

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR ACUERDO
NO. 3213-09, DE 16-X-1979, DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO

PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA
JESSE JIMÉNEZ ORTIZ

MÉXICO, D.F.

2007



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR ACUERDO NO.
3213-09, DE 16-X-1979, DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO

PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA
JESSE JIMÉNEZ ORTIZ

ASESOR DE LA TESIS
DR. EDUARDO VELÁZQUEZ MARTÍNEZ
CÉDULA PROFESIONAL NO. 3547957

AGRADECIMIENTOS

A DIOS.

Porque sin tí nada hubiera sido posible.

Gracias por permitirme estar en esta vida en la que nunca me has dejado solo; sé que cuento contigo y eso es suficiente para comprender que puedo lograr todo lo que me proponga.

A MIS PADRES.

Infinítamente agradecido con ustedes por haberme dado la vida y demostrarme siempre su amor.

Han sido mi principal guía y modelo a seguir; gracias por apoyarme en todo momento, por haber inculcado y fomentado en mí las virtudes más importantes como son la prudencia, la justicia, la templanza y, sobre todo, la FORTALEZA.

Cada uno, a su manera, me ha enseñado que no existe ningún problema o enfermedad que no pueda ser superado por más difícil que parezca; así que seguiré su ejemplo de tenacidad como base para lograr mis metas. Muchas gracias.

Los amo.

A MIS SOBRINOS

Alan, Iraís y Edgarito. Los quiero tanto como si fueran mis propios hijos. Pueden estar seguros que los cuidaré y apoyaré en la misma forma en que sus padres lo hicieron conmigo.

A IAN

Porque eres como mi hermano. En todos mis recuerdos estás tú. Sé del gran esfuerzo que has hecho para salir adelante y lograr cosas importantes; eres un ejemplo de superación para mí. Te quiero mucho.

A MIS ABUELITOS ADDY Y FERNANDO

Porque en mis memorias más remotas están ustedes dándome amor, cariño y un sin número de consejos valiosos. Gracias por quererme tanto. Les tengo un cariño muy especial.

A YAMEL

Agradecimiento especial mereces porque tu compañía y tu amor me impulsaron a culminar este trabajo. Sin ti hubiera sido muy difícil lograr el objetivo. Eres una gran muestra de superación, humildad y ternura. Quiero que sepas que te amo tanto como tu a mí y que vamos a estar juntos por mucho, mucho tiempo. Gracias por todo.

A RAÚL Y RICARDO.

¡Mis hermanos! Porque no existe cariño más sincero que el de los grandes amigos como son ustedes. Ocupan un lugar muy especial en mi vida. Quiero agradecerles su amistad y muy importantes consejos; pero sobre todo, el haberme ayudado a comprender a la persona más difícil de entender: a mí. Los quiero mucho.

A LA UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC Y SUS CATEDRÁTICOS.

Por haber sido la parte más importante de mi educación al prepararme para ser un profesionalista de excelencia.
¡No los defraudaré!

LUIS, ALBERTO, GLORIA, ROSARIO Y GUALBERTO SERRANO.

Por haberme apoyado no sólo a mí sino a toda mi familia cuando más los necesitábamos. Me cuidaron como si fuera su hijo y eso no tengo cómo pagárselos. Además, porque los más agradables recuerdos de mi vida los he pasado a su lado. Gracias por todo ello.

A LOS LICENCIADOS HÉCTOR
FLORES, ARTURO BECERRIL,
ELVIRA VALDADARES Y LUIS
ÁNGEL GÓMEZ.

Por ser ante todo mis amigos. Pero principalmente, por compartir conmigo esos conocimientos jurídicos que sólo la experiencia laborar puede otorgar. Gracias por enseñarme el camino correcto para ser un digno representante del Poder Judicial de la Federación.

.

AL DOCTOR EDUARDO
VELÁZQUEZ.

Por su brillante y valiosa asesoría. Sin su intervención, este trabajo de titulación no hubiera sido desde luego posible. Gracias por haber aportado sus extraordinarios conocimientos para culminar esta investigación.

A TODOS MUCHAS GRACIAS. Sólo me resta decírles que pueden estar seguros que todo su sacrificio y esfuerzo por hacer de mí una persona de bien, algún día se los recompensaré con creces.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

i

CAPÍTULO 1

EL ESTADO DE DERECHO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

1.1 Estado de Derecho concepto	2
1.1.1 Objeto	7
1.2 La Garantía Constitucional de la seguridad jurídica	11
1.2.1 Análisis del segundo párrafo del artículo décimo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	14
1.2.2 Análisis del primer párrafo del artículo décimo sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	28
1.3 El principio de la legalidad	33
1.4 El principio del debido proceso	35
1.5 El principio de certeza como garantía adicional en materia penal	39
1.5.1 El principio “ <i>in dubio pro reo</i> ”	42
1.5.2 La suplencia de la queja deficiente	49

CAPÍTULO 2

EL DELITO Y LA AVERIGUACIÓN PREVIA

2.1 El delito como antecedente de la averiguación previa	59
2.1.1 Concepto de delito	59
2.2 Concepto de averiguación previa	61
2.3 Naturaleza Jurídica	67
2.4 Integración	70
2.5 Elementos	78
2.6 Culminación	82

2.6.1 Ejercicio de la acción penal	83
2.6.1.1 Requisitos de ejercicio de la acción penal	86
2.6.1.2 Cuerpo del delito	86
2.6.1.3 La probable responsabilidad	96
2.6.2 El no ejercicio de la acción penal	106

CAPÍTULO 3

RESOLUCIONES DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL QUE MOTIVAN LA DEVOLUCIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA AL MINISTERIO PÚBLICO

3.1 Del ejercicio de la acción penal sin detenido	109
3.2 Actividad del órgano jurisdiccional	109
3.2.1 Negativa de orden de aprehensión o de comparecencia	111
3.2.2 Emisión del auto de libertad por falta de elementos para procesar	114
3.2.3 Efectos	117
3.3 La emisión de orden de aprehensión o de comparecencia, y del auto de formal prisión o sujeción a proceso	120
3.4 Medios impugnativos	141
3.4.1 El recurso de apelación	143
3.4.2 El juicio de amparo	145
3.4.3 Efectos	150

CAPÍTULO 4

LA PROBLEMÁTICA DE LA INDEBIDA INTEGRACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA COMO GENERACIÓN DE INSEGURIDAD JURÍDICA DEL GOBERNADO, PROPUESTA DE REFORMA

4.1 Las deficiencias de integración de la averiguación previa	155
4.1.1 Consecuencias	157
4.2 El probable sujeto activo, como gobernando afectado por la indebida integración de la averiguación previa	159
4.3 Violaciones a la seguridad jurídica del gobernando	161
4.3.1 Repercusiones Económicas	164
4.3.2 Repercusiones Psicológicas	165
4.4 Problemática que genera la actual redacción del segundo párrafo del artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal	167
4.5 Propuesta de reforma al artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal	179
CONCLUSIONES	182
BIBLIOGRAFÍA	189

INTRODUCCIÓN

El artículo trigésimo sexto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, fue modificado mediante reforma de diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y uno, con entrada en vigor el uno de octubre de ese año, para establecer las reglas que se deberán seguir en los casos en que se niegue la orden de aprehensión o de comparecencia, o bien, cuando se dicte auto de libertad por falta de elementos para procesar, en el caso de que no se encuentren acreditados los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 132 y 133 de esa ley adjetiva penal aplicable; esas reglas consistente en que:

- 1) El juez de la causa deberá fundar y motivar su resolución; y,
- 2) Devolverá invariablemente el expediente al representante social para que proceda a practicar las diligencias necesarias para integrar debidamente la averiguación previa correspondiente.

Posteriormente, mediante reforma publicada en la Gaceta del Distrito Federal, el uno de enero de dos mil cinco, se adicionó un párrafo más al artículo en estudio, que ahora constituye el segundo, en el que se estableció que:

En aquellos casos en que el hecho o hechos que motivaron el inicio de la averiguación previa no tengan el carácter de delictuosos, el juez devolverá los autos originales de la indagatoria al Ministerio Público, para que éste determine si prosigue en su integración o propone el no ejercicio temporal o

definitivo de la acción penal.

Lo anterior tuvo como finalidad primordial en términos similares, según sedesprende de las exposiciones de motivos correspondientes, buscar un equilibrio entre los derechos de la víctima y de la sociedad frente a los del inculpado; exigir al juez de la causa precisar los elementos en los que se sustente para negar la orden de aprehensión o comparecencia, o bien, para dictar auto de libertad por falta de elementos para procesar; evitar la impunidad de los delitos en caso de que, por cualquier causa, el Ministerio Público no ejerciera acción penal dentro del término sesenta a días como lo disponía ese numeral; así como la de fijar lineamientos claros y precisos para que el Ministerio Público ejercite la acción penal de manera correcta y oportuna, lo que comprometería a esa institución a actuar con mayor eficiencia, para así dar claridad, certeza jurídica y una correcta aplicación de la ley.

Sin embargo, cabe hacer el siguiente cuestionamiento: ¿El artículo señalado realmente otorga certeza jurídica al gobernado con calidad de inculpado o probable responsable?

Se estima que no, debido a que lejos de cumplirse con los fines pretendidos, el artículo trigésimo sexto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ocasiona el retardo la administración de justicia, que de acuerdo al artículo décimo séptimo, párrafo segundo Constitucional, debe ser expedita y eficaz.

Pero no sólo eso, sino que también provoca la existencia de mayor

número de trabajo tanto en agencias investigadoras del Ministerio Público, como en diversos órganos jurisdiccionales: juzgados penales de primera y segunda instancia; juzgados de Distrito de amparo en materia penal y tribunales colegiados de Circuito en esa misma materia.

Además, fomenta que la labor desempeñada en las agencias del Ministerio Público, en relación a la integración de la averiguación previa, se lleve a cabo de manera deficiente.

Todo lo cual ocasiona un estado de inseguridad jurídica en el gobernado, principalmente en aquel que tiene la calidad de inculpado.

Por lo anterior, el presente trabajo tiene dos finalidades primordiales: la primera de ellas, consiste en acreditar la problemática que genera el numeral en estudio; y, la segunda, en señalar la necesidad de que el artículo primeramente mencionado, establezca un término concreto y breve, para que el Ministerio Público pueda integrar debidamente la averiguación previa que dio origen a la negativa de orden de captura o a un auto de libertad por falta de elementos para procesar, so pena de sobreseer el asunto; así como que en aquellos casos en que se determine la no existencia de delito, el juez dé por terminado el asunto, sin necesidad de devolver la averiguación previa al Ministerio Público.

Con base en ello, se decidió estructurar el presente trabajo en cuatro capítulos; en el primero, se abarca el estudio de lo que debemos entender por Estado de Derecho y seguridad jurídica, los preceptos Constitucionales en que se encuentra inmersos; así como el estudio y análisis de los principios de la legalidad, del debido proceso, de certeza como garantía adicional en

materia penal; *“in dubio pro reo”* y el de la suplencia de la queja deficiente; porque son aspectos jurídicos con que toda entidad gubernamental debe contar y buscar a través de sus instituciones y leyes.

En el segundo capítulo, se estudia en forma general lo referente al delito, en cuanto a su definición y elementos que lo integran; así como lo concerniente a la averiguación previa, es decir, cómo se inicia la misma, cuáles son sus elementos y la forma en que puede culminar; finalmente, se aborda el estudio relativo al cuerpo del delito y la probable responsabilidad, donde se explica igualmente en qué consisten y cuáles sus elementos.

En el capítulo tercero, se establece en qué reside el ejercicio de la acción penal y se detalla la actividad que debe desplegar el órgano jurisdiccional una vez que aquélla tiene lugar; se abarca por tanto, el estudio de las resoluciones consistentes en la negativa o emisión de orden de captura y sus respectivos efectos; así como el análisis jurídico del denominado auto de término constitucional; finalmente, lo concerniente a los medios impugnativos que existen en contra de las determinaciones judiciales que tienen lugar en esta etapa procesal, consistentes en el recurso de apelación y el juicio de amparo.

Por último, el capítulo cuarto está encaminado en señalar y precisar cuáles son las deficiencias que se presentan durante la integración de la averiguación previa, y las repercusiones que con ello se originan en el gobernado con la calidad de probable responsable.

Asimismo, se indica la problemática que genera la actual redacción del artículo trigésimo sexto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito

Federal, en el gobernado con calidad de indiciado o probable responsable; para finalmente, proponer las modificaciones que se estiman conducentes a ese numeral, con el objeto de evitar los problemas señalados y en su lugar permita no sólo otorgar certeza jurídica al gobernado con el carácter probable responsable, sino también al sujeto pasivo del delito.

RESÚMEN

El problema que se plantea en el presente trabajo, lo constituye el hecho de que el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no otorga un término expreso al representante social del fuero local, para el efecto de que integre debidamente la averiguación previa o bien determine en definitiva el no ejercicio de la acción penal, en aquellos casos en los que el juez de la causa haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia solicitada en contra del inculpado, o cuando se dicte a su favor auto de libertad por falta de elementos para procesar.

El objetivo primordial, consiste en demostrar que esa omisión ocasiona un estado de incertidumbre jurídica en el gobernado con calidad de sujeto activo del delito. Para tal efecto, se analizan los aspectos teóricos respecto de las siguientes instituciones jurídicas: El Estado de Derecho, la garantía Constitucional de seguridad jurídica, conjuntamente con los principios de legalidad, debido proceso y el adicional de certeza jurídica en materia penal; asimismo, se explora lo concerniente al delito, la averiguación previa, resoluciones judiciales, el recurso de apelación y el amparo directo e indirecto.

Con base en ello, se arriba a la conclusión de que el artículo señalado trae como consecuencia la indebida integración de la averiguación previa, que genera a su vez, violaciones a la seguridad jurídica del gobernado, así como repercusiones económicas y psicológicas. Así, se concluye la investigación con la propuesta de reforma que se estima conducente para evitar esas eventualidades.

CAPÍTULO 1

EL ESTADO DE DERECHO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

1.1. CONCEPTO DE ESTADO DE DERECHO

El tópico que se analiza, en un ámbito popular, presenta una dualidad de entendimiento, primeramente como sinónimo de país o nación de leyes, sin importar el sistema relativo, ni su aplicación, sino como simplemente un ente donde existen leyes.

El diverso aspecto, resulta ser el ámbito legal, en el que presenta otra dimensión, que lo es un país en el que se observa el sistema jurídico normativo existente, como el real regulador, de la existencia, convivencia y desarrollo de la nación, así como de sus habitantes.

El analizar de manera profunda la figura en cuestión, es materia de múltiples y profundas investigaciones, dignas de diversos estudios, por lo que se limitará a sus aspectos esenciales, que permitan tomar una posición al respecto.

Se abstendrá de analizar si en la nación mexicana existe o no la misma como Estado de Derecho, en atención a que se tendrían que abordar elementos políticos respecto de tal figura y no es objeto de esta investigación.

En atención a lo anterior, se señala que por Estado de derecho (*Rule of law* para los juristas angloamericanos) se entiende, básicamente:

“[...] aquel Estado cuyos diversos órganos e individuos miembros se encuentran regidos por el derecho y sometidos al mismo; esto es, Estado de derecho alude

a aquel Estado cuyo poder y actividad están regulados y controlados por el derecho” (Diccionario Jurídico, 2000).

Como características que conforman un Estado de Derecho; encontramos que es aquella nación controlada por el Derecho y éste debe ser legítimo, su principal rasgo es el principio de legalidad, también conocido como imperio de la ley.

La conceptualización y características presentadas, sirven de guía para entender qué es la institución en cuestión, señalándose que la misma ha sido analizada desde el punto de vista de diversas disciplinas, tales como la ciencia política, la sociología, la de la ciencia jurídica, entre otras, apegándose a la última, que se constituye de la conjunción de los tres elementos que los integran: pueblo, territorio y soberanía.

En atención a tal situación, se adhiere a la siguiente posición en la que se observa la presencia de estos tres elementos, que expone que el Estado es: "un ordenamiento jurídico para los fines generales que ejerce el poder soberano en un territorio determinado, al que están subordinados necesariamente los sujetos que pertenecen a él” (Bobbio, 1989, p. 128).

Ahora bien, cada uno de los elementos constitutivos del Estado, se pueden entender de la siguiente manera:

a) El territorio: lugar en el cual el Estado ejerce su soberanía y está constituido no sólo por el suelo sino por el subsuelo, las áreas marinas y submarinas, así como el espacio aéreo.

b) El pueblo: constituido por todas las personas que se encuentran en ese territorio y que por ello están bajo la influencia de lo determinado por el ordenamiento jurídico.

c) La soberanía: entendida como la característica del poder estatal que implica que ese poder sea supremo en el orden interno e independiente en el orden externo.

El ordenamiento jurídico, como instrumento de la soberanía, regula y relaciona estos tres elementos.

A su vez, del análisis realizado surge el elemento soberanía, como ejercicio de poder, de ahí puede concluirse que: “La soberanía es la facultad del pueblo para hacer y aplicar sus leyes, y es también su derecho de autodeterminación, o sea, de escoger y modificar libremente la forma en que habrá de ser gobernado (Rabasa, 1995, p. 151).

Entonces, la soberanía es la forma de ejercer el control por parte del Estado y éste se ejerce a través del Derecho, en un territorio y a la gente que lo contiene.

Se concluye el análisis de concepto con el problema, aún no resuelto, de lo que es el Derecho; sin embargo, para efectos de esta investigación, se indica que se puede considerar como: “un conjunto de normas -a las que llamaremos leyes- que rigen la actividad humana en sociedad y cuya inobservancia amerita algún tipo de sanción. (Diccionario Jurídico Espasa, 1993, p. 301).

El Derecho tiene la función de organizar la vida colectiva, para lo cual garantiza el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que la sociedad impone a sus miembros.

Según Elías Díaz (1966, p. 18), se requieren las siguientes características generales para que exista el Estado de derecho:

- a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general.
- b) Separación de poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial (Se estima correcto si así se constituye la nación correspondiente).
- c) Legalidad del gobierno: su regulación por la ley y el control judicial.
- d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y realización material.

Entonces el estado de Derecho es la organización jurídica total del Estado como país y sus elementos e instituciones, con objeto de asegurar su existencia, desarrollo y sobre todo para garantizar el respeto jurídico a los derechos del ser humano.

Los derechos del ser humano, son las garantías individuales que nos otorga la Carta Magna, respecto de vida, libertad, protección de propiedades, posesiones y ejercicio de los demás diversos derechos.

En consecuencia, el ser de un Estado de Derecho, es que se cumpla con el objeto descrito, para lo cual es necesario que se apliquen las normas en su

esencia, con las características propias de la ley.

De tal manera, un Estado de Derecho es aquel lugar en el que se observan y aplican las leyes sin distinción o concesión alguna. Simplemente se aplican.

Lo anterior lleva a concluir que entonces un Estado de Derecho, no es una nación de Derecho; sino es una situación, una estadía o *status*, dentro de la misma Nación, es una aplicación de las leyes que rigen a ese lugar, país o Estado.

Por lo anterior se estima que no se debe mencionar Estado de Derecho, sino estado de Derecho.

Contrariamente existe el Estado de Derecho, entendido como Estado, país, o nación de leyes, que se puede entender como aquella nación en donde existe un ordenamiento jurídico, pero no se han alcanzado condiciones generalizadas de bienestar e igualdad, derivadas del imperio de la norma. Esto es. se puede tratar de una sociedad legal moderna, donde algunos principios del estado de Derecho presentan una dudosa aplicación.

El Estado de leyes es acorde a los sistemas totalitarios y autoritarios, es decir, con los sistemas donde no existe control efectivo sobre el gobierno y los derechos elementales de los ciudadanos no son respetados. Su principio básico es que no toda legalidad es deseable, aunque lo señale la norma.

Como ejemplo contundente de Estado de leyes, observamos la legalidad establecida por el gobierno de Adolfo Hitler, que era legal, por ser fruto de un

proceso legítimo, pero no se asemeja en algo a un estado de Derecho, porque no busca garantizar el cumplimiento de la ley, en beneficio del ser humano en lo colectivo.

1.1.1. OBJETO

Este apartado se refiere al objeto del estado de Derecho, como el fin que se persigue con la observancia del mismo. Y su fin es que la sociedad en su pleno conjunto sea gobernada por las leyes, sin quedar éstas en su interpretación y aplicación al arbitrio de los gobernantes, con lo que se garantiza la instauración y preservación de sus derechos a la vida, libertad, propiedades, posesiones y demás inherentes, a través de procedimientos legítimos.

En efecto, las leyes son los principios que permiten la convivencia de los hombres como miembros de una colectividad y para su efectividad se requiere la existencia de un poder que las haga valer, incluso mediante la coacción.

Ese poder deriva de la función del Estado, quien a través de sus órganos verifica la creación, observancia y aplicación de las leyes que se requieran para garantizar la convivencia social.

Entonces, el objeto del estado de Derecho, es imponer el contenido de la norma, sin ejercicio arbitrario y discrecional de los entes que ostentan el poder.

De tal manera, el Estado de derecho, posee dos elementos indispensables

que son:

a) La construcción y limitación de la acción gubernamental por medio de leyes; y,

b) El otorgamiento de derechos y libertades, para que el gobernado adquiera y preserve sus derechos a la vida, libertad, propiedades, posesiones y demás inherentes.

Para ello, se parte precisamente de un orden Constitucional, en el que se establecen los límites del poder político respecto de los derechos individuales referidos, aclarando que se entiende por poder político el ejercicio del poder que deriva de la actividad de un empleo o cargo público, en cualquiera de sus modalidades, y que está precisamente relacionado con el ámbito social en lo concerniente a los derechos referidos.

