental penal, para que dentro de la etapa indagatoria del ilícito penal no grave, se aplique el estudio de personalidad para obtener la peligrosidad en grado, por lo que resulta injustificado la sola aportación tradicional de elementos para restringir la garantía de libertad.

DÉCIMA PRIMERA.- De ahí, que si prevalece la facultad del Ministerio Público para solicitar o aportar elementos al juzgador para negar la libertad, aún en delitos no graves, porque el inculpado representa un riesgo para el ofendido o para la sociedad, no se tutela la garantía de defensa del inculpado, pues esta a

merced de que la propia autoridad acusadora alegue en contra del detenido, sin que este tenga la mínima oportunidad de defenderse.

DÉCIMA SEGUNDA.- La facultad otorgada al Ministerio Público que se cuestiona propicia que indebidamente desde la fase de la Averiguación Previa aquel niegue la libertad provisional del acusado, aun en el caso de delito no grave, a pesar que constitucionalmente el facultado, para ello, es el juez penal de la causa.

DÉCIMA TERCERA.- Consecuentemente considero necesario reformar la propia Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación a la negativa de libertad provisional bajo caución del inculpado, por delito no grave, para que no baste la mera solicitud o aportación de elementos del Ministerio Público para negar la libertad provisional en el caso que nos ocupa para que no se restrinja la garantía más preciada para el hombre como lo es la libertad y en este caso la provisional por el simple capricho de una autoridad como lo es la acusatoria.

DÉCIMA CUARTA.- Finalmente es indispensable reformar los Códigos Penal y de Procedimientos Penales local y Federal, para poder realizar el estudio de personalidad del cual se desprende la peligrosidad en grado de una persona, esto claro dentro de la etapa de la indagatoria del delito, para satisfacer así los elementos aportados al juez de la causa, y así valore la conveniencia de restringir o no, una de las garantías más preciadas como es la libertad.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Ahrens, Enrique, curso de derecho natural, 4ª ed. México, 1876. librería de Aburet.
- 2.- Autor citado por V. Castro, Juventino. Lecciones de Garantías y Amparo.
- 3.- Avedaño López, Raúl. Comentarios a las Garantías individuales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Sista. Edición México 1991.
- 4.- Avedaño López, Raúl. Comentarios a las Garantías Individuales, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Sista. Edición México 2003.
- 5.- Ballvé Pallise, Función de la Tipicidad en la Dogmática del delito, México, 1951.
- 6.- Barragan Salvatierra, Carlos, Derecho Procesal Penal. 1ª Ed. México 1999. Editorial Mcgraw-Hill Interamericana Editore, S.A de C.V.
- 7.- Beling, Ernest Von, Esquema del Derecho penal (la doctrina del delito- tipo), trad. De Sebastián Soler a la 11ª . Edición de 1930 del libro Grundzüge des Stranfrechts (Die lehre von Tatbestand, Buenos Aires, Depalma, 1944.
- 8.- Berchermann Arizpe, Antonio, Derecho penal Mexicano. Edición 1ª 2004 México. Editorial Porrúa.
- 9.- Bettiol, Giuseppe, Diritto penal. Edición Palermo 1945. Editorial Temis.
- 10.- Bettiol, Giuseppe, Derecho Penal Parte General. Edt, Temis. Bogota 1965.

11.- Bettiol, Giuseppe, instituciones de Derecho Penal y Procesal, Ed, Bosch, Barcelona, 1977.

12.- Bobbio, Norberto, Contribución a la Teoría del derecho, Traducción de Ernesto Valdés, Bs. As., 1965, EUDEBA.

13.- Borja Osorno, Guillermo. Derecho procesal penal. Ed. José M. Cajica Jr., S.A., Puebla, Pu., 1969.

14.- Brazdresch, Luis Garantías constitucionales. Editorial Trillas. México, 1986

15.- Brazdresch, Luis. Garantías Constitucionales, curso introductorio. Editorial Trillas. Edición México 1998.

16.- Burgoa Orihuela, Ignacio. Las garantías individuales, 17ª . Ed., Porrúa, México, 1983.

17.- Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías individuales. 25ª Edición Editorial Porrúa, S.A México 1993.