Luego entonces, lo contrario a un estado de Derecho, es la desprotección a los derechos fundamentales antes referidos, a través de la inaplicabilidad de una acción de la ley para resolver las controversias que surjan respecto de los derechos señalados.

Esa desprotección contraria a un estado de Derecho, tiene como requisito esencial, abstenerse de solucionar conforme a las normas, controversias entre actores de diversos rangos o riqueza, o ausencia de aplicación para promover el desarrollo personal de los individuos y grupos menos favorecidos.

Así, el mal ejercicio del poder se convierte en un abuso arbitrario contra los

ciudadanos, derivado de la voluntad del, o los que ejercitan el poder.

Contrariamente, un gobierno ejercitado con apego a la normatividad, busca permanentemente sostener una igualdad de todas las personas ante la ley, a través de la sujeción de gobernados y gobernantes a la legislación que debe aplicar los tribunales correspondientes.

Precisamente la nación mexicana está en constante búsqueda de la existencia de un estado de Derecho, lo que se aprecia plenamente en la Carta Magna, que al respecto señala:

“Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado 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 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 trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

Y respecto del cual, se observa, precisamente en su segundo párrafo, que para privar a una persona de sus derechos primordiales, se deben seguir

procedimientos formales en tribunales previamente establecidos, a través de la observancia de un sistema jurídico.

El sistema jurídico mexicano trata de establecer una relación equitativa y común entre los actores del poder y los gobernados a través de una jerarquía de normas que inicia precisamente con la Ley Suprema, que ordena los requisitos de un gobierno limitado, con respeto a los derechos, es decir, que subsiste sobre la forma de un Estado Constitucional de Derecho.

Desde luego que la existencia en una Constitución Política de un sistema jurídico no significa la garantía de existencia de un estado de Derecho, porque sencillamente tal situación es consecuencia de una codificación normativa, siendo cierto que lo único que emana de la misma es la existencia de un principio de legalidad, que sirve de guía para la conformación del gobierno y convivencia de los ciudadanos.

Así, la legalidad se convierte en sinónimo de estado de Derecho, y la entendemos como la aplicación de las normas en la convivencia del Estado con sus ciudadanos y de éstos entre sí, bajo un principio de legitimidad y equidad.

Concluimos que la legalidad es la aplicación de los procedimientos previamente establecidos, en que se observan las formalidades esenciales para, en su caso, vulnerar o restablecer la esfera jurídica de los gobernados que se integra de vida, libertad, propiedad, posesiones y demás derechos.

La legitimidad consiste en que los órganos que aplican la normatividad, existan precisamente al amparo del orden Constitucional.

Y la equidad, se estima deriva en que se aplique la legalidad, en forma legítima y a todos bajo el mismo rango, sin distinción alguna.

1.2. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

En las relaciones entre gobernantes, como representantes del Estado, y los gobernados, suceden múltiples actos, imputables a los primeros, que tienden a afectar la esfera jurídica de los segundos.

Es decir, el Estado, en ejercicio del poder de imperio de que es titular como entidad jurídica y política suprema con substantividad propia, desempeña ese poder sobre y frente a los gobernados a través de sus autoridades.

Asimismo, al desplegar su actividad de imperio, esto es, al asumir su conducta autoritaria, imperativa y coercitiva, necesariamente afecta la esfera o ámbito jurídico que se atribuye a cada sujeto como gobernado, bien sea en su aspecto de persona física o como una entidad moral.

Así, todo acto de autoridad emanado por esencia del Estado y desempeñado por los diferentes órganos autoritarios creados por el orden de Derecho, tiene la finalidad inherente para imponerse a alguien de diversas maneras y por distintas causas, porque ese acto debe afectar a alguna persona moral o física en sus múltiples derechos, como son: la propiedad o la libertad, por citar algunos.

Por lo que, el conjunto de modalidades jurídicas a que tiene que sujetarse un acto de cualquier autoridad para producir válidamente, desde un punto de

vista legal, la afectación en la esfera jurídica del gobernado, se traduce en una serie de requisitos, condicionales u elementos que el Estado debe cumplir para ello.

Eso es precisamente lo que constituye las garantías de seguridad jurídica, porque implican, en consecuencia, 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.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a través de los artículos octavo, décimo cuarto, y del décimo sexto al vigésimo tercero, ubicados en su parte dogmática, garantiza la efectividad plena de los valores fundamentales del ser humano tales como la vida, la libertad y el derecho a la defensa de las propiedades y las prerrogativas.

Ese conjunto de normas existe para que los gobernados tengan la certeza de que las autoridades sólo podrán actuar de conformidad con lo estipulado en el Código Supremo.

Ahora bien, para establecer el concepto de seguridad jurídica, es menester señalar que la palabra “seguridad”, deriva del latín *seguritas-atis*, que significa “cualidad de seguro” o “certeza”, así como “cualidad del ordenamiento jurídico, que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación” (Diccionario de la Real Academia Española, 2006).

Con base en lo anterior, se puede afirmar que la seguridad jurídica es la certeza que debe tener el gobernado de que su persona, familia, posesiones o derechos serán respetados por la autoridad, y en el caso de que ésta deba producir una afectación en ellos, estará obligada a ajustarse a los procedimientos previamente establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes secundarias, para ello.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de su obra “Colección de Garantías Individuales / Las Garantías de Seguridad Jurídica”, señala que la seguridad jurídica son:

“[...] derechos subjetivos públicos a favor de los gobernados, que pueden ser oponibles a los órganos estatales a fin de exigirles que se sujeten a un conjunto de requisitos previos a la comisión de actos que pudieran afectar la esfera jurídica de los individuos, para que éstos no caigan en la indefensión o en la incertidumbre jurídica, lo que hace posible la pervivencia de condiciones de igualdad y libertad para todos los sujetos de derechos y obligaciones” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003, p. 11).

Por su parte, el maestro Ignacio Burgoa Orihuela (1954. p. 396), afirma al respecto:

“Ese conjunto de modalidades jurídicas a que tiene que sujetarse un acto de cualquier 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., es lo que constituye las garantías de seguridad jurídica. Éstas implican en consecuencia, 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 derechos subjetivos”.

Por lo que, las garantías de seguridad jurídica tienen como fin primordial que las autoridades del Estado no incurran en arbitrariedades al momento de aplicar el orden jurídico a los gobernados.

Son asimismo primordiales para salvaguardar la libertad y dignidad de las personas, pues evitan que las autoridades actúen con desapego a las leyes, particularmente a las formalidades que se deben observar antes de que una persona sea privada de sus propiedades o su libertad.

1.2.1. ANÁLISIS DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO DÉCIMO CUARTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Antes de iniciar el análisis correspondiente, se considera necesario precisar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, hace alusión a los llamados “actos privativos” y “actos de molestia”; los primeros, contemplados precisamente en su artículo décimo cuarto, párrafo segundo; y los segundos, en el diverso décimo sexto.

Lo anterior, porque en la práctica jurídica llegan a confundirse esos términos o incluso, erróneamente se utilizan como sinónimos.

Esa diferencia ha sido ya dilucidada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la tesis setenta y uno, consultable en la página cien, Tomo I, Apéndice de dos mil, Novena Época, que dice:

“Actos privativos y actos de molestia. Origen y efectos de la distinción. El artículo 14 constitucional establece, en su segundo párrafo, que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; en tanto, el artículo 16 de ese mismo Ordenamiento Supremo determina, en su primer párrafo, que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Por consiguiente, la Constitución Federal distingue y regula de manera diferente los actos privativos respecto de los actos de molestia, pues a los primeros, que son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado, los autoriza solamente a través del cumplimiento de determinados requisitos precisados en el artículo 14, como son, la existencia de un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado. En cambio, a los actos de molestia que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza, según lo dispuesto por el artículo 16, siempre y cuando preceda mandamiento escrito girado por una autoridad con competencia legal para ello, en donde ésta funde y motive la causa legal del procedimiento. Ahora bien, para dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto de autoridad impugnado como privativo, es necesario precisar si verdaderamente lo es y, por ende, requiere del cumplimiento de las formalidades establecidas por el primero de aquellos numerales, o si es un acto de molestia y por ello es suficiente el cumplimiento de los requisitos que el segundo de ellos exige. Para efectuar esa distinción debe advertirse la finalidad que con el acto se persigue, esto es, si la privación de un bien material o inmaterial es la finalidad connatural perseguida por el acto de autoridad, o bien, si por su propia índole tiende sólo a una restricción provisional” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006).

De lo que se concluye que los actos privativos producen como efecto la

disminución, quebranto deterioro o eliminación en forma definitiva de un derecho del gobernado; para lo cual, deberá cumplirse invariablemente con la llamada garantía de audiencia a que se refiere el párrafo segundo, del artículo décimo cuarto Constitucional.

Mientras que los actos de molestia, son aquellos que únicamente limitan o restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos; para su emisión, se deberán observar las exigencias a que hace alusión el diverso numeral décimo sexto Constitucional, en su primer párrafo, esto es, que preceda mandamiento escrito de autoridad legalmente facultada para ello, en el que funde y motive la causa legal del procedimiento; sin embargo, ello será materia de análisis posterior en el presente trabajo; por lo que se realiza el estudio de los actos privativos de la siguiente manera.

El artículo décimo cuarto Constitucional ocupa el lugar más importante en materia de garantías individuales, en particular, su párrafo segundo, porque su aplicación asegura la efectividad de los derechos del gobernado.

En lo conducente, ese numeral señala:

“Artículo 14. [...] Nadie podrá ser privado 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”.

Es decir, previene que la privación de los bienes jurídicamente tutelados a favor del gobernado, deberá ser a través de un procesamiento formal ante un

tribunal previamente establecido, lo cual implica la imputación concreta, audiencia, oportunidad de defensa y de aportar pruebas, recibir sentencia y agotar recursos.

No debe dejar de establecerse que el artículo décimo cuarto Constitucional, contiene diversas garantías; sin embargo, el análisis que se realizará enseguida sólo se limitará a la consagrada en el párrafo segundo, la denominada “de audiencia”, no por demeritar a las otras, sino porque ésta es la que guarda mayor relación con el presente trabajo de investigación, en el cual se analiza un acto que incide indubitablemente en la libertad personal del gobernado y, al respecto, la citada garantía otorga el derecho al ciudadano de ser privado de su libertad (entre otros bienes), sólo cuando se haya seguido en su contra un juicio ante Tribunal previamente establecido en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.

Así, la palabra “audiencia”, proviene del latín *audiencia*, que significa “acto de oír a las personas de alta jerarquía u otras autoridades, previa concesión, a quienes exponen, reclaman o solicitan algo”, así como “ocasión para aducir razones o pruebas que se ofrece a un interesado en juicio o expediente”. (Diccionario de la Real Academia, 2006).

Por lo que se indica que la garantía de audiencia es aquella que otorga la seguridad al gobernado de que no podrá ser privado de los bienes jurídicos de que es titular, a menos que ello derive de un juicio previo substanciado ante autoridad competente, en el que se hayan cumplido con los requisitos establecidos por la ley para tal efecto y en el que haya tenido la oportunidad de ser oído y haber ofrecido las pruebas necesarias a su favor.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2006), a través de

la jurisprudencia emitida por el Pleno, consultable en la página trescientos cinco, del Semanario Judicial de la Federación, Materia Común, Séptima Época, de rubro: “Audiencia, garantía de. Obligaciones del Poder Legislativo frente a los particulares”, ha definido esta garantía individual como el derecho que tienen los gobernados no sólo frente a las autoridades administrativas y judiciales, sino también frente al órgano legislativo, de tal manera que éste quede obligado a consignar en sus leyes los procedimientos necesarios para que se escuche a los interesados y se les de la oportunidad de defenderse, es decir, de rendir pruebas y formular los alegatos en todos aquellos casos que puedan resultar afectados sus derechos.

Ahora bien, son diversas las garantías que a su vez consagra el artículo décimo cuarto párrafo segundo Constitucional, que contiene como ya dijimos, implícita la garantía de audiencia, como lo señala Martha Elba Izquierdo Muciño (2001, p. 579), al indicar que:

“[...] es uno de los preceptos más importantes de la Carta Magna, debido a las garantías de seguridad que establece y que son la 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); y, d) La legalidad en materia judicial, civil, mercantil y la extensión jurisprudencial en lo administrativo, fiscal y laboral (párrafo cuarto)”.

En términos similares, el jurista Saúl Lara Espinoza (1999, p. 66), dice que el artículo décimo cuarto, párrafo según Constitucional, comprende como garantías de seguridad jurídica: la de irretroactividad de la ley, la de audiencia, la de exacta aplicación de la ley en materia penal, y de legalidad en materia jurisdiccional civil (*lato sensu*).

En efecto, la garantía de audiencia a que tácitamente se refiere el numeral en análisis, implica a su vez la observación de otras garantías o requisitos que deben cumplirse para su actualización, que son: la existencia previa de un juicio seguido ante los Tribunales anteriormente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; garantías o exigencias que se explican de la siguiente manera:

a) Que la privación se realice mediante juicio, entendido éste como el procedimiento que se origina ante un órgano estatal compuesto por una serie de etapas que concluyen en una resolución que dirime una controversia.

El juicio puede desarrollarse, tanto por el órgano jurisdiccional formalmente concebido, es decir, de la autoridad que forma parte del poder judicial; así como por la autoridad administrativa; razón por la cual, esta garantía opera para ambas autoridades.

Aunque debe precisarse que la garantía de audiencia no sólo obliga a las autoridades jurisdiccionales y administrativas, sino también, a la del Poder Legislativo, obligándolo para que en sus leyes establezca un procedimiento adecuado en que se permita oír a las partes en lo que a su derecho convenga, para hacer valer su respectiva defensa de intereses.

Así, el juicio previo al acto de privación constituye un requisito *sine qua non* para que válidamente se prive al gobernado de los bienes jurídicos tutelados por esta garantía, siempre y cuando, además, se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, y que ese juicio o acto privativo

se siga ante los tribunales previamente establecidos, ajustándose a las leyes expedidas con anterioridad al hecho (Lara, 1999, p. 88).

b) Que ese juicio sea seguido ante los tribunales previamente establecidos.

Por tribunales no sólo se entiende aquellos órganos que pertenezcan al poder judicial y que normalmente desempeñan la actividad judicial, sino a cualquiera que realice una función materialmente jurisdiccional, por lo que, podemos concluir que tribunal es aquél recinto en el que se aplican normas jurídicas generales a casos concretos en controversia.

Esta garantía es una ratificación de lo señalado en el artículo décimo tercero Constitucional en el sentido de que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales.

Se refiere a los tribunales judiciales en general o a aquéllos que reciben su competencia de un texto expreso de la Constitución; otorga la garantía de que no podrá crearse uno para dirimir un caso o casos concretos que desaparezcan al cumplir con las funciones específicas que le dieron origen.

c) Deber que tiene toda autoridad de observar o cumplir las formalidades esenciales del procedimiento, como requisito de validez para privar al gobernado de los bienes jurídicos tutelados por la misma.

Esas formalidades se manifiestan principalmente en el derecho de defensa y en la facultad de aportar pruebas, partiendo de la base de que se hará

saber al gobernado antes que nada, los hechos y motivos que originan el procedimiento en su contra.

Es en las normas adjetivas en las que deben basarse las autoridades para resolver todo conflicto que se presente; por lo que, deben respetarse cada una de las normas aplicables que rigen los respectivos procedimientos, para emitir la decisión que corresponda, ajustándose, además, a los extremos de la norma sustantiva que regule la materia en cada caso concreto.

Así, el procedimiento penal se rige por las formalidades establecidas legalmente, entre ellas, el artículo décimo cuarto Constitucional, como ya se citó, prevé en su segundo párrafo, que nadie puede ser privado 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; tal garantía conocida también como la del debido proceso, se materializa a través de los diversos actos procedimentales que se suscitan con motivo de la actuación de las partes y del juzgador en el ejercicio y aplicación del Derecho.

Congruente con lo anterior, tanto la Ley de Amparo como el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en aras de mantener la legalidad en el actuar judicial y la debida certeza jurídica para las partes, establecen de manera conjunta que si el tribunal de apelación encuentra violación manifiesta del procedimiento que haya dejado sin defensa al procesado, y que sólo por torpeza o negligencia de su defensor no fue combatida debidamente, se deberá ordenar la reposición del procedimiento.

En efecto, en la Ley de Amparo, se establece:

“Artículo 160.- En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso:

I.- Cuando no se le haga sober (sic) el motivo del procedimiento o la causa de la acusación y el nombre de su acusador particular si lo hubiere;

II.- Cuando no se le permita nombrar defensor, en la forma que determine la ley; cuando no se le facilite, en su caso, la lista de los defensores de oficio, o no se le haga saber el nombre del adscripto (sic) al juzgado o tribunal que conozca de la causa, si no tuviere quien lo defienda; cuando no se le facilite la manera de hacer saber su nombramiento al defensor designado; cuando se le impida comunicarse con él o que dicho defensor lo asista en alguna diligencia del proceso, o cuando, habiéndose negado a nombrar defensor, sin manifestar expresamente que se defenderá por sí mismo, no se le nombre de oficio;

III.- Cuando no se le caree con los testigos que hayan depuesto en su contra, si rindieran su declaración en el mismo lugar del juicio, y estando también el quejoso en él;

IV.- Cuando el juez no actúe con secretario o con testigos de asistencia, o cuando se practiquen diligencias en forma distinta de la prevenida por la ley;

V.- Cuando no se le cite para las diligencias que tenga derecho a presenciar o cuando sea citado en forma ilegal, siempre que por ello no comparezca; cuando no se le admita en el acto de la diligencia, o cuando se la (sic) coarten en ella los derechos que la ley le otorga;

VI.- Cuando no se le reciban las pruebas que ofrezca legalmente, o cuando no se reciban con arreglo a derecho;

VII.- Cuando se le desechen los recursos que tuviere conforme a la ley, respecto de providencias que afecten partes substanciales del procedimiento y produzcan indefensión, de acuerdo con las demás fracciones de este mismo artículo;

VIII.- Cuando no se le suministren los datos que necesite para su defensa;

IX.- Cuando no se celebre la audiencia pública a que se refiere el artículo 20, fracción VI, de la Constitución Federal, en que deba ser oído en defensa, para que se le juzgue;

X.- Cuando se celebre la audiencia de derecho sin la asistencia del Agente del Ministerio Público a quien corresponda formular la requisitoria; sin la del juez que deba fallar, o la del secretario o testigos de asistencia que deban autorizar el acto;

XI.- Cuando debiendo ser juzgado por un jurado, se le juzgue por otro tribunal;

XII.- Por no integrarse el jurado con el número de personas que determine la ley, o por negársele el ejercicio de los derechos que la misma le concede para la integración de aquél;

XIII.- Cuando se sometan a la decisión del jurado cuestiones de distinta índole de la que señale la ley;

XIV.- Cuando la sentencia se funde en la confesión del reo, si estuvo incomunicado antes de otorgarla, o si se obtuvo su declaración por medio de amenazas o de cualquiera otra coacción;

XV.- Cuando la sentencia se funde en alguna diligencia cuya nulidad establezca la ley expresamente;

XVI.- Cuando seguido el proceso por el delito determinado en el auto de formal prisión, el quejoso fuere sentenciado por diverso delito.

No se considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese en la sentencia sólo difiera en grado del que haya sido materia del proceso, ni cuando se refiera a los mismos hechos materiales que fueron objeto de la averiguación, siempre que, en este último caso, el Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias cambiando la clasificación del delito hecha en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y el quejoso hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación, durante el juicio propiamente tal;

XVII.- En los demás casos análogos a los de las fracciones anteriores, a juicio de la Suprema Corte de Justicia o de los Tribunales Colegiados de Circuito, según corresponda”.

En ese mismo tenor, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala como causas para la reposición del procedimiento -que tiene lugar cuando en el acto impugnado no se cumplieron con las formalidades establecidas en la ley-, las siguientes:

“Artículo 431.- Habrá lugar a la reposición del procedimiento por alguna de las causas siguientes:

I. Por no haber procedido el Juez durante la instrucción y después de ésta hasta la sentencia, acompañado de su Secretario; salvo el caso del artículo 30;

II. Por no haberse hecho saber al acusado durante la instrucción ni al celebrarse el juicio, el motivo del procedimiento y el nombre de su acusador si lo hubiere;

III. Por no haberse permitido al acusado nombrar defensor, en los términos que establece la ley, o por no haberse cumplido con lo dispuesto en los artículos 294, 326, 338 y 339;

III-Bis.- Por haber omitido la designación del traductor al inculcado que no hable o no entienda suficientemente el idioma castellano, en los términos que señala esta ley.

IV. Por no haberse practicado las diligencias pedidas por alguna de las partes;

V. Por haberse celebrado el juicio sin asistencia del Juez que debe fallar, del Agente del Ministerio Público que pronuncie la requisitoria o del Secretario respectivo;

VI. Por haberse citado a las partes para las diligencias que este Código señala, en otra forma que la establecida en él, a menos que la parte que se dice agraviada hubiere concurrido a la diligencia;

VI bis. Por existir omisiones graves de la defensa en perjuicio del sentenciado; se reputan como omisiones graves de la defensa:

a) No haber asesorado al inculcado sobre la naturaleza y las consecuencias jurídicas de los hechos imputados en el proceso;

b) No haber asistido a las diligencias que se practicaron con intervención del inculcado durante la averiguación previa y durante el proceso;

c) No haber ofrecido y aportado las pruebas necesarias para la defensa del inculcado;

d) No haber hecho valer las circunstancias probadas que en el proceso favorecieran la defensa del inculcado;

e) No haber interpuesto los medios de impugnación necesarios para la defensa del inculcado; y

f) No haber promovido todos aquellos actos procesales que fuesen necesarios para el desarrollo normal del proceso y el pronunciamiento de la sentencia.

VII. Por haberse hecho alguna de las insaculaciones en otra forma que la prevenida en éste Código, o por haberse sorteado un número menor o mayor de Jurados que el que en él se determina;

VIII. Por no haberse aceptado la recusación de los Jurados, hecha en la forma y términos legales;

IX. Por haberse declarado contradictorias algunas de las conclusiones en los casos del artículo 363 sin que tal contradicción existiera;

X. Por no haberse permitido al Ministerio Público, al acusado o a su defensor, retirar o modificar sus conclusiones o establecer nuevas, en los casos de los artículos 319, 355 y 358, si hubo motivo superveniente y suficiente para ello;

XI. Por haberse declarado en el caso del artículo 325 que el acusado o su defensor habían alegado sólo la inculpabilidad, si no había transcurrido el término señalado en este artículo;

XII. Por haberse omitido en el interrogatorio alguna de las preguntas que conforme a este Código debieron hacerse al Jurado, o por haberse suprimido todo un interrogatorio en el caso de la fracción IV del artículo 363.

XIII. Por no haberse formado el Jurado del número de personas que este Código dispone, o porque a alguna de ellas le faltare un requisito legal;

XIV. Por haber contradicción notoria y substancial en las declaraciones del Jurado, si por tal contradicción no pueden tomarse en cuenta en la sentencia los hechos votados;

XV. En todos los casos en que este Código declare expresamente la nulidad de alguna diligencia”.

Lo anterior implica necesariamente que los procedimientos jurisdiccionales seguidos ante las autoridades respectivas, se tramiten conforme a las disposiciones procesales exactamente aplicables al caso específico; por ello, es menester atender las disposiciones adjetivas de cada materia, las cuales, precisamente por ser normas mínimas, son reglamentadas por la Ley Suprema.

d) Que la privación se realice conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Esta garantía confirma el principio de no retroactividad de la ley previsto por el párrafo primero del numeral en análisis.

Consiste en que caso de que existan dos disposiciones legales, una abrogada y la otra vigente, que prevén la misma situación jurídica, sólo podrá aplicarse la que está en vigor y no la anterior; se parte del principio de que las leyes se dictan para regir el futuro y no el pasado.

Por otra parte, es importante señalar que la garantía de audiencia no es absoluta, y en materia penal se consagran varias excepciones a su aplicación; la más importante y común se refiere a la expedición de un auto de formal prisión (que conlleva la prisión preventiva del procesado).

En ese caso, si bien es cierto, el artículo décimo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prohíbe privar de la libertad a una

persona sin previo juicio; también lo es que el diverso décimo octavo de esa legislación, autoriza la prisión preventiva de quienes se encuentren procesados por delitos que merezcan pena privativa de libertad.

La prisión preventiva entonces, constituye una excepción justificable a las garantías de libertad y de audiencia previa, así como al principio de presunción de inocencia, previsto por el propio artículo décimo cuarto Constitucional, porque tiene como finalidad primordial la de preservar el adecuado desarrollo del proceso y a garantizar la ejecución de la pena que pudiera llegarse a imponer; asimismo, se evita un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad.

Otra alteración, la constituye la orden de aprehensión, porque si bien es cierto todo gobernado goza del derecho a la garantía de audiencia, antes de que se realice en su perjuicio el acto de autoridad; también lo es que el artículo décimo sexto, de la Constitución Federal, establece los requisitos que debe satisfacer la emisión de un mandamiento de esa naturaleza, dentro de los cuales no se encuentra el que previamente se escuche al indiciado, sino únicamente, que esa orden sea emitida por autoridad judicial, que esté precedida por alguna denuncia o querrela respecto de un hecho que legalmente se sancione, cuando menos, con pena privativa de libertad y que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

1.2.2. ANÁLISIS DEL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

El artículo en estudio contiene uno de los más importantes principios de legalidad consistente en que todo acto de molestia debe constar en un mandamiento escrito de autoridad competente, que lo funde y motive.

Es decir, comprende el análisis de la garantía de legalidad de los actos de autoridad, que constituye una de las bases fundamentales del Estado de derecho, al señalar que:

“Artículo 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 causa legal del procedimiento”.

Al respecto, Juventino V. Castro (2004, p. 277), refiere que:

“[...] Llama la atención la distinta enumeración de los valores protegidos por el artículo 16, en relación a los mencionados por el artículo 14. En nuestro concepto aquél es de carácter más individualista, ya que si bien se refiere a la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, en el fondo el punto de partida es la persona humana, y el resto de los señalamientos deben considerarse como meras extensiones de ella partiéndose evidentemente de un principio según el cual a la persona no se le debe definir en relación a su corporeidad física, sino a una serie de situaciones materiales o espirituales que le son tan necesarias al individuo como su integridad física, para realizarse socialmente”.

El numeral en estudio establece los requisitos que debe contener todo acto de molestia para ser legal, que se enumeran y explican de la siguiente manera:

a) Mandamiento escrito

Tiene como propósito que el gobernado tenga certeza de la existencia del acto de molestia para que pueda conocer con precisión de cuál autoridad proviene, así como su contenido y consecuencias.

Las atribuciones que la ley otorga a las autoridades no se materializan sino hasta que se hallan por escrito.

El particular que vaya a recibir una afectación debe recibir el mandamiento escrito, firmado por su emisor, antes de que el acto se realice, o bien, simultáneamente a su realización, para que no exista duda de que el acto se encuentre fundado y motivado; como consecuencia de lo anterior, cualquier mandamiento oral es inconstitucional.

Luis Bazdresch (2000, p. 86), dice al respecto que debe ser una orden concreta por escrito con la firma de quien la expide.

b) Principio de autoridad competente

El Diccionario de la Real Academia Española (2006), establece que “autoridad” proviene del latín *auctoritas-ātis*, y quiere decir, “poder que gobierna o ejerce el mando, de hecho o de derecho”; mientras que, respecto a “competencia”, según la misma fuente, proviene del también del latín *competentia* que significa “pericia, aptitud, idoneidad para hacer algo o intervenir en un asunto determinado” y “atribución legítima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto”; y por lo se refiere a “competente”, ese mismo diccionario señala que proviene igualmente del latín *compētens-entis* y significa “que le corresponde hacer algo por su competencia”.

Entonces, desde el punto de vista jurídico, se establece que competencia es el conjunto de facultades que las normas jurídicas otorgan a las autoridades estatales para desempeñar, dentro de los límites establecidos por tales normas, sus funciones públicas.

Significa que la autoridad que generó el acto de molestia esté habilitada constitucional o legalmente y tenga dentro de sus atribuciones la facultad de emitirlo.

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 (José R. Padilla, citado por Izquierdo, p. 95).

Así, una autoridad será competente cuando se encuentre legalmente facultada para ejercer una determinada función a nombre del Estado, pues deben existir disposiciones jurídicas precisas que le otorguen a una autoridad la posibilidad de dictar resoluciones que impliquen actos de molestia.

c) Fundamentación y motivación

Por fundamentación se entiende el deber que tiene la autoridad de expresar, en el mandamiento escrito, los preceptos legales que regulen el hecho y las consecuencias jurídicas que pretenda imponer el acto de autoridad, presupuesto que tiene su origen en el principio de legalidad que en su aspecto imperativo consiste en que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite.

Supone apoyar la procedencia del acto de molestia en razones legales que se encuentren establecidas en un cuerpo de leyes.

La motivación por su parte, consiste en que en la expresión de las razones por las cuales la autoridad considera que los hechos en que basa su proceder, se encuentran probados y son precisamente los previstos en la disposición legal que dice aplicar.

Por lo que, un acto de autoridad estará motivado cuando la autoridad que lo emita explique o dé razón de los motivos que la condujeron a emitirlo.

Al respecto en México, el más alto tribunal, a través de la obra “Colección de Garantías Individuales / Las Garantías de Seguridad Jurídica” (2003, p. 97), explica lo referente a la fundamentación y motivación de la siguiente manera:

“Jurídicamente, fundar un acto de autoridad supone apoyar la procedencia de tal acto en razones legales que se encuentren establecidas en un cuerpo normativo; y ese mismo acto estará motivado cuando la autoridad que lo emita explique o dé razón de los motivos que la condujeron a emitirlo”.

Asimismo, la interpretación judicial más clara sobre los requisitos de fundamentación y motivación a que se refiere el artículo décimo sexto Constitucional, fue realizada por los Tribunales Colegidos de Circuito, que dio origen a la tesis de jurisprudencia por reiteración V.2o. J/32, visible en la página cuarenta y nueve, tomo cincuenta y cuatro, junio de mil novecientos noventa y dos, de rubro y texto:

“Fundamentación y motivación. De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Federal, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresar con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas”. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006).

Por lo que, puede señalarse que fundamentación y motivación son presupuestos que deben coexistir entre sí, pues no es dable citar las disposiciones legales aplicables sin que se relacionen con los hechos planteados, menos aún deberán exponerse razones sobre hechos que no sean relevantes al afecto.

1.3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Para una mejor comprensión de lo que se debe entender por el principio de legalidad, es menester precisar en primer término qué se entiende por “legal” y “legalidad”.

Así tenemos que la Real Academia Española (2006), señala que el primer vocablo proviene del latín *legalis*, y significa “prescrito por ley y conforme a ella” y “pertenciente o relativo a la ley o al derecho”; mientras que, la segunda palabra, derivada obviamente de legal, quiere decir “cualidad de legal”.

Entonces, el principio de legalidad, es propio del derecho público, que tiene como objetivo garantizar la seguridad jurídica (Enciclopedia Wikipedia, 2006).

Este principio, consagrado en el párrafo primero del artículo décimo sexto Constitucional, constituye la máxima protección a los bienes jurídicamente tutelados de los gobernados, porque obliga que todo acto de autoridad que les cause molestia en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, deberá cumplir con los siguientes requisitos: emanar de autoridad competente, constar por escrito y encontrarse debidamente fundado y motivado.

El maestro Díaz de León, establece que la legalidad es un “principio constitucional por el cual los órganos de gobierno no pueden actuar más allá de lo que la Constitución y la ley les permiten” (2000, Tomo I, página 1264).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, también en la fuente “Colección Garantías Individuales / Las Garantías de Seguridad Jurídica” (2003, p. 82), señala que:

“La garantía de legalidad consagrada en el artículo 16 constitucional, descansa en el llamado ‘principio de legalidad’, consistente en que las autoridades del Estado sólo pueden actuar cuando la ley se los permita, en la forma y términos que la propia ley determine”.

El principio de legalidad en el sistema legal mexicano, consiste entonces en que todo acto de molestia debe constar en un mandamiento escrito, de autoridad competente, que lo funde y motive; pues a través de esos principios

se llega la finalidad primordial de este principio, consistente en que la autoridad sólo puede actuar cuando la ley la faculte para ello y en la forma que la misma legislación establezca.

En general, “legalidad” significa conformidad a la ley.

Se llama principio de legalidad a aquél en virtud del cual los poderes públicos están sujetos a la ley, de tal forma que todos sus actos deben ser conforme a ésta, bajo la pena de invalidez. Es otras palabras, es susceptible de ser inválido todo acto de los poderes públicos que no sea conforme a la legislación aplicable a cada caso concreto.

Se entiende que esta regla se refiere especialmente, aunque no de forma exclusiva, a los actos del Estado que pueden incidir sobre los derechos subjetivos de los ciudadanos, como la libertad o la propiedad, por citar algunos, limitándolos o extinguiéndolos.

1.4. EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

El debido proceso es en sí, el derecho que tiene el gobernado a un juicio justo, antes de ser privado de su vida, libertad, derechos, propiedades o posesiones.

La esencia del derecho al debido proceso legal es, al tenor de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el derecho de toda persona a:

“[...] ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el

examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 2006).

Así, el debido proceso legal, abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa del gobernado en aquellos casos en que la determinación final sobre sus derechos u obligaciones estén a consideración de la autoridad judicial.

En el sistema legal mexicano, el debido proceso se encuentra implícito de manera tácita en los artículos décimo cuarto párrafo segundo y décimo sexto párrafo primero Constitucionales.

Por lo que, para atender a su estudio, es importante destacar, como ya se dijo con anterioridad, que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla a los llamados actos de molestia y actos privativos, cuya diferencia radica en que los primeros únicamente limitan o restringen de manera provisional o preventiva un derecho; por lo que para su emisión bastará con que se cumplan las exigencias previstas en el diverso numeral décimo sexto Constitucional, en su primer párrafo.

Mientras que los segundos, es decir, los actos privativos, son los que disminuyen, quebrantan, deterioran o eliminan en forma definitiva un derecho del gobernado; para su legítima procedencia además de cumplirse los requisitos del artículo décimo cuarto, párrafo segundo de la Carta Magna, también deberán actualizarse los señalados en el párrafo anterior.

Es decir, para que un acto de molestia sea legal bastará que:

a) Emane de un mandamiento escrito.

b) De autoridad competente.

c) En el que se funde y motive la causa legal del procedimiento.

Sin embargo, para que el acto privativo tenga ese carácter (de legal), deberá cumplir además con los siguientes requisitos:

a) La existencia de un juicio previo.

b) Ante órganos jurisdiccionales ya existentes.

c) Donde se hayan cumplido las formalidades esenciales del procedimiento.

d) Y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Pero además también:

e) Deberá constar por escrito.

f) Provenir de autoridad competente; y,

g) Obligadamente deberá estar debidamente y motivado.

Ello constituye el llamado principio del debido proceso, consagrado en los artículos décimo cuarto y décimo sexto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque a través de esos preceptos se otorga la certeza jurídica al gobernado de que para ser privado (definitivamente) de su

libertad, posesiones, propiedades o derechos, deberá haber existido un juicio, ante un tribunal previamente establecido, en el que se hayan cumplido las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Pero aunado a lo demás, la resolución definitiva en la que se establezca esa privación definitiva de las prerrogativas del ciudadano deberá constar por

escrito, provenir de autoridad competente y estará debidamente fundada y motivada.

José Ovalle Favela (2002, p. 275-276), explica lo anterior de la siguiente manera:

“[...] los actos de molestia están sujetos sólo a la garantía de legalidad establecida en el art. 16, los actos privativos deben someterse tanto a las garantías de audiencia y legalidad contenidas en el art. 14 como a la legalidad del art. 16, ya que todo acto privativo es necesariamente, además, un acto de molestia. Así, por ejemplo, las sentencias de los tribunales, en tanto que son actos privativos, deben ser resultado de un proceso jurisdiccional que satisfaga la garantía de audiencia conforme al párrafo segundo del art. 14 constitucional y deben apegarse a la legalidad señalada en alguno de los dos últimos párrafos de dicho precepto (según se trate de procesos penales o civiles en sentido amplio); pero, en tanto que también son actos de molestia, deben cumplir además con la legalidad exigida en el art. 16 constitucional”.

Esto es así, porque para que una autoridad pueda afectar de manera definitiva a un particular en su persona o en sus derechos, el acto de afectación en principio deberá estar precedido de un procedimiento en el que se haya escuchado previamente al afectado en defensa de sus derechos, para que tuviera conocimiento de todos los elementos del caso en forma completa, clara y abierta, para que tuviera la oportunidad de probar y alegar lo que a su derecho convenga.

Sin que sea necesario explicar de manera más exhaustiva los requisitos que integran el llamado principio del debido proceso, pues los mismos ya

fueron explicados en forma explícita en los anteriores puntos del presente trabajo.

1.5. EL PRINCIPIO DE CERTEZA COMO GARANTÍA ADICIONAL EN MATERIA PENAL

En el ámbito jurídico existen los principios de legalidad o de seguridad jurídica, a los que también se les puede denominar de certeza jurídica, lo cual en un ambiente genérico se estiman sinónimos, y que es la observancia de los procedimientos previamente establecidos en los que se observen las formalidades correspondientes, ante tribunales y con leyes establecidas con anterioridad a los hechos controvertidos, para privar o en su caso restablecer a un gobernado de sus bienes o derechos.

Sin embargo en materia penal, como lo señala la acepción que se individualiza en el presente apartado, existe un principio denominado de certeza, y que se materializa cuando la autoridad jurisdiccional debe condenar a un procesado.

Es decir, para emitir sentencia el juzgador debe valorar las pruebas de tal manera, que le lleven a una plenitud de certeza de comisión del ilícito, esto es, que no exista duda de que efectivamente los hechos por los que se inicio la averiguación previa, deban ser sancionados conforme a la legislación.

Por lo tanto, tal principio se reduce a la plenitud de prueba, como se observa del criterio 595, visible en la página doscientos ochenta y tres, Tomo II, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, de dos mil, Quinta Época, de rubro y texto:

“Certeza jurídica. La certeza jurídica es la máxima de probabilidades del hecho probado, de que ciertamente hubiera sido así”.

En efecto para que se condene a un procesado en materia penal, se debe observar el contenido del siguiente artículo del Código de Procedimientos Penales, para el Distrito Federal, que expone:

“Artículo 261.- El Ministerio Público, los jueces y tribunales según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace natural, más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de las presunciones hasta poder considerar su conjunto como prueba plena”.

Y que está plenamente relacionado con el principio de presunción de inocencia posteriormente referido.

De tal manera, que nadie es culpable, hasta que se demuestre (compruebe) lo contrario.

Esta premisa universal está plenamente tutelada en nuestra legislación, porque al procesado se le otorgan múltiples oportunidades de probar que los hechos por los que se le fincó un proceso penal, no son ciertos, basta observar que durante el proceso se le otorgan múltiples momentos para ofrecer y en consecuencia desahogar pruebas, situación que no se otorga en ninguna otra rama del Derecho.

En efecto, observemos que el Código de Procedimientos Penales en juicio ordinario, con su necesaria averiguación previa señala los siguientes momentos procesales para los efectos indicados, y que son:

a) En la averiguación previa:

“Artículo 269.- Cuando el inculpado fuere detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato en la siguiente forma: [...] III.- Será informado de los derechos que en averiguación previa consigna en su favor la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [...] f) Que se le reciban los testigos y las demás pruebas que ofrezca, las cuales se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediendo el tiempo necesario para su desahogo, siempre que no se traduzca en dilación de la averiguación previa y las personas cuyos testimonios ofrezcan se encuentren presentes en la oficina del Ministerio Público...”.

b) En la declaración preparatoria del inculpado:

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

I. Se dictará dentro del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial; [...] El plazo a que se refiere la fracción I de este artículo, se duplicará cuando lo solicite el inculpado por sí, o por su defensor, al rendir su declaración preparatoria, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica...”.

c) Como consecuencia del auto de término Constitucional:

“Artículo 314.- En el auto de formal prisión se ordenará poner el proceso a la vista de las partes para que propongan, dentro de quince días contados desde el siguiente a la notificación de dicho auto, las pruebas que estimen pertinentes, las que desahogarán en los quince días posteriores, plazo dentro del cual se

practicarán, igualmente, todas aquellas que el Juez estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad y en su caso, para la imposición de la pena.

Si al desahogar las pruebas aparecen de las mismas nuevos elementos probatorios, el juez podrá señalar otro plazo de tres días para aportar pruebas que se desahogarán dentro de los cinco días siguientes para el esclarecimiento de la verdad”.

d) Como consecuencia del cierre de instrucción:

“Artículo 314. [...] Cuando el Juez o Tribunal considere agotada la instrucción lo determinará así mediante resolución que notificará personalmente a las partes. Según las circunstancias que aprecie el Juez en la instancia podrá, de oficio, ordenar el desahogo de las pruebas que a su juicio considere necesarias para mejor proveer, o bien ampliar el plazo de su desahogo hasta por cinco días más”.

Entonces, todos los momentos procesales descritos, están dirigidos a que exista una total certeza de la autoridad judicial, de que efectivamente se cometieron los hechos por los que se inicio el proceso correspondiente y de tal manera no sancionar incorrectamente a un procesado.

El principio en cuestión, esta complementado, por los similares “*in dubio pro reo*” y suplencia de la queja deficiente, analizados a continuación.

1.5.1. EL PRINCIPIO “IN DUBIO PRO REO”

También conocido como la presunción de inocencia, constituye un derecho fundamental implícito tácitamente en nuestro sistema legal constitucional; es una garantía procesal insoslayable para todo

gobernado, consistente en el plano procesal en que en caso de duda debe absolverse al acusado y no debe aplicársele pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoria.

En general, el principio *“in dubio pro reo”*, consiste en el derecho de toda persona acusada de la comisión de un delito, a ser considerada como inocente en tanto no se establezca legalmente su culpabilidad, a través de una sentencia definitiva.

La presunción de inocencia se ha considerado como uno de los pilares del ordenamiento jurídico de todo Estado democrático, al establecer la responsabilidad penal del individuo, únicamente cuando esté debidamente acreditada su culpabilidad.

La razón de ser de la presunción de inocencia es la seguridad jurídica, la necesidad de garantizar a toda persona inocente que no será condenada sin que existan pruebas suficientes que destruyan tal presunción; esto es, que demuestren su culpabilidad y que justifiquen una sentencia condenatoria en su contra.

Si bien en la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se prevé expresamente el principio de presunción de inocencia, sí se contiene implícitamente en los artículos Constitucionales que a continuación se señalan:

“Art. 14. [...] 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 trata”.