18.- Candaudap Porte Petit, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho penal, Ed. 15ª México 1993. Edt. Porrúa S.a de C.V.

19.- Capella, Juan Ramón, El Derecho como lenguaje.

20.- Carabellas de Torres, Diccionario Jurídico elemental, Edit., Heliasta S.R.L

21.- Carranca y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, I, pp.185-186,4ª Edición México,1995

22.- Carbonell Miguel, Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, leyes y Códigos de México, Editorial Porrúa, Edición actualizada 149ª .

23.- Carnelutti, Francesco. Lecciones sobre el proceso penal. Ediciones jurídicas Europa- America, Buenos Aires, 1950.

24.- Castellanos Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, Edit. Porrúa, México 1991.

25.- Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales Derecho Penal. Ed. 45ª México 2004. Edt. Porrúa S.A de C.V.

26.- Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de procedimientos Penales. 18ª Edición. Editorial Porrúa S.A de C.V México 1999.

27.- Creus, Carlos, Derecho penal. Edición 4ª 1999 Buenos Aires, Editorial Astrea.

28.- Cruz, Oscar, Historia del Derecho Mexicano. Editorial Oxford. México 1998.

29.- Cuello Calon, Derecho penal, t. I, Madrid, 1955.

30.- Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal Tomo I, Bosch, Casa Editorial, S.A, Edición 18ª Barcelona.

31.- De Pina Vara, Rafael. Diccionario de derecho. Editorial Porrúa, S.A. México 1984. Pág.

32.- De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho, Apud. Rodríguez Manzanera, Luis, Penalogía, 2ª . ed.,, Ed. Porrúa, México, 2000.

33.- Del castillo, Del Valle Alberto, Garantías individuales y Amparo n Materia Penal.

34.- Delgado, Moya Rubén, Ley de amparo Comentada Ed., 2000. México Edt., Sista.

35.- De Pina Vara, Rafael. Diccionario de derecho. Editorial Porrúa, S.A. México 1984.

36.- Díaz Aranda, Enrique, Derecho penal parte general (Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría funcionalista social). Edc. 1ª México 2003. Edt. Porrúa S.A de C.V.

37.- Díaz De León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. I 2ª Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1989.

38.- Díaz de León, Marco Antonio, Diccionario de Derecho procesal penal, Tomo I, Editorial Porrúa, 4ª Edición.

39.- Elbio Dayenoff, David, Derecho penal Parte General. Edición 1ª julio 2002 Buenos Aires 2002. Editorial García Alonso.

40.- Emilio O. Rabasa y Gloria Caballero, Mexicano, esta es tu Constitución, 4ª Ed., cámara de Diputados del Congreso de la Unión. LI Legislatura, México, 1982.

41.- Escalona Bosada, Teodoro. La Libertad Provisional Bajo Caución. México 1968.

Fernández Doblado, Luis. Culpabilidad y error.

42.- Fix-Zamudio, Héctor, “ Procedimientos Penales “, en Diccionario jurídico mexicano, instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª ed., Editorial porrúa, México, 1984, t. VII.

43.- Florían,Eugenio, Elementos del Derecho Procesal Penal. Trad. Leonardo Prieto Castro, Bosch, Barcelona, s.f.

44.- Frank, Aufbau des Schuldsbegriffs, 1907, cita en Díaz pita.

45.- Franco Sodi, Carlos. El procedimiento penal mexicano. Ed. Porrúa, 3ª edición, México , 1946.

46.- García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, Edt. Porrúa S.A de C.V.

47.- García Ramírez, Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal, 5ª Ed. México 1989. Editorial Porrúa.

48.- García Ramírez, Sergio, Prontuario del Proceso penal Mexicano, Ed., 7ª . Editorial Porrúa S.A.

49.- González, Cosío Arturo, El juicio de amparo.

50.- González Bustamante, Juan José. Principios de derecho procesal mexicano, 8ª ed., Editorial Porrúa México.

51.- González Méndez Alfredo Génesis. La Libertad en el Derecho Procesal penal Federal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1999.

52.- González Quintanilla, José Arturo, Derecho Penal Mexicano, Ed, México 1991. Editorial Porrúa S.A de C.V.