“Artículo 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 causa legal del procedimiento”.

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

“Artículo 21. La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. 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. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas”.

De la interpretación armónica y sistemática de los anteriores dispositivos constitucionales, se desprende, por una parte, el principio del debido proceso legal, ya analizado en el presente trabajo, y que implica en materia penal, que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación

correspondiente y que el juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable.

Y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo décimo noveno Constitucional, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar “los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”; en el artículo vigésimo primero, al disponer que “la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”; así como en el artículo 102, al establecer que compete al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole “buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos”.

En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia o de *“in dubio pro reo”* dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, *a priori*, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

Así, con independencia de los Tratados Internacionales, que contienen la

presunción de inocencia en materia penal, lo cierto es que la propia Constitución Federal implícitamente reconoce tal principio.

México, en relación con el tema de la presunción de inocencia, ha suscrito, entre otros, los siguientes Tratados Internacionales:

a) La Declaración Universal de Derechos Humanos, que dispone:

“Artículo 11. 1. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” (Declaración Universal de Derechos Humanos, 2006).

b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece:

“Artículo 14.2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley” (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos / Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, 2006).

c) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, al respecto señala:

“Artículo 8º. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2006).

Así, el principio de presunción de inocencia, consiste en el plano procesal en que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su

inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad en un juicio en el que se respeten todos los derechos inherentes a la garantía de audiencia.

En este sentido, la presunción de inocencia produce un desplazamiento de la carga de la prueba a las partes acusadoras, a quienes corresponde probar los elementos constitutivos de la pretensión acusatoria.

Si todo acusado se presume inocente hasta que sea condenado, lógicamente la presunción de inocencia también ha de incidir en las reglas de distribución de la carga material de la prueba, produciendo un desplazamiento de la misma hacia la parte acusadora.

En consecuencia, corresponde a la acusación, y no a la defensa la realización de la actividad probatoria de cargo necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia, pues de lo contrario, el acusado se vería sometido a probar hechos negativos.

Por lo anterior, este principio se traduce en que el inculpado no está obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, pues no tiene la carga de probar su inocencia; lo anterior se traduce en lo siguiente:

a) Ninguna ley puede establecer al reo la carga de la prueba de acreditar su inocencia.

b) El juez, en caso de duda debe de absolver al reo.

No obstante, el apotegma de *"in dubio pro reo"*, tiene una excepción al

establecer la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la llamada prisión preventiva, por virtud de la cual, el procesado estará en prisión durante el tiempo que dure el proceso y hasta el dictado de la sentencia definitiva cuando sea absuelto, claro está, a menos que se le haya concedido la libertad provisional bajo caución y se haya acogido a ese beneficio.

En efecto, ello deriva del Pacto Federal, que en lo conducente señala:

“Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”

En consecuencia, podemos concluir que el aforismo “*in dubio pro reo*”, consiste básicamente en que ante la ausencia de prueba plena o duda para establecer la responsabilidad penal del inculpado deberá invariablemente absolvérsele.

Este principio aplicado a la valoración de la prueba o a la construcción de la sentencia es una de las consecuencias directas y más importantes del principio de inocencia.

Finalmente, para ilustrar lo anterior, se considera pertinente citar la tesis de jurisprudencia por reiteración, número quinientos cuarenta y uno, visible en la página cuatrocientos veintidós, Tomo II, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, que dice:

“Duda absolutoria. Alcance del principio *in dubio pro reo*. El aforismo *in dubio pro reo* no tiene más alcance que el consistente en que en ausencia de prueba plena debe absolverse al acusado” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006).

1.5.2. LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE

Para comprender el significado y alcance del tema en estudio, se debe partir sobre la base de que el juzgador al resolver un determinado conflicto se encuentra obligado a tomar en consideración únicamente lo que las partes expresamente hayan referido durante la tramitación del proceso respectivo y no más.

Sin embargo, ello tiene sus excepciones de acuerdo a la naturaleza, ya sea del conflicto planteado o de quien sea una de las partes que intervienen en el mismo.

Estrictamente desde el punto de vista de la materia penal; pero en particular del recurso de apelación y del juicio de amparo, se ha implementado la figura jurídica conocida como la “suplencia de la queja deficiente”, cuya finalidad primordial consiste en que el órgano jurisdiccional, ya sea facultado para estudiar cuestiones de legalidad o de constitucionalidad, según sea el caso, pueda dejar de ceñirse a los agravios o conceptos de violación expuestos y de oficio estudiar cualquier aspecto ilegal o inconstitucional que aprecie, únicamente cuando ello sea a favor del inculpado o en los casos en que éste tenga el carácter de quejoso.

En primer lugar, se analizará la esa figura jurídica desde el punto de vista

del derecho procesal penal y, posteriormente, en lo que se refiere en materia de amparo.

Así, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, refiere:

“Artículo 415. La segunda instancia solamente se abrirá a petición de parte legítima para resolver sobre los agravios que deberá expresar el apelante al interponer el recurso o en la vista; pero el tribunal de alzada podrá suplir la deficiencia de ellos, cuando el recurrente sea el procesado o se advierta que sólo por torpeza el defensor no hizo valer debidamente las violaciones causadas en la resolución recurrida”.

A través de ese numeral se otorga al tribunal de apelación la facultad de suplir la deficiencia de los agravios del inculpado cuando advierta que su defensor no los hizo valer adecuadamente.

Es en todo caso un deber funcional, inherente a la actividad de juzgar en la segunda instancia, suplir la deficiencia de expresión de agravios del procesado.

La *ratio iuris* de esa parte del artículo en análisis consiste en que el sentido recto de la justicia criminal se ve afectada por una inconveniente defensa del justiciable.

Por otra parte, en estricto sentido, el juicio de amparo es el medio de defensa que la Constitución concede al gobernado en contra de los actos de autoridad que estime violatorios de las garantías que ella misma le otorga; este medio de control constitucional es regido por reglas o principios que lo estructuran, algunos de los cuales sufren excepciones atendiendo

particularmente a la índole del quejoso, a la naturaleza del acto reclamado y aún a los fines del propio juicio.

Esos principios son:

- a) De iniciativa o instancia de parte agraviada;
- b) Existencia del agravio personal y directo;
- c) De relatividad de la sentencia;
- d) Definitividad del acto reclamado; y,
- e) De estricto derecho.

No obstante, sólo se analizará el principio de estricto derecho, porque de la excepción a su contenido surge la denominada “suplencia de la queja deficiente”, que constituye el tema en estudio en el presente punto.

El principio de estricto derecho, se encuentra plasmado en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dice:

“Artículo 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 a las bases siguientes: [...] II.- La sentencia será siempre tal, que 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”.

Ese principio estriba en que el juzgador debe concretarse a examinar la constitucionalidad del acto reclamado a la luz de los argumentos externados en los conceptos de violación expresados en la demanda y si se trata de resolver un recurso interpuesto contra la resolución pronunciada por el juez de Distrito, en que el revisor se limite a apreciar tal resolución tomando en cuenta, exclusivamente, lo argüido en los “agravios”.

Carlos Arellano García (1999, p. 25), dice al respecto:

“En el medio doctrinal y también en el forense, se denomina principio de estricto derecho a aquel que limita al juzgador a fallar dentro de los límites propuestos por las partes contendientes en el juicio respectivo [...] el juzgador de amparo limitará la función jurisdiccional a resolver los actos reclamados señalados en la demanda de amparo y no sobre otros [...] se limitará a resolver en contra de las autoridades que hayan sido designadas como responsables y no sobre otras. Se limitará a sobre los conceptos de violación que se hayan hecho valer [...] no se harán consideraciones de inconstitucionalidad o ilegalidad que el quejoso no haya planteado [...]”.

En virtud de este principio puede ocurrir que, no obstante que el acto reclamado sea notoriamente inconstitucional, se niegue la protección de la justicia federal solicitada por no haberse hecho valer el razonamiento idóneo, conducente a aquella conclusión; y que, siendo ostensiblemente ilegal la resolución recurrida, deba confirmarse por no haberse expuesto el agravio apto que condujera a su revocación.

El órgano de control constitucional no podrá realizar libremente el examen del acto reclamado, en la primera instancia, si se trata de amparo indirecto, o en única instancia si es directo, ni de la resolución recurrida si el amparo es bi-instancial, pues debe limitarse a establecer, respectivamente, si los citados conceptos de violación y, en su oportunidad, los agravios, son o no fundados, de manera que no está legalmente en aptitud de determinar que el acto reclamado es contrario a la Carta Magna por un razonamiento no expresado en la demanda, ni que la sentencia o resolución recurrida se aparta de la ley por una consideración no aducida en los agravios respectivos.

No obstante, el principio de estricto derecho tiene sus excepciones, según se desprende de lo dispuesto por la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al señalar.

“Artículo 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 a las bases siguientes: [...] II. [...] En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de esta Constitución”.

Por su parte, en la Ley de Amparo se indica:

“Artículo 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 aun 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 sólo se aplicará en favor del trabajador.

V.- En favor de los menores de edad o incapaces.

VI.- En otras materias, 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”.

Como se advierte, ese numeral establece varias excepciones al citado principio de estricto derecho, de donde deriva la figura jurídica conocida como “suplencia de la queja deficiente”; esas excepciones varían atendiendo unas a la naturaleza del acto reclamado, y otras a las circunstancias personales del quejoso y del recurrente.

Al respecto, el ilustre jurista Juventino V. Castro (2004, p. 403), señala que la suplencia de la queja:

“Es un acto jurisdiccional dentro del proceso de amparo, de eminente carácter proteccionista y antiformalista, cuyo objeto es integrar dentro de la litis las omisiones cometidas en las demandas de amparo, para ser tomadas en cuenta al momento de sentenciar, siempre en favor del quejoso y nunca en su perjuicio, con las limitaciones y los requisitos constitucionales conducentes”.

Ahora bien, sólo tres de esas excepciones interesan a la materia penal; esto es, las señaladas en las fracciones I, II y V del citado numeral de la Ley de Amparo, analizadas en seguida.

Por lo que se refiere a la fracción I, establece que la suplencia se dará en cualquier materia, cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La fracción II, señala que, en materia penal, la suplencia operará aún ante la ausencia de conceptos de violación o de agravios del reo; de lo que se infiere, que debe suplirse la queja deficiente cuando el quejoso sea el reo, entendiéndose este término como correlativo de indiciado, inculpado, procesado, acusado o sentenciado; y podrá operar aún ante la falta total de conceptos de violación o agravios.

Es tan ostensible el propósito del legislador de hacer que el juicio de amparo constituya para el reo un medio fácil de defensa, que sienta las bases para que el juzgador lo proteja apoyándose en las consideraciones que estime oportuno aducir, aunque aquél haya omitido todo razonamiento tendiente a demostrar la inconstitucionalidad del acto reclamado o la ilegalidad de la resolución que recurra.

La libertad de apreciación del órgano de control constitucional es absoluta a los casos en que advierta que ha habido en contra del agraviado una violación manifiesta de la ley que lo ha dejado sin defensa, o que, se le haya juzgado por una ley que no es exactamente aplicable al caso.

Sin que sea óbice precisar, que aún y cuando se trate de materia penal, no podrá suplirse la queja deficiente a las demás partes en el juicio de amparo, es decir, a la autoridad responsable, tercero perjudicado o Ministerio Público de la Federación; tampoco del ofendido cuando tenga el carácter de quejoso.

Finalmente, por lo que se refiere a la fracción V, autoriza la excepción del principio en análisis a favor de los menores de edad o incapaces.

Aunado a lo anterior, en la propia Ley de Amparo, se lee lo siguiente:

“Artículo 79.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación, los tribunales colegiados de circuito y los jueces de distrito, deberán corregir los errores que adviertan en la cita de los preceptos constitucionales y legales que se estimen violados, y podrán examinar en su conjunto los conceptos de violación y los agravios, así como los demás razonamientos de las partes, a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada, pero sin cambiar los hechos expuestos en la demanda”.

Ese numeral es el principal rector de la excepción al principio de definitividad, pues señala de manera taxativa los órganos jurisdiccionales que

estarán obligados a suplir la deficiencia de la queja y los casos en que deberán hacerlo.

El principio de “suplencia de la queja deficiente”, en términos generales, ya sea durante el proceso penal o en materia de amparo, tiene como finalidad primordial de la de otorgar certeza jurídica al gobernado (con el carácter de indiciado, procesado, sentenciado o quejoso, según sea el caso y la instancia de que se trate), de que no podrá ser perjudicado por el desconocimiento que tenga de la ley penal y mucho menos ante la torpeza o negligencia de quien sea su defensor.

CAPÍTULO 2

EL DELITO Y LA AVERIGUACIÓN PREVIA

2.1. EL DELITO COMO ANTECEDENTE DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

2.1.1. CONCEPTO

Es difícil encontrar una definición única en las doctrinas jurídicas respecto a lo que se debe entender por delito; sin embargo, en forma general puede decirse que ilícito penal, como también se le conoce, es toda acción intencional o involuntaria sancionada en las normas penales.

Según la Real Academia Española, la palabra delito proviene de *delicto*, y quiere decir “culpa, quebrantamiento de la ley” o “acción u omisión voluntaria o imprudente penada por la ley”. (Diccionario de la Real Academia, 2006).

El Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano (2001, p. 1035), lo define como: “acción u omisión ilícita y culpable expresamente descrita por la ley bajo la amenaza de una pena o sanción criminal”.

Pavón Vasconcelos (2002, p. 188), señala que delito es: “la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible”.

Por su parte, Muñoz Conde y García Arán, lo definen como: “la acción u omisión típica, antijurídica culpable y punible” (2002, p.201).

Mientras que, Díaz de León, en su Diccionario de Derecho Procesal Penal (2000, p. 641, Tomo 1), dice que es: “la acción típica, antijurídica y culpable”.

Y va más allá, al señalar que también puede entenderse como: “el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Acción punible entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena. Infracción culpable de la norma penal”.

Carrancá y Trujillo (1955, citados por Petit, 1977, p. 247), no establecen en sí una definición de delito; sin embargo, se considera destacado citarlos porque señalan los elementos que a su criterio lo integran, lo cual se considera importante para tener una mejor comprensión de lo que se entiende por ilícito penal; así, esos juristas establecen que: “[...] los caracteres constitutivos del delito, según el Código Penal, son: tratarse de un acto o de una omisión, en una palabra, de una acción, de una conducta humana; y estar sancionados por las leyes penales”.

En base a lo anterior, se puede concluir que el delito es la conducta descrita en la ley penal, contraria al orden del derecho vigente, cuya comisión se atribuye a una persona determinada, y que tiene implícita una pena descrita por la propia ley.

Sin que esté por demás señalar que el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, a diferencia de su antecesor, no establece un concepto expreso de lo que debe entenderse por el término en estudio, no obstante de que su Título Segundo se denomina “El Delito”; aunque es de destacarse que establece que el ilícito sólo puede ser realizado por acción o por omisión y que las acciones u omisiones delictivas sólo pueden realizarse dolosa o culposamente.

2.2. CONCEPTO DE AVERIGUACIÓN PREVIA

La averiguación previa, que se desarrolla ante el Ministerio Público, es considerada la primera fase del procedimiento penal mexicano, porque con ella da inicio el trámite procesal que en el caso y momento oportuno culminará con la emisión de una sentencia definitiva.

Según Osorio y Nieto (2000, p. 3), es:

a) Como atribución del Ministerio Público: facultad que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos otorga para la investigación de delitos.

b) Como fase del procedimiento penal: la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para conocer la verdad histórica de un hecho posiblemente delictivo; y,

c) Entendida como expediente: el documento que contiene todas las diligencias realizadas por el órgano investigador para conocer la verdad histórica de un hecho posiblemente delictivo, y en su caso comprobar o no, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal.

Por su parte, García Ramírez y Adato Green (2002, p. 31), señalan con toda claridad que:

“La averiguación previa es la primera etapa del procedimiento penal [...] procura el esclarecimiento de hechos que revelan la existencia de datos que acrediten el

cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del inculpado [...] comienza con la noticia del crimen –*notitia criminis*- obtenida por la denuncia o la querrela, y culmina con el ejercicio de la acción penal o la resolución de no ejercicio, archivo o sobreseimiento administrativo” (p. 31).

Señalando las actividades del Ministerio Público, se encuentra que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, refiere:

“Artículo 3º.- Corresponde al Ministerio Público:

I. Dirigir a la Policía Judicial en la investigación que ésta haga para comprobar el cuerpo del delito ordenándole la práctica de las diligencias que, a su juicio, estime necesarias para cumplir debidamente con su cometido, o practicando él mismo aquellas diligencias;

II. Pedir al juez a quien se consigne el asunto la práctica de todas aquellas diligencias que, a su juicio, sean necesarias para comprobar la existencia del delito y de sus modalidades.

III. Ordenar, en los casos a que se refiere el artículo 266 de este Código la detención o retención según el caso, y solicitar cuando proceda la orden de aprehensión;

IV. Interponer los recursos que señala la ley y seguir los incidentes que la misma admite;

V. Pedir al juez la práctica de las diligencias necesarias para comprobar la responsabilidad del acusado.

VI. Pedir al juez la aplicación de la sanción que en el caso concreto estime aplicable; y

VII. Pedir la libertad del detenido cuando ésta proceda”.

“Artículo 4º.- Cuando de la averiguación previa no aparezca detención de persona alguna, el Ministerio Público practicará todas las diligencias necesarias, hasta dejar comprobados los requisitos que señala el artículo 16 constitucional para obtener la orden de aprehensión”.

“Artículo 9º Bis.- Desde el inicio de la averiguación el Ministerio Público tendrá la obligación de:

I.- Hacer cesar, cuando sea posible, las consecuencias del delito;

II.- Recibir la declaración escrita o verbal correspondiente e iniciar la averiguación del caso, en los términos de este Código, de conformidad con los principios constitucionales de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, eficiencia y eficacia;

III.- Informar a los denunciante o querellantes sobre su derecho a ratificar la denuncia o querrela en el mismo acto y a recibir su ratificación inmediatamente, o a recibirla dentro de las 24 horas siguientes, cuando se identifiquen debidamente y no exista impedimento legal para ello, tiempo en el cual los denunciante o querellantes deberán acreditar plenamente su identidad, salvo que no residan en la ciudad o exista algún impedimento material que deberá ser razonado por el Ministerio Público;

IV.- Iniciar e integrar la averiguación previa correspondiente cuando así proceda;

V.- Practicar las diligencias inmediatas procedentes cuando de las declaraciones se desprendan indicios de la comisión de conductas delictivas;

VI.- Expedir gratuitamente, a solicitud de los denunciante o querellantes, copia simple de su declaración o copia certificada en términos de lo previsto por este Código y por el Código Financiero del Distrito Federal;

VII.- Trasládase al lugar de los hechos, para dar fe de las personas y de las cosas afectadas por el acto delictuoso, y a tomar los datos de las personas que lo hayan presenciado, procurando que declaren, si es posible, en el mismo lugar de los hechos, y citándolas en caso contrario para que dentro del término de veinticuatro horas comparezcan a rendir su declaración, y a realizar todas las diligencias inmediatas a que hace referencia este Código y las demás conducentes para la integración debida de la averiguación;

VIII.- Asegurar que los denunciantes, querellantes u ofendidos precisen en sus declaraciones los hechos motivos (sic) de la denuncia o querrela y las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que ocurrieron;

IX.- Proponer el no ejercicio de la acción penal cuando de las declaraciones iniciales y de los elementos aportados no se desprenda la comisión de conductas delictivas o elemento alguno para su investigación;

X.- Solicitar al denunciante o querellante que aporte los datos necesarios para precisar la identidad del probable responsable y dar de inmediato intervención a peritos para la elaboración de la media filiación y el retrato hablado;

XI.- Dar intervención a la policía judicial con el fin de localizar testigos que aporten los datos para identificar al probable responsable, así como datos relacionados con la comisión de los hechos delictivos;

XII.- Programar y desarrollar la investigación, absteniéndose de diligencias contradictorias, innecesarias, irrelevantes o inconducentes para la eficacia de la indagatoria;

XIII.- Expedir y fechar de inmediato los citatorios o comparecencias ulteriores, de denunciantes, querellantes, testigos, probables responsables, o de cualquier compareciente, ante el Ministerio Público, de acuerdo con el desarrollo expedito, oportuno y eficaz de la indagatoria, siendo responsables los agentes del Ministerio Público que requieran las comparecencias y sus auxiliares, de

que se desahoguen con puntualidad y de conformidad con la estrategia de investigación correspondiente.

XIV.- Solicitar la reparación del daño en los términos de este Código; e

XV.- Informar a la víctima o, en su caso, a su representante legal, sobre el significado y la trascendencia del otorgamiento del perdón cuando decidan otorgarlo”.

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

II. (sic) Cuando se trate de delitos en los que sólo se puede proceder por querrela necesaria, si no se ha presentado ésta; y

II. Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado”.

“Artículo 265.- Al iniciar sus procedimientos el Ministerio Público, o la policía judicial, se trasladarán inmediatamente al lugar de los hechos, para dar fe de las personas y de las cosas a quienes hubiere afectado el acto delictuoso y tomarán los datos de las que lo hayan presenciado, procurando que declaren, si es posible, en el mismo lugar de los hechos, y citándolas, en caso contrario, para que dentro del término de veinticuatro horas comparezcan a rendir su declaración”.

De conformidad con esos numerales, se señala que la averiguación previa tiene por objeto que el Ministerio Público practique todas las diligencias necesarias para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, porque se trata de la primera fase del procedimiento penal

mexicano, cuya finalidad primordial consiste en preparar el ejercicio de la acción penal.

Es decir, es la etapa del procedimiento penal durante la cual el Ministerio Público, practicará las diligencias correspondientes con el fin de acreditar los elementos del cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, para estar así en aptitud, dentro de los términos previstos por la ley, de determinar si ejercita o no la acción penal correspondiente.

Congruente con lo anterior, Guillermo Colín Sánchez (2002, p. 211), considera que:

“La preparación del ejercicio de la acción penal se realiza en la averiguación previa, etapa procedimental en que el Ministerio Público, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar, para esos fines, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad”.

Durante esta etapa, una vez que el agente del Ministerio Público a través de la denuncia o querrela, según corresponda, tenga conocimiento de la existencia de la comisión de hechos posiblemente constitutivos de delitos, procederá a practicar las diligencias correspondientes para acreditar los elementos del cuerpo delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, para estar así, en posibilidad de ejercitar la acción penal correspondiente.

Finalmente, sobre este punto se dice que en la averiguación previa, es determinante el imperio del artículo décimo sexto de nuestra Carta Magna, que establece en su párrafo segundo la necesidad de que exista una

denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad para poder librar una orden de aprehensión. Es decir, reglamenta los requisitos de procedibilidad que dan nacimiento al procedimiento penal; los cuales serán materia de análisis en este trabajo en posteriores líneas.

2.3. NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica de la averiguación previa deriva de lo establecido en los artículos décimo sexto y vigésimo primero Constitucionales, que en su parte conducente señalan:

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

“Artículo 21. [...] La investigación y persecución de los delitos incumbe el Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato [...]”.

Ello es así, porque el primer precepto establece que sólo podrá librarse orden de aprehensión por la autoridad judicial, siempre y cuando exista denuncia o querrela de un hecho señalado por la ley como delito y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad penal del inculpado.

Mientras que el segundo, otorga la facultad al Ministerio Público y

únicamente a esa institución, para que lleve a cabo la investigación y persecución de los delitos.

Es decir, para que la autoridad jurisdiccional esté en posibilidad de girar una orden de aprehensión, se necesita invariablemente como antecedente la correspondiente consignación y solicitud del Ministerio Público. Para que esto último ocurra, se requiere a su vez que el representante social haya recabado la denuncia o querrela correspondiente, acreditado el cuerpo del delito y recabado los datos que hagan probable la responsabilidad penal del indiciado.

Esto únicamente lo puede realizar el órgano investigador a través de la averiguación previa, pues será durante su integración que el Ministerio Público practicará las diligencias correspondientes para cumplir con los requisitos que el artículo décimo sexto Constitucional exige para el libramiento de una orden de aprehensión, la cual será solicitada a través de la consignación.

Lo anterior se puede resumir de la siguiente manera: sólo durante la averiguación previa el Ministerio Público, como único órgano facultado Constitucionalmente para llevar a cabo la investigación y persecución de los delitos (artículo vigésimo primero Constitucional), podrá a través de la práctica de las diligencias conducentes, acreditar la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del inculpado, y estar así en posibilidad de ejercitar la acción penal correspondiente para solicitar al órgano jurisdiccional libre la orden de captura prevista por la ley, que puede ser orden de aprehensión o comparecencia, según sea el caso (artículo

décimo sexto Constitucional), con el fin de allegar al inculpado al proceso penal que se le seguirá.

Al respecto, es importante señalar lo que dicen Osorio y Nieto (2000, p. 3 y 4), que expone:

“El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la atribución del Ministerio Público de investigar y perseguir delitos [...] el preprocesal abarca precisamente la averiguación previa, constituida por la actividad investigadora del Ministerio Público, tendiente a decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal con base en el conocimiento de la verdad histórica; el mencionado artículo 21 Constitucional otorga por una parte una atribución al Ministerio Público, la función investigadora auxiliado por la Policía Judicial; por otra, una garantía para los individuos, pues sólo el Ministerio Público puede investigar delitos [...] La función investigadora del Ministerio Público tiene su fundamento en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe atender a lo preceptuado en el artículo 16 del mismo ordenamiento [...] y tiene por finalidad decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal [...] con base en la verdad histórica y fundamentos jurídicos”.

De lo anterior, puede concluirse que la naturaleza jurídica de la averiguación previa, deviene incondicionalmente de los artículos décimo sexto y vigésimo primero Constitucionales, porque a través de éstos se faculta a la figura jurídica del Ministerio Público para investigar y perseguir los delitos; lo cual podrá hacer únicamente a través de la averiguación previa, pues en ésta se contendrán las diligencias practicadas por esa autoridad administrativa con la finalidad de acreditar los elementos del cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, para estar así en aptitud de decidir si ejercita o no la acción penal

correspondiente y en caso de optar por ésta última opción, podrá ser con detenido o sin él.

En el primer caso, remitirá las constancias relativas a la averiguación previa y dejará al inculpado a disposición del juez de la causa en el centro de reclusión correspondiente para que resuelva su situación jurídica dentro del plazo Constitucional; en el segundo, solicitará al órgano jurisdiccional gire la correspondiente orden de captura (aprehensión o comparecencia) para lo cual tendrán que encontrarse acreditados los extremos ya señalados que para tal efecto precisa el artículo décimo sexto de la Carta Magna, con el fin de allegar al indiciado ante la autoridad jurisdiccional

2.4. INTEGRACIÓN

La averiguación previa se integrará invariablemente por la totalidad de las actuaciones practicadas por el representante social para conocer la verdad histórica del hecho (probablemente delictivo) de que se trate, para que esté así en posibilidad de comprobar o no, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, y en base a ello, decidir si ejercita o no la acción penal correspondiente.

Sea cual fuere la decisión del órgano investigador, será necesaria la existencia de las constancias conducentes que avalen su decisión, pues sólo a través de éstas podrá justificar el sentido de su resolución.

Son múltiples y muy variadas las actuaciones que puede realizar el agente del Ministerio Público durante la etapa de averiguación previa, abordarlas en su totalidad sería ir más allá de los fines perseguidos en el presente trabajo;

no obstante, se analizarán las consideradas de mayor importancia, que son:

a) Contenido y Forma

En la averiguación previa deberán constar todas y cada una de las actividades desarrolladas por el Ministerio Público y sus auxiliares; estarán integradas de una manera sistemática y coherente, en forma cronológica, precisa y ordenada; además, para el desahogo de las mismas, estará el representante social obligado a observar en cada caso concreto las disposiciones legales que las regulen.

b) Inicio de la averiguación previa

Debe iniciar básicamente con la mención de la delegación, coordinación territorial en la que se da inicio; así como la hora y fecha correspondiente; el funcionario que ordena la integración del acta, quién es el responsable del turno y el número de averiguación de que se trata.

c) Síntesis de los hechos

Consiste en una narración breve de los hechos que motivan el levantamiento del acta.

Diligencia a la que también se conoce como "exordio" y tiene como finalidad establecer una idea general de los motivos que originaron el inicio de la averiguación previa.

d) Noticia del delito. Parte informativo y puesta a disposición

Toda averiguación previa iniciará mediante la noticia que haga del conocimiento del agente del Ministerio Público, la comisión de un hecho posiblemente constitutivo de delito.

Ésta puede ser proporcionada por un particular, un agente o miembro de una corporación policíaca o cualquier persona que tenga conocimiento de la ejecución de un hecho presumiblemente delictivo, según sea perseguible por denuncia o por querrela.

Si se trata de un particular, será interrogado con el fin de que describa los hechos que le constaron; si es miembro de alguna corporación policíaca quien da la noticia de la existencia del hecho criminoso, además de ser cuestionado, se le solicitará el parte informativo y de puesta a disposición, el cual una vez que sea ratificado será anexado a la averiguación.

e) Requisitos de procedibilidad

Son el conjunto de presupuestos legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal contra el responsable de la conducta típica.

El artículo décimo sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, refiere actualmente como requisitos de procedibilidad, la denuncia y la querrela.

En efecto, el procedimiento penal sólo podrá iniciarse mediante denuncia o querrela, entendidas como requisitos de procedibilidad.

Se considera pertinente destacar lo que se entiende por denuncia y querrela, por ser parte medular de la averiguación previa, pues como ya se citó, son indispensables para el inicio de ésta, por lo que indubitablemente deberán constar en el expediente de la indagatoria.

Según el Diccionario de la Real Academia Española (2006), la palabra denuncia proviene del verbo “denunciar”, que deviene del latín *denuntiare*, el cual, significa “noticiar, avisar”; en términos jurídicos, “dar a la autoridad judicial o administrativa parte o noticia de una actuación ilícita o de un suceso irregular”.

En el Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano (2001, p. 1070), se le define como:

“El acto en virtud del cual una persona hace del conocimiento de un órgano de autoridad la verificación o comisión de determinados hechos, con objeto de que dicho órgano promueva o aplique las consecuencias jurídicas o sanciones previstas en la ley o los reglamentos para tales hechos”.

Para el autor Carlos Barragán Salvatierra, es:

“El acto donde una persona física pone en conocimiento del órgano investigador en forma oral o escrita, la realización de un probable hecho delictuoso, ya sea que se haya cometido en su perjuicio o de un tercero, a fin de que esta autoridad tome conocimiento de los hechos narrados a fin de que se inicie la averiguación previa y la preparación del ejercicio de la acción penal o procesal penal”. (1999, p. 297).

En síntesis puede decirse que la denuncia es el acto por medio del cual una persona hace del conocimiento del Ministerio Público, la comisión de hechos posiblemente constitutivos de un delito perseguible de oficio.

En lo que respecta a la querrela, proviene del latín *querella*, que significa acusación ante juez o tribunal competente, con que se ejecutan en forma solemne y como parte en el proceso la acción penal contra los responsables de un delito (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, p. 2647).

Es el derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades correspondientes y dar su anuencia para que sea investigado y perseguido (Colín Sánchez, 2002, p. 321).

Sergio García Ramírez y Victoria Adato Green, opinan que la querrela:

“[...] es siempre requisito de procedibilidad que se resume en una manifestación de conocimiento sobre hechos delictuosos y una expresión de voluntad a efecto de que se lleve adelante la persecución procesal” (2002, p. 36).

Mientras que Osorio y Nieto, estiman que es:

“[...] una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal” (2000, p. 9).

Por lo que puede señalarse que la querrela, es el requisito de procedibilidad

a través del cual el ofendido otorga su anuencia al agente del Ministerio Público para que se lleve a la cabo la investigación de hechos que considera constitutivos de delito perpetrados en su contra.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala de manera taxativa los delitos que sólo podrán perseguirse a petición de la parte ofendida, es decir, por querrela.

En síntesis, se concluye que la denuncia es la transmisión de un conocimiento sobre determinado hecho con apariencia delictuosa, que cualquier persona puede o debe realizar ante la autoridad ministerial. A diferencia de la querrela, no constriñe la expresión de la voluntad para que se persiga el delito.

Ahora, continuando con el análisis de las restantes diligencias más destacadas que integran la averiguación previa, se encuentran también las siguientes:

f) Interrogatorios y declaraciones

Se entiende por interrogatorio, al conjunto de preguntas que realiza de manera técnica y sistemática el agente del Ministerio Público encargado de la averiguación previa, a cualquier persona que pueda proporcionar información útil para llegar a conocer la verdad histórica de los hechos investigados.

La declaración, es la narración que realiza una persona respecto de determinados hechos, personas o circunstancias que tienen relación con la

averiguación previa.

Dentro de estas diligencias se encuentran las declaraciones de la víctima u ofendido del delito, de los testigos de los hechos y del indiciado.

Actuaciones que deberán ventilarse desde luego, dentro del margen de las reglas previstas por la ley adjetiva penal aplicable, según la calidad del sujeto que declare.

g) Inspección ministerial

Es la actividad realizada por el Ministerio Público que tiene por finalidad la observación, examen y descripción de personas, lugares, objetos, etcétera, para obtener un conocimiento directo de la realidad de una conducta o hecho.

h) Reconstrucción de hechos

Su objetivo radica en reproducir la forma, modo y circunstancias en que ocurrió el hecho materia de la averiguación y apreciar las declaraciones rendidas y los dictámenes formulados.

i) Confrontación

Consiste en que el señalado como sujeto activo del delito, es identificado plenamente por la persona que le realiza la imputación directa respecto de la comisión del delito investigado.

j) Cateo

Puede entenderse genéricamente como el reconocimiento ministerial que se realiza en un domicilio particular o cualquier otro inmueble con el fin de aprehender a una persona o hallar objetos del delito.

k) Fe ministerial

Se define como la autenticación que realiza el Ministerio Público dentro de la diligencia de inspección ministerial, ya sea de personas, cosas o efectos relacionados con los hechos que se investigan.

l) La resolución final de la averiguación previa

Que puede consistir principalmente en el ejercicio de la acción penal, reserva de la averiguación, el no ejercicio de la acción penal, la consignación y la extinción de la acción penal.

Al respecto, se considera suficiente por el momento únicamente mencionarlos sin dar mayor explicación al respecto, debido a que esas figuras jurídicas serán motivo de breve análisis posterior en el cuerpo del presente trabajo de investigación.

Así, el conjunto de las anteriores diligencias darán lugar a la integración de la averiguación previa, para que en base a ellas el agente del Ministerio Público, en su facultad de autoridad investigadora-consignadora, pueda determinar el destino final que dará a la misma.

2.5. ELEMENTOS

Se ha analizado la naturaleza jurídica de la averiguación previa, que deviene de los preceptos Constitucionales correspondientes. También se han señalado las facultades y obligaciones de la representación social en la integración de la misma.

Posteriormente se indicarán los requisitos jurídicos que se requieren para el ejercicio de la acción penal, por lo que el presente se aparato se avocará a los elementos formales que se deben observar para la determinar el finiquito de la averiguación previa.

De tal manera, se encuentra que nuestro sistema jurídico, tiene como vértice la Carta Magna que señala los lineamientos que se deben observar para la coexistencia social, existiendo por ello normas secundarias, que reglamentan a mayor precisión los procedimientos por medio de los cuales se debe cumplimentar con dicha Carta Fundamental, siendo aplicable al caso, lo que determine el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, que ha sido aludido anteriormente.

En cumplimiento de esas disposiciones complementado lo ordenado por el código adjetivo, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en fecha veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve, emitió el acuerdo A/003/99, que entre otras disposiciones señala los criterios y el procedimiento para determinar el destino final de la averiguación previa, que resultan ser los elementos formales que se debe observar para su conclusión.

Así, se desprende que ese acuerdo norma esa situación a través de los siguientes numerales, que señalan:

“Artículo 58. La averiguación previa se determinará como ejercicio de la acción penal, no ejercicio de la acción penal o incompetencia”.

“Artículo 59. La determinación de ejercicio de la acción penal, en los términos del artículo 16 de la Constitución y las disposiciones aplicables del Código Procesal, será formulada como pliego de consignación por el agente del Ministerio Público que integró la averiguación previa, de acuerdo con las bases siguientes:

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

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

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

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

Se integrará por separado y con el sigilo debido una relación de pruebas adicionales a las necesarias para el libramiento de la orden de aprehensión o

comparecencia y para la emisión del auto de formal prisión o sujeción a proceso, según sea el caso, pero que puedan integrarse y desahogarse durante el proceso para los efectos de la sentencia ejecutoria procedente”.

También se observa que en caso de no ejercicio de la acción penal, se observará la siguiente reglamentación:

“Artículo 60. El agente del Ministerio Público titular de la unidad de investigación que conozca de la averiguación previa propondrá el no ejercicio de la acción penal, para acuerdo del responsable de la agencia a la que se encuentre adscrito, en caso de que se den alguna o algunas de las hipótesis siguientes:

I. Cuando no exista querrela del ofendido o de su representante legal, o no exista legitimación para presentarla, si se trata de un delito que deba perseguirse a petición del ofendido o respecto del cual se requiera un acto equivalente en términos de ley;

II. Cuando los hechos que motiven la denuncia o querrela no sean constitutivos de delito, en cuyo caso el agente del Ministerio Público, desde las primeras actuaciones que practique, buscará que el denunciante, querellante u ofendido precise y concrete los hechos que motiven la denuncia o querrela, así como las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que ocurrieron, a fin de contar con los datos necesarios para resolver si los hechos constituyen o no delito;

III. Cuando en la averiguación previa no sea determinable la identidad del probable responsable, después de haber agotado todas las diligencias necesarias para lograr su identificación;

IV. Cuando los medios de prueba desahogados en la averiguación sean insuficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y resulte imposible desahogar medios de prueba ulteriores relevantes para el efecto;

V. Cuando se acredite plenamente alguna causa de exclusión del delito en la indagatoria;

VI. Cuando se haya extinguido la acción penal en términos de ley, sea por muerte del delincuente, por amnistía, por perdón del ofendido o el legitimado para otorgarlo, por prescripción o por disposición legal derogatoria o abrogatoria;

VII. Cuando exista previamente dictada una sentencia definitiva o resolución de sobreseimiento judicial que haya causado ejecutoria, respecto de los hechos atribuidos al indiciado; y

VIII. En los demás casos que señalen las leyes.

En ningún caso, podrá proponerse el no ejercicio de la acción penal sin que se haya determinado el destino legal de los bienes y valores afectos a la averiguación previa en los términos previstos por el Código Penal”.

“Artículo 61. Cuando se actualice en la averiguación alguno de los supuestos establecidos en el artículo anterior, el agente del Ministerio Público del conocimiento, bajo su responsabilidad, deberá plantear inmediatamente el no ejercicio de la acción penal con la motivación y fundamento debidos, refiriendo y sustentando con precisión las hipótesis que resulten demostradas en la especie, al responsable de la agencia a la que esté adscrito, quien será responsable en los mismos términos por la formulación y, en su caso, la resolución debida de la propuesta.

En todo caso, antes de proponer el no ejercicio de la acción penal, el agente del Ministerio Público del conocimiento deberá agotar todas las diligencias conducentes para acreditar el cuerpo del delito e identificar al probable responsable, con el fin de superar el o los obstáculos que impidan la continuación de la averiguación o, en su caso, acreditar plenamente la causa de exclusión del delito”.

“Artículo 62. Cuando los elementos de prueba existentes en la averiguación sean insuficientes para determinar el ejercicio de la acción penal y resulte imposible desahogar algún otro, el agente del Ministerio Público propondrá el no ejercicio de la acción penal; pero si se supera el obstáculo o los obstáculos que impiden la determinación de la averiguación, ésta podrá ser reabierta de acuerdo con lo establecido en el artículo 71 de este acuerdo. El agente del Ministerio Público precisará en su propuesta cuál es el obstáculo o el impedimento para la integración de la averiguación, así como la fecha en que opera la prescripción, de conformidad con las reglas que resulten aplicables, y el responsable de agencia o, en su caso, la Coordinación de Agentes Auxiliares resolverán lo procedente fundando y motivando su resolución de conformidad con lo dispuesto en los artículos 63 y 64 siguientes.

En ningún caso, podrá proponerse el no ejercicio de la acción penal si existen pruebas pendientes de desahogo tendentes a acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad cuya omisión pueda afectar el resultado de la averiguación previa”.

Con lo anterior se concluye el análisis de los aspectos de integración para posteriormente señalar los requisitos, como elementos jurídicos que debe observar la averiguación previa para el ejercicio de la acción penal.

2.6. CULMINACIÓN

La actividad que el Ministerio Público realiza durante la averiguación previa debe arribar a una conclusión final de decisiva importancia para la marcha del procedimiento, que son: la consignación o ejercicio de la acción penal, no ejercicio de la acción penal y, en forma previa a cualquiera de éstas dos determinaciones, la reserva, decisión que no tiene carácter conclusivo del procedimiento que se sigue ante el Ministerio Público.

2.6.1. EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

En primer lugar es importante destacar que la acción penal, cuyo titular es, por disposición expresa del artículo vigésimo primero Constitucional, el Ministerio Público, es la actividad a través de la cual, se busca que el órgano jurisdiccional imponga al infractor de la ley penal la sanción prevista como consecuencia de su actuar ilícito.

Se dice que el ejercicio de la acción penal, es la instancia por la cual el Ministerio Público ejercita la acción punitiva, para lo cual deberán encontrarse acreditados los presupuestos señalados en el artículo décimo sexto Constitucional, consistentes en la comprobación del cuerpo del delito y la existencia de datos que hagan probable la responsabilidad penal del inculcado. Tiene como finalidad primordial, la de solicitar al juez correspondiente realice las gestiones de ley necesarias para que se lleve a cabo la iniciación de la persecución del delito con el objeto de que se castigue al autor del ilícito.

La forma en que se ejercitara la acción penal será a través de la consignación; de ahí que la mayoría de doctrinarios utilice esas palabras como sinónimos.

El Diccionario Jurídico Mexicano, señala que la consignación:

“[...] es la instancia a través de la cual el Ministerio Público ejercita la acción punitiva, por considerar que durante la averiguación previa se ha comprobado la existencia de los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del inculcado” (1995, p. 784).

Muchos son los autores que definen la acción penal; así, Osorio y Nieto (2000, p. 27), dice que es: “la atribución constitucional exclusiva del Ministerio Público por la cual pide al órgano jurisdiccional competente aplique la ley a un caso concreto”.

Al respecto, Barragán Salvatierra (2001, p. 67), dice:

“La consignación o ejercicio de la acción penal se lleva a cabo cuando el agente del Ministerio Público comprueba la existencia de una persona que ha cometido algún delito, y por lo mismo comprueba el cuerpo del delito y la probable o presunta responsabilidad, por lo que procede a ejercitar la acción penal consignado al probable sujeto ante el juez penal y competente”.