53.- Gutiérrez y González, Ernesto “El Patrimonio Pecuniario y Moral Derechos de la Personalidad” Edit. M Cajica, Jn; S.A México, 1980.

54.- Gutiérrez Ruiz, Laura Angélica, Normas Técnicas sobre administración de prisiones 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

55.- Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, Traducción Francesa.

56.- Hernández Pliego, Julio, Programa de derecho Procesal Penal. Ed., 7ª , Editorial Porrúa S.A de C.V.

57.- Izquierdo Muciño, Martha Elba. Garantías Individuales, Universidad Nacional Autónoma del Estado de México, Editorial Oxford University, Press México, S.A de C.V Edición agosto 2001.

58.- Isidro Montiel y Duarte , Estudio sobre Garantías individuales, 3ª ed., Porrúa, México 1979.

59.- Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, México- buenos Aires, Hermes, 1970.

60.- López Betancourt, Eduardo, Derecho Procesal Penal. Edición 1ª 2000. Edt. Iure Editores S. A de C.V.

61.- López Betancourt, Eduardo, Derecho Procesal Penal. Ed., 1ª 2003 México. Edit., IURE Editores S.A de C.V.

62.- Los Fines del Derecho, México, UNAM, 1982.

63.- Lozano, José María, Estudio del Derecho constitucional patrio, 3ª . Ed., Porrúa, México, 1980.

64.- Martínez Licon, Dogmática del delito, México, 1953.

65.- Malo Camacho, Gustavo, Derecho penal Mexicano, Ed. 1ª 1997. Edt. Porrúa S.A de C.V.

66.- Marquez Piñeiro, Rafael, Derecho penal parte General, Ed. 3ª México 1999. Edt. Trillas.

67.- Mezger, Edmund, Tratado de Derecho penal, 2ª Ed., Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Revista de Derecho Privado 1946, t. I. también la nueva edición del t.I de 1955.

68.- Mirón, Reyes Jorge Antonio. El juicio de amparo en Materia penal, Pág. 434

69.- Monarque Ureña, Rodolfo, Derecho Procesal Esquemático, Edición 1ª 2002, Editorial Porrúa S.A de C.V.

70.- Montiel y Duarte, Isidro. Estudio sobre Garantías Individuales. Editorial Porrúa, S.A México, 1991. quinta. Edición facsimilar.

71.- Norberto Bobbio, Contribución a la Teoría del derecho.

72.- Ortiz Ramírez, serafín, Derecho constitucional mexicano, sus antecedentes históricos las garantías individuales y el juicio de amparo, Editorial, Cultura, México, 1961.

73.- Ovalle, José. Garantías constitucionales del proceso, McGraw-Hill, México, 1996,

74.- Ovilla Mandujano, Manuel. Teoría del Derecho. Editorial Duero S.A de C.V. Edición México 1990.

75.- Padilla, José R, Sinopsis de Amparo.

76.- Palomar de Miguel Juan, Diccionario para Juristas, Mayo Ediciones , México, 1981

77.- Pina Palacios Javier. "Recursos e incidentes en Materia Procesal Penal y la Legislación Mexicana Ediciones Botas, México, 1958.

78.- Polo Bernal, Efraín. Breviario de Garantías constitucionales. Editorial Porrúa, S:A México 1993

79.- Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de derecho penal. Edición 15ª México 1993. Editorial Porrúa.

80.- Rivera Silva, Manuel. El procedimiento penal. Ed. Porrúa, 6ª . Edición, México 1973.

81.- Rivera Silva, Manuel, El procedimiento penal, 23ª ed., Editorial porrúa, México, 1994.

82.- Rodríguez Manzanera, Luis. Criminología, 15 va. Ed, Porrúa, México, 2000.

83.- Rojas Caballero, Ariel Alberto. Las Garantías Individuales en México, Editorial Porrúa Edición México, 2002.

84.- Romero, Tequextle Gregorio, Cuerpo del Delito o elementos del Tipo.

85.- Ruiz Eduardo, Derecho Constitucional, UNAM, México, 1978.

86.- R. Padilla, José. Sinopsis de Amparo, 11ª. Ed. Cardenas. Edición México 1977.

87.- Serralde Gonzáles, Javier Alfredo, apuntes de Clínica de derecho Procesal penal, 13 de marzo de 1997.