García Ramírez (2002, p. 49), explica detalladamente al respecto que:

“La jurisprudencia y la doctrina dominante se orientan en el sentido de que el ejercicio de la acción penal se inicia con el acto de consignación, que requiere la satisfacción previa de los requisitos marcados por el artículo 16 Constitucional”

Y continúa:

“[...] dos deben ser los supuestos de consignación: cuerpo del delito y probable responsabilidad. En estos términos por demás está decir que resulta imposible hablar de ejercicio de la acción penal, en rigor, si el Ministerio Público omite la designación del delito o el señalamiento del delincuente” (Derecho Procesal Penal, p. 449).

A este respecto, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala:

“Artículo 286 bis. Cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previos que en su caso exijan la ley y que se haya acreditado la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda”.

En consecuencia, puede concluirse que la consignación o el ejercicio de la acción penal, es el acto a través del cual el representante social una vez que considera reunidos los ya citados requisitos del artículo décimo sexto Constitucional, remite al juez correspondiente las diligencias practicadas durante la averiguación previa, incluso en algunas ocasiones al indiciado, y le solicita que a través de la orden de aprehensión o comparecencia, según el caso, allegue al indiciado al proceso penal que se instaurará en su contra.

El acto de consignación puede darse en dos formas: sin detenido o con él.

Cuando la consignación es sin detenido y se trata de delitos que se sancionan con penal corporal, va acompañada del pedimento de la orden de aprehensión. Si el delito es de los que se sancionan con pena alternativa, se realiza únicamente con pedimento de orden de comparecencia.

Tratándose de la consignación con detenido, se pondrá al indiciado a disposición del juez en la cárcel preventiva, remitiéndole la comunicación respectiva, conjuntamente con las diligencias practicadas durante la fase de averiguación previa, para que el juez proceda a calificar la detención del indiciado, recabe su declaración preparatoria y proceda a determinar su situación jurídica dentro del plazo Constitucional.

En resumen, será a través del ejercicio de la acción penal o consignación

que el Ministerio Público en su fase persecutoria, cumplirá con su cometido Constitucional, al acudir a través de ésta a los tribunales, en donde se buscará se imponga al activo la sanción penal correspondiente por el delito cometido.

2.6.1.1. REQUISITOS DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

Tomando en consideración que la averiguación previa es la primera fase del procedimiento penal, la misma debe estar conformada por un elemento ineludible e indefectible para el caso de que se decida el ejercicio de la acción penal, que es la comprobación del cuerpo del delito y, consecuentemente, como presupuesto de ello, la probable responsabilidad.

En efecto, una de las conclusiones a las que puede llegar la actividad del agente del Ministerio Público durante la fase de averiguación previa como ya se vio, es el ejercicio de la acción penal, que tendrá lugar a través de la consignación, cuando de las actuaciones practicadas se estime comprobada la existencia de un delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Y esos son precisamente los requisitos que se deben colmar para el ejercicio de la acción penal, es decir: la acreditación de los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal, analizados en los siguientes puntos.

2.6.1.2. CUERPO DEL DELITO

No existe en la doctrina penal un criterio uniforme y definido sobre lo qué se debe entender por cuerpo del delito y los elementos que lo integran; sin

embargo, se establece que es una institución de carácter procesal, que se entiende en términos generales, como el conjunto de elementos materiales cuya existencia permite al juez la certidumbre de la comisión de un hecho descrito en un tipo penal.

Todo ilícito penal se encuentra definido previamente a través de un tipo en el catálogo de los delitos, que en el caso lo constituye el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y, precisamente, son los elementos que integran cada delito lo que en forma genérica se conoce como cuerpo delito.

Al respecto, existe la jurisprudencia por reiteración de tesis I.2o.P. J/22, consultable en la página mil quinientos ochenta y cuatro, Tomo XXII, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, agosto de dos mil cinco, que dice:

“Cuerpo del delito, su comprobación en sentencias definitivas (legislación del Distrito Federal). La interpretación armónica y sistemática del artículo 122 de la ley adjetiva penal (reformado el veintiocho de enero de dos mil cinco), con los numerales 15, 16, 18, 22 y 29 (éste a contrario sensu) del Nuevo Código Penal, ambas legislaciones para el Distrito Federal, permite afirmar que el cuerpo del delito recepta de manera íntegra el contenido dogmático del tipo penal, tanto objetivo como subjetivo, pues el primer dispositivo establece que dicha figura procesal se comprobará cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, sin hacer distinción de elemento de alguna naturaleza; a su vez, dispone que los componentes de la responsabilidad penal son antijuridicidad y culpabilidad, elementos que deberán estudiarse a título probable en las órdenes de aprehensión y autos de plazo constitucional, de esta manera con mayor razón deberán analizarse al dictar sentencia definitiva, porque es en esta resolución en la que tienen que acreditarse a plenitud dichas figuras procesales que contienen al delito mismo,

de tal manera que los dispositivos 1o. y 72 de la legislación procesal invocada, no rigen sobre la materia en examen” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006).

Mientras que en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se señala:

“Artículo 122. [...] 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”.

Arturo Zamora Jiménez, en su obra *Cuerpo del Delito y Tipo Penal* (2000, p. 43), señala respecto del cuerpo del delito:

“De acuerdo a su naturaleza jurídica se compone de un conjunto de circunstancias fácticas que deben ser objeto y no, medio de prueba [...] se compone del conjunto de materialidades cuya existencia permite al juez la certidumbre de la comisión de un hecho y que por tanto para tener la certeza de que una determinada conducta activa u omisiva tenga el carácter de delito será necesario no sólo la demostración del hecho mismo, sino el análisis del acontecimiento frente a la descripción típica para poder afirmar si esa conducta es relevante o no, en el ámbito del derecho penal”.

En resumen, se establece que el cuerpo del delito:

a) Es objeto de comprobación de la existencia de un hecho o de una omisión (tipo comisivo u omisivo) que la ley reputa como delito.

- b) Es el medio a través del cual se acredita la materialidad del delito.
- c) Es diferente a instrumentos utilizados para cometer el delito.
- d) Se compone de elementos de carácter procesal.
- e) Es un conjunto de elementos físicos o materiales, principales o accesorios de que se compone el delito; y,
- f) Es un conjunto de materialidades relativamente permanentes sobre las cuales o mediante las cuales se afirma la comisión de un delito.

Tomando en consideración que el cuerpo del delito se integra por los elementos objetivos del tipo penal, y en algunas ocasiones con los normativos, según lo requiera cada ilícito, puede establecerse que sus elementos son primordialmente: la conducta o acción, los sujetos y el objeto, brevemente analizados en los siguientes párrafos.

a) La conducta

Es el primer elemento básico del delito, y se entiende como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

Esta manifestación de la voluntad en ocasiones requiere una actividad y en otras inactividad. A estas dos formas la doctrina les ha denominado delitos de acción y de omisión.

En la actualidad se hace la distinción entre conducta comisiva y acción omisiva, así la dogmática penal distingue las figuras delictivas según se expresen en la forma de infracción de una prohibición de hacer (tipo de acción), o en la forma de desobediencia de un mandato de acción (tipo de omisión).

La acción desde el punto de vista del derecho penal, consiste en la realización de cualquier movimiento corporal positivo, a fin de adecuarse a determinada figura típica con ánimo de ir contra lo dispuesto en la norma.

Existe la denominada conducta omisiva que se produce cuando el emitente tenía obligación de actuar ante una determinada situación para evitar un resultado lesivo.

La diferencia en la acción comisiva y omisiva radica en que la primera existe cuando el autor ha provocado activamente un perjuicio a un bien jurídico, mediante una actividad corporal perceptible por el mundo exterior; mientras que la segunda, es decir la acción omisiva, surge cuando el autor ha provocado activamente el perjuicio de un bien jurídico mediante la inactividad corporal.

No pasa desapercibido que en la doctrina jurídica también se hace alusión a la llamada omisión en el delito culposo, la omisión simple y comisión por omisión; no obstante, en razón de la finalidad del presente trabajo de investigación, se considera innecesario abordar su estudio, pues se iría más allá de lo tratado en esta tesis.

b) Sujetos

Por cuanto a éstos se refiere, se dividen en dos: activo y pasivo.

Sujeto activo

Es en términos generales el autor del delito, es decir, quien lo lleva a cabo.

El delito tiene como primer elemento un sujeto activo que es el hombre, ya que es éste el que interviene en la realización del ilícito como autor, coautor o cómplice; esto es, es el que realiza la acción descrita en el tipo penal, pues la capacidad de delinquir sólo reside en los seres racionales.

Al respecto, Pavón Vasconcelos (2002, p. 192), indica que:

“Sólo el hombre es sujeto activo del delito, porque únicamente él se encuentra provisto de capacidad y voluntad y puede, con su acción u omisión, infringir el ordenamiento jurídico penal”.

El sujeto activo puede ser cualquiera y entonces se está frente a un delito común; pero, en ocasiones el tipo penal exige una determinada calidad en ese sujeto o la participación de dos o más de ellos en la realización de la conducta delictiva.

El Código Penal para el Distrito Federal, a través del artículo que se cita a continuación, establece a quiénes se debe considerar como sujetos activos o como los denomina, responsables del delito:

“Artículo 22. Son responsables del delito, quienes:

I. Lo realicen por sí;

II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores;

III. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento;

IV. Determinen dolosamente al autor a cometerlo;

V. Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión; y

VI. Con posterioridad a su ejecución auxiliien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito”.

En ocasiones el tipo penal exige determinadas características para el

sujeto activo, es decir, una calidad en dicho sujeto, originándose los llamados delitos especiales o exclusivos.

Arturo Zamora Jiménez (2000, p. 127), señala que:

“[...] hay delitos que restringen su ejecución sólo a sujetos activos dotados de ciertas características, al que identificamos como sujeto activo cualificado o autor cualificado, donde el tipo exige determinada cualidad en éstos. Se exige que el autor tenga una cualidad específica sin la cual no será posible adaptar la conducta al tipo”.

Como ejemplos se cita al servidor público en el peculado o abuso de autoridad, a los ascendientes cuando se habla de homicidio en razón de parentesco o a los hermanos cuando se refiere al incesto.

Por otra parte, se establece que las conductas típicas se concretan en el mundo fáctico, por la intervención directa o indirecta de un sujeto o de un grupo de personas. Existen tipos penales que pueden ser lesionados por un solo sujeto, y otros en que se exige la pluralidad de éstos. Y en razón de ello, la doctrina divide los delitos en individuales o monosubjetivos o de sujeto único y en colectivos o de concurso necesario o pluripersonal.

En los delitos individuales basta con la participación de una sola persona para realizar el tipo. Mientras que en los colectivos se requiere por lo menos de la presencia de dos sujetos, además de que en algunos supuestos la acción de ellos debe convergir en el mismo objetivo.

Sujeto pasivo

Es el titular del interés jurídico protegido por el tipo penal, quien sufre directamente la acción del activo, es sobre quien recaen los actos materiales utilizados en la realización del ilícito, es el titular del derecho dañado o puesto en peligro.

Puede existir un sujeto pasivo del delito y un sujeto pasivo de la conducta; siendo el primero de ellos el titular del interés jurídico protegido por el tipo penal; y, el segundo, es la persona sobre la cual se desenvuelve la actividad del autor, sea o no titular del bien jurídico a proteger.

Cuando coincide el sujeto pasivo del delito y de la conducta en la misma persona se reconoce su calidad de ofendido, generalmente esto sucede en los delitos contra las personas, porque en ellos el titular del bien jurídico es precisamente la persona sobre la que recae materialmente la acción típica.

c) Objeto del delito

Es considerado por una parte, como aquello sobre lo cual recae la acción del sujeto activo, según la descripción legal descriptiva y, por el otro, el bien tutelado por las normas penales y ofendido del delito.

Así, se puede establecer la existencia de dos tipos de objetos del delito: objeto material y objeto jurídico.

El objeto material del delito, comúnmente se identifica con el elemento por el autor objetivizado, para realizar a través de él el daño que se pretende al bien jurídico; se relaciona con el objeto corporal o material hacia donde se realiza la acción.

Es en sí, la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido.

Por cuanto se refiere al objeto jurídico, es pertinente precisar que también se le denomina como: derecho protegido, bien garantizado, interés jurídicamente tutelado, bien jurídico, núcleo del tipo, *kernel* u objeto de protección.

El ilustre jurista Celestino Porte Petit Candaudap (1977, p. 443), es conciso en señalar al respecto que: “debemos entender por bien jurídico el valor tutelado por la ley penal”.

Por su parte, Heinrich Jeschkeck Hans y Cobo del Rosal (citados por Zamora Jiménez, 2000, p. 76), señalan respectivamente que el objeto jurídico, es: “aquellos intereses de la vida, de la comunidad a los que presta protección el derecho penal”; y, “valor de la vida humana protegido por el derecho”.

En síntesis, el objeto jurídico es el derecho intrínseco que la norma protege; no es otra cosa que la pretensión del legislador de darle protección a

ciertos valores y bienes del ser humano, y que se convierten en intereses no sólo personales, sino sociales y del Estado.

Es igualmente la tutela que la norma penal brinda a los valores tangibles del hombre, desde los más significativos (vida, libertad, patrimonio, entre otros).

En conclusión, se establece que como objeto material del delito, se designa el objeto corporal externo, sobre el cual se realiza la acción, y cuando se refiere al bien jurídico se identifica como el objeto de protección.

En esa forma concluye el análisis y estudio correspondiente al cuerpo del delito, para abordar ahora lo concerniente a la probable responsabilidad.

2.6.1.3. LA PROBABLE RESPONSABILIDAD PENAL

Para una mejor comprensión de lo que se entiende por el tópico en estudio, debe señalarse primeramente qué significan los vocablos “probable” y “responsabilidad”.

Así, se tiene que el Diccionario de la Real Academia (2006), dice que probable, proviene del latín *probabilis*, que significa verosímil, que se funda en razón prudente; que se puede probar.

Por lo que se refiere a la segunda palabra, quiere decir deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un

delito, de una culpa o de otra causa legal.

Con base en ello, puede decirse que habrá probable responsabilidad cuando los datos arrojados por la averiguación previa sean suficientes para determinar que la persona señalada o considerada como sujeto activo del delito, es aquella que quizá cometió el delito investigado y que por tanto podrá ser acreedora de un reproche penal.

En atención a lo anterior, la ley adjetiva penal aplicable en el Distrito Federal, indica:

“Artículo 122. [...] Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar que no exista acreditada a favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad”.

Con motivo de lo anterior, se puede establecer que los componentes de la responsabilidad penal son: la antijuridicidad y la culpabilidad. Elementos que deberán estudiarse a título probable en las órdenes de aprehensión y autos de plazo constitucional.

En atención a lo descrito por nuestra legislación adjetiva aplicable y para una mejor comprensión de lo que debe entenderse por probable responsabilidad penal, es menester entonces realizar un análisis de lo que la ley y doctrina penal contemplan como dolo, culpa y causas de exclusión del delito.

Para ello, es necesario hablar primeramente de la culpabilidad, que es en

sí, el juicio de reproche que se le hace al autor de una conducta antijurídica, siempre y cuando sea imputable.

Muñoz Conde y García Arán (2002, p. 42), definen a la culpabilidad como: “el juicio de desvalor sobre el autor del hecho que supone la atribución del autor del acto previamente desaprobado, para hacerle responsable del mismo”.

En el sistema jurídico mexicano, de conformidad a lo establecido por el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, la culpabilidad reviste en dos formas: dolo y culpa.

a) Dolo

Se define como el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico.

Por lo que a éste se refiere, la ley sustantiva penal aplicable señala:

“Artículo 18. [...] Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización”.

Para Eugenio Cuello Calón y Luis Jiménez de Asúa (citados por Castellanos Tena, 1978, p. 239), respectivamente, el dolo es:

“la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso”; y, “la producción de un resultado antijurídico, con consciencia de que se quebrante 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 con representación del resultado que se quiere o se ratifica”.

El dolo tiene dos elementos: uno intelectual y otro volitivo; asimismo, puede dividirse en: dolo directo y dolo eventual.

Aunque por los alcances del presente trabajo de investigación, sólo se considera necesario mencionarlos sin ahondar más en su análisis, pues de hacerlo así se abarcarían cuestiones que van más allá de las pretendidas en el mismo.

b) Culpa

Se origina cuando una conducta humana, sin tener la intención de provocar un daño al bien jurídicamente tutelado por la norma penal, lo origina casualmente.

Para el jurista Francisco Pavón Vasconcelos (2002, p. 453), existe culpa:

“[...] cuando la actitud del sujeto, enjuiciada a través del imperativo de los deberes impuestos por la ley, es reprochable a virtud de la inobservancia de la prudencia, atención, pericia, reglas, órdenes disciplinas, etc, necesarias para evitar la producción de resultados previstos en la ley como delictuosos”.

En el Código Penal para el Distrito Federal, en lo concerniente se señala:

“Artículo 18. [...] Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previo confiando en que no se produciría, en virtud

a la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar”.

De la lectura de ese numeral se desprende que son tres los elementos que integran la culpa, a saber:

a) Un resultado típico. Entendido como la actualización de los elementos objetivos del tipo correspondiente, es decir, comprende la realización de todos los elementos del tipo, con excepción de la violación del deber de cuidado y la relación de atribuidibilidad entre ésta y el resultado.

b) La violación de un deber de cuidado. Comprendido genéricamente como la exigencia a cargo de una persona para que durante su actuar se conduzca de manera tal que no ponga en riesgo más allá de lo permitido bienes jurídicamente tutelados.

c) Que el resultado típico resulte atribuible a la violación de un deber de cuidado (relación de atribuidibilidad). Relación que se genera cuando de haberse observado el deber de cuidado, se hubiera evitado el resultado típico.

El propio maestro Pavón Vasconcelos (2002, P. 466), define a la culpa como:

“[...] aquel resultado típico y antijurídico, no requerido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres.”

La culpa se clasifica en consciente, también llamada con representación o previsión; e inconsciente, denominada también sin representación o sin previsión. Esto por lo que hace al “grado de conocimiento”.

La culpa es consciente cuando el agente se presenta como posible, que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no las toma en cuenta confiando en que no se producirán. Es decir, cuando se prevé el resultado como posible y se tiene la esperanza de que no se producirá.

La inconsciente, es ignorar las circunstancias del hecho, a pesar de la posibilidad de previsión del resultado, es decir, no se previó el resultado por descuido y se tenía la obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable.

En conclusión, para la existencia de la culpa es necesario comprobar:

- 1.- La ausencia de la intención delictiva.
- 2.- La presencia de una daño igual al que pudiera resultar de un delito intencional.
- 3.- La relación de causalidad entre el daño resultante y la actividad realizada.

4.- Que el daño sea producto de una omisión de voluntad, necesaria, para preservar de un deber de cuidado, indispensable para evitar un mal. Esta omisión de la voluntad exige que el hecho sea previsible y prevenible.

c) Causas de Exclusión del delito

Para comprender mejor el tema a tratar, es menester señalar que una conducta es antijurídica cuando siendo típica y antinormativa no está amparada por ninguna norma permisiva (lo antijurídico es lo contrario a derecho).

La antijuricidad, es considerada como un elemento positivo del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como ilícito penal.

Para Muñoz Conde y García Arán (2002, p. 303 y 304), la antijuricidad es:

“la constatación de que el hecho producido es contrario a Derecho, injusto o ilícito [...] es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento”.

En forma general, se puede decir que antijurídico es lo contrario al Derecho.

Ahora bien, cuando en un hecho presumiblemente delictuoso falta la antijuricidad, entonces se establece que no hay delito, por la inexistencia de una causa de justificación, porque el individuo ha actuado en determinada

forma sin el ánimo de transgredir las normas penales.

Como ya se vio, la propia ley establece que para determinar la probable responsabilidad penal de una persona, será necesario comprobar que no exista acreditada a favor de aquél alguna “causa de licitud”, también denominadas como “causas de exclusión de licitud”, “causas de justificación”, “causas objetivas de exclusión del delito”, “causas excluyentes de responsabilidad” o “causas de inincriminación”; es decir, que el activo no haya actuado bajo el consentimiento de una norma.

Sin embargo, la legislación es omisa en señalar de manera expresa, cuáles son esas “causas de licitud”; no obstante, hace alusión a las que llama “causas de exclusión del delito”, dentro de las cuales se encuentran comprendidas las primeras.

Así, para determinar qué “causas de exclusión del delito” pueden considerarse “causas de licitud”, habrá que atender a aquéllas que se refieren a la antijuricidad y culpabilidad, pues son las que tendrán relevancia sobre la responsabilidad.

En consecuencia se puede decir que el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, señala como “causas de licitud” a las siguientes:

“Artículo 29. (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; [...] 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.

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, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de 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 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 tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

VI. (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para 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 aquél 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.

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 resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso [...]”.

Ahora bien, no es la finalidad primordial de este trabajo de tesis, abarcar aspectos concernientes a la Teoría General del Delito, por esa razón, se considera pertinente sin más preámbulo citar únicamente las denominadas “causas de licitud”, sin ahondar en su explicación, pues para el objetivo perseguido en el presenta trabajo, basta sólo señalarlas y precisar que su inexistencia es indispensable para tener por acreditada la probable responsabilidad penal.

2.6.2. EL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

La acción penal es la facultad de que está dotado el Ministerio Público para solicitar la actuación del órgano jurisdiccional y la instauración del proceso penal en contra de persona determinada, con el propósito de que se aplique la pena o medida de seguridad correspondiente.