88.- Silva Silva, Jorge, Derecho Procesal penal, 2ª Ed., Colección Textos Jurídicos Universitarios, Oxford University Press, México, 2001.

89.- V. Castro, Juventino, Lecciones de garantías y amparo, Porrúa, México, 1974.

90.- V. Castro Juventino Garantías y Amparo.6ª Edición. Editorial Porrúa S.A de C.V 1989..

91.- V. Castro, Juventino. Garantías y Amparo. Editorial porrúa, S.A de C.V. Edición México1998.

92.- Vallado Barrón, Fausto, Introducción al estudio del derecho.

93.- Villalobos, Ignacio, Derecho penal Mexicano. Edc. 3ª México 1975. Edt. Porrúa S.A de C.V.

94.- Vergara Tejada, José Moisés, MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL. Edición México 2002. Editorial Angel Editor.

95.- Von Liszt, Franz, Tratado de Derecho Penal, T.II, pág. 332, 2ª edición, Madrid, 1927.

96.- Zaffaroni Eugenio Raúl y Alagía Slokar Alejandro, Derecho penal Parte General, Editoral Porrúa, la Edición México 2001.

97.- Zamora Pierce, Jesús, Garantías y proceso penal, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 1987.

98.- Zavaleta, Arturo, La prisión Preventiva y la libertad provisoria, apud. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. La Crisis penitenciaria y los sustitutos de la prisión, 2ª edición, Editorial, Porrúa, México,1999.

LEYES UTILIZADAS

- 1.- Constitución Comentada, t. I, 13^a. Ed., UNAM y Porrúa, México, 1999.
- 2.- Constitución Comentada, Editorial Sista S.A de C.V. Edición México 1991.
- 3.- Constitución comentada, Ed. 13^a ,Edt. UNAM y Porrúa, México,1999.
- 4.- Constitución comentada, t. I, 13^a . Ed., UNAM y porrúa, México,1999.
- 5.- Constitución comentada, Edit. porrúa. Ed. 13^a México, 1999.
- 6.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Edit. porrúa. Ed. 150^a México, 2006.
- 7.- Código Civil para el Distrito Federal. Ed. 63^a . Edt. Porrúa S.A de C.V.
- 8.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Editorial Sista S.A 2005.
- 9.- Código Federal de Procedimientos Penales. Agenda Penal Federal 2006. Editorial ISEF.
- 10.- Código Penal Federal. Agenda Penal Federal 2006. Editorial ISEF.
- 11.- Diccionario Enciclopédico. Edición México 1994. Editorial, Espasa S.A . Tomo IV.
- 12.- Diccionario de la Universidad Nacional Autónoma de México del tomo I-0.
- 13.- Diccionario jurídico mexicano, Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1^a edición. Editorial Porrúa S.A de C.V. t.VI.
- 14.- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Diccionario Jurídico Mexicano, Vol. 4, 15^o ed., Edt, porrúa México, 2001.
- 15.- Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM. Diccionario Jurídico Mexicano. 2^a Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1988.

- 16.- 3 Leyes para el Distrito Federal, Ed. Agosto del 2005 México. Edt. Sista S.A de C.V.
- 17.- Leyes para el Distrito Federal, Edición 1ª 1999. Editorial Sista S.A de C.V.
- 18.- Ley de Amparo, Editorial Porrúa, México 1998 y 2005.
- 19.- Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Sista S.A 2005.
- 20.- Semanario Judicial de la federación. Quinta Época, t. LXI. Vol. IV, p. 3760, tesis 84 del Semanario Judicial de 1917-1985.
- 21.- Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, t. IV,
- 22.- Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, t. IV,
- 23.- Semanario judicial de la federación, CXII.
- 24.- Semanario Judicial de la federación, CXIX, p. 2887. cfr,: Semanario Judicial de la federación, XVI, P. 257. sexta época segunda parte.
- 25.- Semanario Judicial de la federación, XVI, p. 257. Sexta Época. Segunda parte.
- 26.- Semanario Judicial de la Federación, CXVII.
- 27.- Senna Joseph y Siegel Larry. Introduction Criminal Justice, West Publishing Co., St. Paul, 1981.
- 28.- Senado. Gob. mx/ com_ social/inic/reforma.html,1998.