Por consiguiente, si la acción penal es el elemento que todo proceso penal necesita para activarse, funcionar y producir sus efectos; su no ejercicio da lugar a que no se inicie.

En términos del artículo vigésimo primero, párrafo primero Constitucional, el Ministerio Público, en su carácter de representante social, es el que se

encuentra legitimado para ejercer la acción penal; sin embargo, no constituye un poder o prerrogativa que puede ejercer a su libre arbitrio, toda vez que ésta nace y se desarrolla con el propósito de castigar a los sujetos que hubieren afectado a la sociedad con la comisión de un hecho delictuoso, de donde deriva que el ejercicio de la acción penal es obligatorio siempre y cuando se reúnan los requisitos señalados para su procedencia.

Así, habrá lugar al no ejercicio de la acción penal, cuando de las investigaciones practicadas por el Ministerio Público se estime que las diligencias practicadas durante la averiguación previa no son suficientes para comprobar la existencia del cuerpo del delito, o la probable responsabilidad del sujeto, esto es, al no acreditarse los extremos a que se refiere el artículo décimo sexto, párrafo segundo Constitucional, ya citado y analizado en líneas precedentes.

CAPÍTULO 3

RESOLUCIONES DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL QUE MOTIVAN LA DEVOLUCIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA AL MINISTERIO PÚBLICO

3.1. DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL SIN DETENIDO

Como se señaló, el ejercicio de la acción penal constituye una de las conclusiones a las que puede llegar el Ministerio Público durante la fase de averiguación previa, cuando se acrediten los extremos a que se refiere el ya citado artículo décimo sexto, párrafo segundo Constitucional.

Habrá lugar a la consignación sin detenido cuando de las actuaciones practicadas, el representante social estime que se ha acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, y éste no se encuentre a su disposición.

Por tanto, la consignación de esta naturaleza llevará implícita la solicitud del Agente del Ministerio Público, al juez al que se asigne el asunto, para que emita la orden de captura correspondiente, que puede ser de aprehensión o comparecencia, según sea el caso, con la finalidad primordial de allegar al indiciado al proceso penal que se instaurará en su contra y culminado éste, si procede, se le imponga la pena correspondiente por la comisión del delito por el que se seguirá la secuela procesal.

3.2. ACTIVIDAD DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

En primer lugar, es importante destacar que no es desapercibido el hecho de

que existe consignación con o sin detenido; sin embargo, en este apartado se referirá a la actividad del juez del proceso, únicamente atendiendo al segundo de los supuestos señalados.

Así, una vez que el juez recibe la consignación del Ministerio Público, debe actuar, es decir, dictará auto de radicación en el que resolverá sobre la procedencia o no de la petición formulada por el agente del Ministerio Público.

El auto de radicación constituye la primera resolución jurisdiccional y es a partir de ese momento que tanto el Ministerio Público -ahora ya en su fase de parte-, como el procesado, quedan sujetos a la potestad del juez instructor.

Franco Sodi (citado por García Ramírez y Adato Green, 2002, p. 149), explica de manera detallada lo concerniente al inicio de la actividad jurisdiccional, al señalar que:

“El juez recibe la consignación del Ministerio Público y debe actuar prontamente. Debe ordenar qué es lo que se hace y por lo mismo debe pronunciar inmediatamente una resolución. Esta resolución es el primer auto del proceso, es el primer mandato judicial que inicia el procedimiento penal”.

Al respecto, la legislación procesal aplicable en el Distrito Federal, señala:

“Artículo 286-Bis. [...] El juzgado ante el cual se ejercite la acción penal, radicará

de inmediato el asunto. Sin más trámite le abrirá el expediente en el que se resolverá lo que legalmente corresponda y practicará, sin demora alguna, todas las diligencias que resulten procedentes”.

En síntesis, se puede establecer que la actividad del Ministerio Público a través del ejercicio de la acción penal, constriñe al juez de la causa a pronunciarse sobre la petición formulada por el órgano investigador, para lo cual dictará el auto de radicación correspondiente, en los términos señalados por el citado numeral de ley adjetiva penal aplicable, en donde estudiará si el ejercicio de la acción penal reúne los ya precisados requisitos del artículo décimo sexto, párrafo segundo Constitucional, esto es, si se acredita el cuerpo del delito y existen datos que demuestren la probable responsabilidad del indiciado, para estar así en posibilidad de decidir si emite o no la correspondiente orden de captura solicitada.

3.2.1. NEGATIVA DE ORDEN DE APREHENSIÓN O DE COMPARECENCIA

En primer lugar, debe decirse que en lo referente a la consignación sin detenido, una vez radicado el asunto, el juez de la causa cuenta con un término máximo de cinco días para determinar la emisión o no de la orden de captura correspondiente.

En efecto, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala:

“Artículo 286-Bis. [...] El juez ordenará o negará la aprehensión, reaprehensión o comparecencia solicitada por el Ministerio Público dentro de los cinco días contados a partir de la fecha en que se haya acordado la radicación”.

No obstante, existe una excepción a esa regla cuando la consignación sin detenido es por delito grave o delincuencia organizada porque en ese caso el órgano jurisdiccional contará con el plazo de veinticuatro horas contado a partir de que se emita el auto de radicación, para resolver sobre el pedimento de la orden de aprehensión, pues así se dispone en el cuerpo de leyes antes precisado, que indica en lo concerniente:

“Artículo 286. [...] Tratándose de consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada, inmediatamente deberá radicarse el asunto, y dentro de las veinticuatro horas siguientes la autoridad resolverá sobre el pedimento de la orden de aprehensión...”.

Habrá lugar a la negativa de orden de aprehensión cuando el juez de la causa advierta que en la averiguación previa no existe denuncia o querrela, que no se han reunido los requisitos previos que en su caso exija la ley o que no se ha acreditado la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Colín Sánchez (citado por Adato Green y García Ramírez, 2002, p. 169), es claro en indicar al respecto que:

“El auto que niega la orden puede obedecer a que no estén acreditados los elementos del tipo y no existan elementos suficientes para establecer la

probable responsabilidad del sujeto. Consecuencia de lo indicado es que el agente del Ministerio Público aporte elementos o solicite que se practiquen diligencias para satisfacer las deficiencias en que se basó el juez para la negativa, y bajo esas bases insista en su pedimento”.

Incluso, puede existir tal negativa, cuando el agente del Ministerio Público haya sido omiso en solicitar la correspondiente orden de captura, no obstante de encontrarse reunidos los requisitos previstos por la ley para tal efecto, porque en caso de que el juzgador actúe oficiosamente, estaría invadiendo esferas que están más allá de su competencia, pues de operar así, contravendría lo expuesto en el artículo vigésimo primero Constitucional.

En síntesis, habrá lugar a la negativa de orden de aprehensión, en los siguientes casos:

a) Cuando no la haya solicitado expresamente la representación social en su pliego de consignación; y,

b) Cuando sí exista tal pedimento pero no se reúnan los requisitos Constitucionales previstos para tal efecto, que interpretados a contrario sensu, significan la inexistencia de la denuncia o querrela correspondiente; que el hecho no esté señalado en la ley como delito; que no se sancione cuando menos con pena privativa de libertad y que no existan datos que acrediten el cuerpo del delito y/o hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Existirá la negativa de la orden de comparecencia, siempre y cuando no se acredite el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, pues así lo establece el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, a través del numeral que a continuación se cita, entendido también a contrario sensu:

“Artículo 133. En todos aquellos casos en que el delito no de lugar a aprehensión, a pedimento del Ministerio Público se libraré orden de comparecencia en contra del inculpado para que rinda su declaración preparatoria, siempre que esté acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado”.

No obstante, debe decirse que también se negará su emisión cuando no se actualicen los requisitos previstos para el libramiento de la orden de aprehensión, porque aún cuando ambas órdenes privativas técnicamente tienen sus diferencias, de hecho son actos de idéntico contenido sustancial, como se analizará más adelante.

Al igual que sucede en la orden de aprehensión, para dictar la de comparecencia es necesario que lo pida así el Ministerio Público, y si éste no la solicita, el juez no tiene facultades para expedirla.

3.2.2. EMISIÓN DEL AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR

Para abordar el análisis correspondiente, es necesario precisar que a partir

del auto de radicación nacen determinadas obligaciones para el órgano jurisdiccional; la primera de ellas, consiste en señalar fecha y hora para la diligencia en la que se tomará la declaración preparatoria del indiciado; actuación judicial en la cual, el inculpado, con base en la garantía otorgada por la propia Carta Magna, podrá acceder a emitirla o reservarse su derecho para tal efecto.

En todo caso, deberá existir la constancia conducente, porque el juez está obligado resolver dentro de las setenta y dos horas siguientes contadas a partir de que el inculpado haya quedado a su disposición, la situación jurídica de éste, es decir, tendrá que determinar si hay base o no para iniciar el proceso penal en su contra, pues así lo dispone el artículo décimo noveno Constitucional, que expresa:

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

Por ello es que a esa resolución se le denomina auto de plazo Constitucional.

En resumen, el auto de plazo Constitucional, es un término especial, sólo prorrogable en los casos que la propia ley prevé, e ineludible de espacio de

tiempo, porque su cómputo no es conforme a la regla ordinaria, es decir, corre de momento a momento, se cuenta por horas y no por días; el computo temporal no puede ser ampliado de oficio por el juez a menos que se haya actualizado alguna de las hipótesis previstas para ello; tampoco puede ser eludido por los sujetos procesales.

Al vencimiento del plazo previsto, esto es, a más tardar dentro de las setenta y dos horas, o ciento cuarenta y ocho cuando se haya solicitado la duplicidad del término, el juez deberá emitir resolución en la cual determine la situación jurídica en que ha de quedar el inculpado en relación con los hechos que le han sido imputados por el agente del Ministerio Público al momento de la consignación, para lo cual podrá dictar:

a) Auto de formal prisión, cuando la pena aplicable por el delito que se le imputa al inculpado sea privativa de libertad; o

b) Auto de sujeción de proceso, en aquellos casos en que la pena aplicable por el delito de que se trate sea alternativa o no privativa de libertad; o,

c) Auto de libertad por falta de elementos para procesar, cuando de las constancias procesales que existan, no se desprendan elementos suficientes para sujetar a una persona a un proceso penal.

Aunque también cabe la posibilidad de que decrete el sobreseimiento de la causa y ordene la inmediata libertad del indiciado.

Este apartado, sólo se referirá al estudio de la segunda hipótesis, es decir, al auto de libertad por falta de elementos para procesar.

Para lo cual, basta decir que habrá lugar a esa figura jurídica si los elementos contenidos en la averiguación previa no se ajustan a los extremos previstos en el artículo décimo noveno de la Constitución General de la República, al no comprobarse los elementos materiales del cuerpo del delito y como consecuencia lógica, la presunta responsabilidad del detenido, porque en ese supuesto, el juez forzosamente deberá decretar auto de libertad por falta de elementos para procesar.

3.2.3. EFECTOS

De acuerdo a la legislación adjetiva penal aplicable en el Distrito Federal, la negativa de orden de aprehensión o comparecencia o, el dictado del auto de libertad por falta de elementos para procesar, tiene como consecuencia directa e inmediata que la averiguación previa regrese al Ministerio Público investigador, para que practique las diligencias necesarias y pueda ejercitar nuevamente la acción penal.

Y sólo en aquellos casos en que aparezca que el hecho o hechos que motivaron el inicio de la averiguación previa no tengan el carácter de delictuosos, el asunto regresará al representante social para que determine si prosigue en la integración de la misma o propone entonces el no ejerció temporal o definitivo de la acción penal.

Lo anterior encuentra sustento legal, en el numeral del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que a continuación se cita:

“Artículo 36. Cuando se haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia, o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, por considerar que no están reunidos los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 132 y 133 de este Código, el Juez Penal (sic) deberá señalar aquellos requisitos que a su juicio no se encuentren satisfechos, fundando y motivando su resolución y el Ministerio Público, practicará las diligencias necesarias para integrar debidamente la averiguación previa correspondiente.

Cuando aparezca que el hecho o hechos que motivan la averiguación previa no tienen el carácter de delictuosos, el Juez (sic) motivará su resolución y devolverá los autos originales de la indagatoria al Ministerio Público, para que éste determine si prosigue en su integración o propone el no ejercicio temporal o definitivo de la acción penal”.

En efecto, para el libramiento de la orden de captura o de un auto de formal prisión o de sujeción a proceso, es menester que la averiguación previa se encuentre debidamente integrada, es decir, se observen los supuestos previstos en la ley citada para tal efecto, consistentes en:

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

I. Que el Ministerio Público la haya solicitado; y

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

“Artículo 133. En todos aquellos casos en que el delito no dé lugar a aprehensión, a pedimento del Ministerio Público, se libraré orden de comparecencia en contra del inculpado para que rinda su declaración preparatoria, siempre que estén acreditados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado.

La orden de comparecencia, se notificará al indiciado, a través del Ministerio Público, señalando hora y fecha para que se presente ante el Órgano Jurisdiccional a rendir su declaración preparatoria, conteniendo el respectivo apercibimiento para que en caso de no comparecer, le sean aplicados los medios de apremio a que se refiere este Código.

Las órdenes de comparecencia y las de aprehensión se librarán por el delito que aparezca comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación, considerando el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, aún cuando con ello se modifique la clasificación. Se entregarán al Ministerio Público, quien las ejecutará por conducto de la policía bajo su autoridad y mando inmediato.

Las órdenes de arresto se entregarán a la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal”.

Con base en lo anterior, si el juzgador llega a la conclusión de negar la orden de aprehensión o de comparecencia, o bien, al dictado de un auto de libertad por falta de elementos para procesar, por no encontrarse acreditados los requisitos señalados en los citados numerales, el efecto de su

determinación consistirá en que deberá invariablemente devolver la averiguación correspondiente al Ministerio Público para que éste intente subsanar las deficiencias encontradas en la integración de la averiguación previa y la consignación y esté en posibilidad de ejercitar nuevamente la acción penal.

3.3. LA EMISIÓN DE ORDEN DE APREHENSIÓN O DE COMPARECENCIA, Y DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O SUJECCIÓN A PROCESO

a) Orden de aprehensión

Según el Diccionario de la Real Academia (2006), la palabra aprehensión proviene del latín *apprehensio-ōnis*, que quiere decir acción y efecto de aprehender; mientras que, aprehender viene del latín *apprehendere*, cuyo significado es coger, asir, prender a alguien.

Para Manuel Rivera Silva (2000, p. 35), aprehensión: “es el acto material de apoderarse de una persona privándola de su libertad”.

Así, la orden de aprehensión será el acto por el cual, el órgano jurisdiccional ordena la privación provisional de la libertad de un individuo, inculpado de la comisión de un delito sancionado con pena privativa de la libertad, para que sea puesto a su disposición, con el fin de asegurar el normal desarrollo del proceso y eventualmente si procede la ejecución de

la pena que en él se imponga.

Es una resolución judicial en la que, con base en el pedimento del agente del Ministerio Público y satisfechos los requisitos indicados en el artículo décimo sexto, párrafo segundo Constitucional, se ordena la captura de un sujeto determinado, para que sea puesto, de inmediato, a disposición de la autoridad que lo reclama, o requiere, con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye.

Para Silva Silva (citado por García Ramírez y Adato Green, 2002, p. 167), la orden de aprehensión:

“[...] es la providencia cautelar, dispuesta por el tribunal, para que por conducto de un ejecutor sea presentada físicamente una persona, con el fin de lograr los aseguramientos propios que las medidas privativas de libertad implican”.

Es la orden de aprehensión, por regla general, la condición indispensable para que un individuo pueda ser sometido a prisión preventiva, con el propósito de ser sujeto a proceso, habida consideración de que nuestra legislación no autoriza la celebración de juicios penales en ausencia del inculpado, ello sin excluir la posibilidad, iniciada ya la prisión preventiva, de que si fuere procedente, se le ponga en libertad provisional bajo caución.

El párrafo segundo del artículo décimo sexto Constitucional, establece de manera específica las garantías específicas de seguridad jurídica que deben actualizarse para la emisión de una orden de tal naturaleza, tal y como se

desprende de su contenido que dice:

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

En congruencia con lo anterior, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala:

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

I. Que el Ministerio Público la haya solicitado; y

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

En consecuencia, se pueden señalar como requisitos para el libramiento de orden de aprehensión, los siguientes:

a) Emane de autoridad judicial. La Constitución autoriza sólo a esta autoridad para librar orden de captura, como también se conoce a la de aprehensión; por lo que, es la única competente para emitirla.

b) Preceda denuncia o querrela. Porque es a través de éstas, a las que

también se conoce como requisitos de procedibilidad, que se hará del conocimiento del Ministerio Público, la existencia de hechos posiblemente constitutivos de delitos para que éste, en base a la facultad que le confiere el artículo vigésimo primero Constitucional, proceda a la investigación y persecución del ilícito, cuya actividad es propia y exclusiva de esa autoridad al ser la única autorizada para ello.

c) Se trate de un hecho de que la ley señale como delito. Atañe, precisamente, a que la conducta atribuida esté señalada como tal (delito) en la ley penal vigente.

d) Que el injusto penal esté sancionado cuando menos con pena privativa de libertad. Consiste en la prohibición de ordenar la aprehensión del inculpado cuando el ilícito imputado contemple una pena alternativa a la de prisión, que generalmente consiste en una multa, o no establezca la primera como sanción.

e) La exigencia de que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. Se refiere a que además de los requisitos señalados, el juez correspondiente deberá cerciorarse que las investigaciones realizadas por el agente del Ministerio Público, sean suficientes para acreditar el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos requeridos por el tipo cuando se requiera (cuerpo del delito); y que son aptos para acreditar la forma de intervención del activo en la comisión del injusto, que no existen acreditadas a su favor causas de licitud,

la probable culpabilidad del agente, si actúo de manera dolosa o culposa (probable responsabilidad).

Al respecto, se considera pertinente señalar lo que Jorge Alberto Mancilla Ovando (1999, p. 125), dice al respecto:

“La orden de aprehensión judicial, es válida constitucionalmente, cuando se libra por la autoridad judicial competente, previo ejercicio de la acción penal, sustentándose en pruebas que acrediten que la conducta es delictiva y la probable responsabilidad del indiciado. Es lícita en sus efectos, la aprehensión ejecutada por el acto público que así lo ordene”.

La orden de aprehensión, es un acto, que incide en la esfera jurídica de los particulares, al ser pública la fuerza de la autoridad que la expide y ejecuta.

Afecta uno de los principales bienes jurídicos que tutela la norma penal, la libertad personal, por tanto, ese acto de molestia únicamente es válido Constitucionalmente, cuando cumple con los requisitos previstos por el artículo décimo sexto Constitucional, es decir, cuando se libra por la autoridad judicial competente, previo ejercicio de la acción penal, sustentándose en pruebas que acrediten que la conducta es delictiva y la probable responsabilidad del indiciado; aunque como todo acto de autoridad, deberá también de cumplir con los requisitos de fundamentación y motivación necesarios.

Por el contrario, será inconstitucional cuando la conducta no sea delito en

la ley; la conducta sea delito en la ley, pero ha prescrito el ilícito penal extinguiéndose la responsabilidad que corresponde; se pruebe que el delito se cometió bajo alguna excluyente de responsabilidad; cuando el Ministerio Público no pruebe suficientemente que la conducta es delito y la probable responsabilidad penal del indiciado.

El Ministerio Público, como titular del derecho de la acción penal, tiene la responsabilidad procesal de acreditar en la averiguación previa, que la conducta es delito y la probable responsabilidad penal del inculpado en su comisión. La insuficiencia de pruebas, y el no demostrar la categoría del delito de los hechos y la probable responsabilidad penal, hacen inconstitucional la orden que se dicte.

Como ya se vio, Constitucionalmente se otorga competencia exclusiva a la autoridad judicial, es decir, a la que pertenezca al Poder Judicial, para expedir órdenes de aprehensión; sin embargo, esta facultad de la autoridad judicial tiene dos excepciones, a saber:

a) En los casos de delito flagrante. Donde cualquier persona –sea o no autoridad- puede detener a un indiciado y ponerlo en el acto a disposición de la autoridad inmediata, que luego lo remitirá a la del Ministerio Público.

Asimismo, en casos de la equiparación a la existencia de flagrancia, denominada *cuasi* flagrancia. En ese supuesto, la ley faculta a cualquier persona a detener al inculpado, siempre y cuando la persona señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien

hubiera participado con ella en la comisión del delito; o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito; o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se hubiera iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del ilícito.

Lo cual encuentra sustento legal tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que respectivamente señalan:

Artículo 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 [...].”

“Artículo 267. Se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el inculpado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito.

Se equipara la existencia de delito flagrante cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiera participado con ella en la comisión del delito; o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito; o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de 72 horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se hubiera iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese

interrumpido la persecución del delito...”.

b) En los casos urgentes. Tendrá lugar, cuando se trate de un ilícito penal calificado como grave por la ley y exista el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia, entonces el propio Ministerio Público podrá ordenar la detención de aquél; siempre y cuando no se pueda acudir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancias.

Así lo dispone nuestra Carta Magna, al expresar:

“Artículo 16. [...] 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”.

Ahora, si bien el artículo décimo sexto Constitucional en relación con el 132 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, enumeran las reglas que en estricto sentido deben observarse para el libramiento de una orden de aprehensión; no son las únicas que deberán atenderse.

En efecto, el juez de la causa de oficio debe estudiar si en el caso se actualiza o no la figura de la prescripción penal y en caso de que así sea, negará la correspondiente orden de captura; también puede suceder el caso que respecto del delito por el que se haya ejercitado la acción penal, carezca

o señale con imprecisión la pena que corresponderá por su comisión, lo que igualmente traerá como consecuencia la negativa de orden de aprehensión.

Para ilustrar lo anterior, se cita la jurisprudencia 1a./J. 62/99, emitida por la Primera Sala, al resolver la contradicción de tesis 61/98, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito; consultable en la página trescientos dieciséis, Tomo X, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, noviembre de mil novecientos noventa y nueve, Novena Época, de título y texto:

“Prescripción, el juez de amparo debe analizarla cuando se reclama la orden de aprehensión. Por ser figura procesal de orden público, su estudio es preferente y oficioso. Al combatir el libramiento de una orden de aprehensión como acto reclamado en el juicio de garantías, el quejoso está compareciendo ante los órganos de la autoridad pública en relación con el mandamiento de captura que se está reclamando y siendo la prescripción una figura procesal de estudio preferente y oficioso, el Juez de Distrito tiene la obligación de analizar tanto la legalidad del acto reclamado como los aspectos de competencia, requisitos de procedibilidad, causas de extinción de la acción penal, etc., obligación que en tratándose del juicio de garantías en materia penal, es más amplia, dado que el artículo 76 bis, fracción II, de la Ley de Amparo previene la suplencia de la queja aun la total, en beneficio del reo, es decir, ante la ausencia de conceptos de violación, por lo que si la violación alegada en agravio del quejoso, consiste en no haber cumplido la autoridad responsable con la obligación de declarar de oficio y aun sin haberse hecho valer, la extinción de la acción penal por prescripción, ya que antes de emitir un mandamiento de captura el Juez responsable, debe percatarse si la acción penal se encuentra o no prescrita, en virtud de que, de darse el primer supuesto, si se libra la orden de aprehensión, el acto deviene inconstitucional y conforme lo dispone el artículo 78 de la Ley de

Amparo, el acto debe analizarse tal y como aparezca probado ante la responsable, esto es, a no allegarse de más pruebas que le permitan conocer los hechos, que de aquellas que formen parte de la averiguación previa. Por otra parte, en relación al amparo directo, la propia ley de la materia, en su artículo 183, exige que el tribunal supla la deficiencia de la queja cuando estando prescrita la acción penal, el quejoso no la alegue; al existir la misma razón jurídica en el amparo indirecto, no hay obstáculo para realizar su estudio, sobre todo si lo alega el quejoso y las constancias en que se apoya el acto reclamado son aptas y suficientes para dicho examen”.

b) Orden de Comparecencia

Las órdenes de comparecencia son libradas para el efecto de que el procesado concurra ante la presencia judicial, a fin de que rinda su declaración preparatoria, en tratándose de delitos que no están sancionados con pena corporal, o bien para los que se prevé pena alternativa.

De conformidad con la técnica procesal adecuada, el juez debe ordenar la comparecencia del inculcado y hacerle saber personalmente con la debida anticipación, la fecha y hora señaladas para que acuda ante él a rendir su declaración preparatoria y, sólo en caso de desobediencia, podrá ordenar a la policía judicial que haga acatar tal determinación.

Nuestra legislación procesal penal local, prevé la orden de comparecencia en el artículo que a continuación se indica:

“Artículo 133. [...] En todos aquellos casos en que el delito no de lugar a

aprehensión, a pedimento del Ministerio Público se libraré la orden de comparecencia en contra del inculpado para que rinda su declaración preparatoria, siempre que esté acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado”.

En tratándose de la orden de comparecencia, si bien es cierto, el artículo décimo sexto Constitucional, no hace alusión a la misma, también lo es que, para su emisión deberán observarse los requisitos previstos por ese numeral para su libramiento, porque aún cuando la orden de aprehensión y la de comparecencia técnicamente tienen sus diferencias, de hecho son actos de idéntico contenido sustancial si se tiene en cuenta que:

- 1) Ambas son solicitadas por el Ministerio Público;
- 2) Las dos son libradas por un juez;
- 3) Para su emisión es necesario que existan datos que acrediten los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado;
- 4). Tienen como objetivo hacer comparecer al acusado ante la autoridad judicial a fin de que le sea tomada su declaración preparatoria; y si bien en la orden de aprehensión existe una total privación de la libertad y en la de comparecencia tan sólo cierta limitación, no menos cierto es que en menor o mayor grado, ambos actos restringen la libertad personal.

c) Auto de formal prisión

Es la resolución que emite el órgano jurisdiccional para resolver la situación jurídica del inculpado al vencerse el plazo constitucional de setenta y dos horas, al considerar comprobados los elementos del cuerpo de un delito castigado con pena corporal y existen datos que hacen probable la responsabilidad del indiciado.

Tiene como consecuencia directa y necesaria que el probable responsable inicie su prisión preventiva con motivo del proceso que se le seguirá por el delito imputado o el que aparezca probado; fija el tema del proceso al abrir el período de instrucción.

En opinión de Sergio García y Victoria Adato (2002, p.507), es:

“Resolución fundamental dentro del enjuiciamiento penal mexicano, consagrada constitucional y legalmente, el auto de formal prisión, o de sujeción a proceso, tiene como principal efecto la fijación del tema del proceso”.

El artículo décimo noveno de la Constitución Federal, prevé los requisitos que debe cubrir el auto de formal prisión, al indicar:

“Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución,

así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

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

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

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

Congruente con lo anterior, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se dice:

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

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

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

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

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

V. Que no esté acreditada alguna causa de licitud;

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

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

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

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

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

Así, se advierte que los requisitos que deberá reunir el auto de formal prisión, son los siguientes:

1) Deberá dictarse dentro de las setenta y dos horas siguientes a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial.

Este plazo de setenta y dos horas puede ser prorrogado, como lo disponen la propia Constitución y la ley adjetiva penal aplicable, únicamente cuando lo solicite el indiciado por sí, o por su defensor, al rendir su declaración preparatoria, siempre que sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica.

2) Será necesario que se haya tomado su declaración preparatoria o bien, que exista la constancia de que se negó a emitirla.

3) Los medios de prueba recabados deberán ser suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

4) El delito por el que dicte deberá tener señalada como sanción pena privativa de libertad.

Además, al dictar el auto, es indispensable hacer mención de todos los elementos constitutivos del delito, con inclusión de sus modalidades o calificativas, que se refieren a las circunstancias del lugar, tiempo, modo u ocasión en que se llevó a cabo.

Los efectos del auto de formal prisión, son:

1) Dar base al inicio del proceso en sí. En razón de que al tener por comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, se requerirá invariablemente de la intervención del órgano jurisdiccional que decidida sobre el caso en concreto.

2) Fijar la litis del proceso. Porque establece el delito, sus modalidades y agravantes o atenuantes si las hubiere, por el que se seguirá el proceso penal; por tanto, es de suma importancia la fijación clara y precisa de la litis en el auto de formal prisión, porque la sentencia definitiva que en su caso se llegue a emitir, no podrá referirse a ningún delito distinto del que se haya señalado en aquél.

3) Justificar la prisión preventiva. El auto de formal prisión exige la tramitación de un proceso, que trae como implícito la necesidad de sujetar a una persona al órgano jurisdiccional para que no sustraiga a la acción de la justicia.

En todo caso, con independencia de los requisitos de fondo y forma a que

se refieren en los artículos señalados, todo auto de formal prisión también debe satisfacer las exigencias de legalidad indicadas en otros preceptos Constitucionales, tales como el décimo sexto párrafo primero, siempre en aras de salvaguardar la seguridad jurídica del gobernado.

Aunado a lo anterior, el auto de esta naturaleza deberá prever lo concerniente a la orden de identificación del procesado; recabar su reseña e individual dactiloscópica, así como sus antecedentes sobre ingresos anteriores a prisión y su estudio de personalidad; ello con la finalidad de examinar sus circunstancias peculiares y su conducta anterior, pues esa medida administrativa es idónea para tener mayores datos físicos y personales del activo, relevantes para la correcta prosecución del procedimiento penal y, en su caso, la individualización de las penas que pudieran imponerse.

En el supuesto que, dentro de las primeras setenta y dos horas, los encargados del establecimiento donde se halle el indiciado no reciban ningún pronunciamiento por parte del juez, deben llamar la atención de éste sobre el particular; si dentro de las tres horas siguientes no hay constancia de que se haya expedido un auto de formal prisión, deberá ponerse en inmediata libertad al indiciado.

Es importante tomar en consideración que existe responsabilidad penal para el Juez que no dicte ningún auto después de que han transcurrido los términos Constitucionales para que se defina la situación jurídica del inculpado.

Ahora bien, si se comprueba que el detenido cometió en efecto un delito, pero de los que no son castigados con pena corporal o que se sancionen con pena alternativa, se dictará un auto de sujeción a proceso, donde se pero no establezca la naturaleza de la conducta delictiva por la que será procesada privada de su libertad.

En relación con el tema tratado en este punto, los Tribunales Federales, han emitido diversos criterios al respecto, dentro de los cuales se considera pertinente citar los siguientes:

Tesis 1a. CI/2001, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ubicada en la foja ciento ochenta y seis, Tomo XIV, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de diciembre de dos mil uno, Novena Época, de rubro y texto:

“Auto de término constitucional. Su cómputo inicia cuando el Ministerio Público Federal pone al inculpado, formal y materialmente, a disposición de la autoridad judicial en el centro de reclusión que se ubique en el lugar de residencia de ésta. Del análisis sistemático, lógico e histórico del primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como del diverso 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, se desprende que para el inicio del cómputo del auto de término constitucional de setenta y dos horas, no basta que en el pliego consignatorio del Ministerio Público Federal se establezca formalmente que el inculpado se encuentra interno a disposición de la autoridad judicial del conocimiento en el centro penitenciario o de salud ubicado en el lugar que se indique, sino que además es indispensable que esa puesta a disposición sea en forma física o material en el centro de reclusión que se encuentre en el lugar de residencia del Juez de la causa, pues lo que se persigue es que esté en

aptitud real y jurídica de autenticar o validar la detención ministerial decretada en la fase indagatoria y observar fehacientemente el cumplimiento de todas y cada una de las prerrogativas procesales y sustantivas consagradas en beneficio del indiciado en tal precepto constitucional. En consecuencia, cuando esa puesta a disposición se realiza con la indicación de que el detenido se encuentra recluso en lugar distinto de la residencia del juzgador, aun cuando sea dentro de su jurisdicción y no obstante que se hubiese admitido en esos términos, es inconcuso que tales extremos exigidos no se cumplen y, por ende, tampoco se le debe otorgar los efectos señalados por la ley” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006).

Tesis de jurisprudencia 1a./J. 86/2002, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 1/2001-PS, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto del Vigésimo Primer Circuito y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito; visible en la foja cuarenta y siete, Tomo XVII, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, febrero de dos mil tres, Novena Época, que dice:

“Auto de formal prisión. Acorde con el principio de supremacía constitucional, su dictado debe hacerse conforme al artículo 19 de la Constitución Federal y no atender a la legislación ordinaria, cuando ésta no ha sido adecuada a lo dispuesto en dicho precepto. Si de la sola lectura del texto de una ley ordinaria, y de su comparación con el vigente del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que, al parecer, aquélla otorga mayores prerrogativas al inculcado al dictarse un auto de formal prisión, pues dicho texto, al no haber sido actualizado conforme a la reforma constitucional del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, aún exige para su dictado la demostración de los elementos del tipo penal, cuyo concepto jurídicamente incluye no sólo los elementos objetivos, sino también los normativos y los

subjetivos que contenga la figura típica de que se trate, tal apreciación, a simple vista, no debe conducir a sostener jurídicamente que otorga mayores prerrogativas al indiciado y que, por ende, resulta de aplicación preferente al referido artículo 19. Lo anterior es así, pues en atención al principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo 133 de la propia Carta Magna, los Jueces deben acatar lo dispuesto en ésta, cuando la legislación local se oponga a ella, por lo que la circunstancia de que el ordenamiento legal respectivo no haya sido adecuado a la reforma constitucional citada, no implica ni conlleva a sostener válidamente que otorgue mayores prerrogativas al indiciado al dictarse un auto de formal prisión y, por ende, que resulte de aplicación preferente a las disposiciones de la Norma Fundamental, en virtud de que ésta constituye la Ley Suprema de toda la Unión, de manera que si las leyes expedidas por las Legislaturas de los Estados resultan contrarias a los preceptos constitucionales, por el hecho de que no hayan sido adecuadas a su texto, entonces, deben predominar las disposiciones del Ordenamiento Supremo y no las de esas leyes ordinarias” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006).

Tesis 1a./J. 20/2000, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que emitió al dirimir la contradicción de tesis 71/97. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito; que se encuentra en la página setenta y nueve, Tomo XII; del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, octubre de dos mil, Novena Época, cuyo epígrafe y contenido señalan:

“Auto de formal prisión o de sujeción a proceso. En el dictado de dicha resolución pueden violarse garantías individuales distintas a las consagradas en el artículo 19 Constitucional. El hecho de que el artículo 19 de la Constitución Federal establezca los requisitos de fondo y de forma que todo auto de formal prisión o de sujeción a proceso debe contener, no significa que para su dictado

sólo deba cumplirse con lo previsto en el mencionado precepto constitucional. Ello es así, porque para que la afectación que sufre el inculpado en sus intereses, con motivo de ese acto de autoridad, pueda considerarse como válida, el auto de referencia debe reunir, además de los requisitos citados, todas aquellas exigencias y condiciones contenidas en las garantías de seguridad jurídica consagradas en la Carta Magna, entre otras, que dicho auto conste por escrito, proceda de una autoridad judicial, se encuentre fundado y motivado y que se dicte respecto de un delito castigado con pena corporal; garantías que ante la imposibilidad material de encontrarse contenidas en un solo artículo, deben ser aplicadas armónicamente, a fin de dar certidumbre y protección al particular. En tal virtud, debe decirse que en el dictado del auto de término constitucional pueden violarse derechos públicos subjetivos diversos a los que consagra el aludido precepto constitucional, lo que dependerá de que las autoridades cumplan o no con todas y cada una de las garantías de seguridad jurídica contempladas en la Ley Fundamental” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006).

Tesis de jurisprudencia 1a./J. 13/2003, sustentada por la Primera Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia de la nación, al resolver la contradicción de tesis 114/2001-PS, entre las sustentadas por el Tercero y Quinto Tribunales Colegiados, ambos en Materia Penal del Primer Circuito, siete de febrero de dos mil tres; ubicada en la página nueve, Tomo XVII; del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, cuyo rubro y texto son:

“Auto de formal prisión. En él deben incluirse las modalidades o calificativas del delito, sin perjuicio de que también se examinen en la sentencia que al efecto se dicte. El primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, establece

que: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.". Ahora bien, del análisis de tal precepto constitucional se concluye que para que el inculpado tenga certeza jurídica del proceso que se le habrá de seguir, la autoridad judicial, al dictar un auto de formal prisión, no debe limitar su actividad al estudio de los aspectos relacionados con el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, sino que debe analizar las modalidades o circunstancias modificativas o calificativas, con independencia de que estas últimas deban ser objeto de prueba durante el proceso criminal correspondiente, en cuya sentencia se defina, en su caso, el grado de responsabilidad del procesado, en virtud de que es justamente en dicho proceso donde se brinda al inculpado el legítimo derecho de defensa, es decir, de ofrecer las pruebas y formular las manifestaciones que estime pertinentes. Lo anterior no es obstáculo para que el Juez de la causa, al dictar su sentencia, efectúe el análisis del grado o calificativas del delito e, incluso, por virtud de ello, la misma pueda diferir del que fue materia en el proceso, al encontrar material probatorio que lo lleve a esa conclusión" (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006).

3.4. MEDIOS IMPUGNATIVOS

En el presente apartado se realizará breve análisis de los medios de impugnación relacionados con las resoluciones que recaen al auto de plazo constitucional, en específico, al auto de formal prisión, y las relativas a la orden de aprehensión o comparecencia.

Dado lo anterior y, como son esos medios de impugnación de similar naturaleza, se señalarán en forma genérica, con la aclaración de que cualquiera que éstos sean, su objeto es el que se modifique o revoque la resolución que los origina.

Los medios impugnativos en general, se dividen en ordinarios y extraordinarios.

La impugnación tiene aplicación cuando una de las partes está inconforme con una resolución judicial ya sea por considerar la inaplicación de una norma legal a su favor, o por su aplicación indebida o errónea.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala como recursos o medios de impugnación, como suele también denominárseles, a la revocación, apelación, denegada apelación y queja, que son recursos ordinarios.

Sólo el segundo interesa para los fines de este trabajo por el ser el procedente en contra de los autos concernientes a la negativa de orden de aprehensión o comparecencia; el de formal prisión o de sujeción a proceso o el auto que los niegue; medio impugnativo que se procede a analizar de la siguiente forma.

3.4.1. EL RECURSO DE APELACIÓN

Apelación, según el Diccionario de la Real Academia Española (2006), proviene del latín *appellare* que significa llamar a alguien para pedirle una cosa.

Rafael de Pina Vara (1998, p. 326), dice que el recurso es el:

“[...] medio de impugnación de las resoluciones judiciales que permite a quien se haya legitimado para interponerlo, someter la cuestión resuelta en éstas o determinados aspectos de ellas, al mismo órgano jurisdiccional en grado dentro de la jerarquía judicial para que enmiende, si existe, el error o agravio que lo motiva”.

En términos jurídicos, la apelación o alzada como también se le conoce, es el medio ordinario de impugnación prevista en contra de las resoluciones del juez de primera instancia que el promovente considera le causa agravios; la finalidad primordial buscada consiste en que el resolutor la modifique o revoque, lo que no lo exime desde luego, de poder confirmarla.

En el recurso de apelación, el *judex ad quem* estudiará la legalidad de la resolución impugnada. Esa instancia sólo se abrirá a petición de parte legítima, para resolver sobre los agravios que sean expresados por el apelante al momento de interponer el recurso o en la vista; pero el tribunal de alzada podrá suplir la deficiencia de ellos cuando el recurrente sea el procesado o se advierta que sólo por torpeza del defensor no hizo valer

debidamente argumentos existentes contra las violaciones causadas en la resolución combatida.

Sergio García Ramírez y Victoria Adato Green (2002, p. 1159), de una manera sencilla y entendible dicen al respecto:

“La apelación puede desembocar en la confirmación, la revocación o la modificación de la resolución combatida, y en ella se analizan posibles violaciones a la ley aplicable: inexacta aplicación de ésta, aplicación de una norma que no debió ser considerada, indebida apreciación de los hechos y deficiente observancia del régimen leal de la prueba”.

Tendrán el derecho de promover dicho recurso el Ministerio Público, el acusado y su defensor, el ofendido o sus legítimos representantes, cuando aquél o éstos coadyuven en la acción reparadora y sólo en lo relativo a ésta.

De conformidad a lo establecido en la ley procesal penal aplicable en esta ciudad, procederá el recurso de apelación en los siguientes casos:

“Artículo 418. Son apelables:

I. Las sentencias definitivas, incluyendo aquellas que se pronuncien en los procesos sumarios;

II. Los autos que se pronuncien sobre cuestiones de jurisdicción o competencia; los que mandan suspender o continuar la instrucción; el de ratificación de la

detención; el de formal prisión o de sujeción a proceso o el que los niegue; el que se conceda o niegue la libertad;

III. Los que resuelvan las excepciones fundadas en alguna de las causas que extinguen la acción penal; los que declaren no haber delito que perseguir; los que concedan o nieguen la acumulación o los que decreten la separación de los procesos;

IV. Los asuntos en los que se niegue la orden de aprehensión o de comparecencia, sólo por el Ministerio Público; y

V. Todas aquellas resoluciones en que este Código conceda expresamente el recurso”.

Interpuesto el recurso dentro del plazo legal, por quien tuviere la personalidad para hacerlo y cumpliendo con los demás requisitos de forma y fondo que establece la ley adjetiva penal, el tribunal pronunciará sentencia dentro de los diez días siguientes al desahogo de la misma.

3.4.2. EL JUICIO DE AMPARO

El amparo, en el aspecto que se trata este trabajo, es en la vía indirecta, por lo que es propiamente un juicio, porque presenta las fases de uno de los de su tipo, con la peculiaridad de que es a la vez un recurso extraordinario, que implica el examen de la constitucionalidad de la resolución impugnada, es decir, que se pretende la anulación de la resolución combatida, por las violaciones legales que se imputan al juez que la ha dictado.

El juicio de amparo, es el recurso previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que puede promoverse en contra de las determinaciones de los gobernantes que considera violatorias de las garantías Constitucionales.

Carlos Arellano García (1999, p. 1), lo define como:

“La institución jurídica por la que una persona física o moral, denominada quejoso, ejercita el derecho de acción, ante un órgano jurisdiccional federal o local, para reclamar de un órgano del Estado, federal, local o municipal, denominado autoridad responsable, un acto o una ley, que el citado quejoso estima, vulnera las garantías individuales o el régimen de distribución competencial entre la Federación y Estados, para que se le restituya o mantenga en el goce de sus presuntos derechos, después de agotar los medios de impugnación ordinarios”.

Ignacio Burgoa (1999, p. 173), señala que:

“El amparo es un medio jurídico que preserva las garantías constitucionales del gobernado contra todo acto de autoridad que las viole (fracción I del artículo 103 de la Constitución); que garantiza a favor del particular el sistema competencia existente entre las autoridades federales y las de los Estados (fracciones II y III de dicho precepto) y que, por último protege a toda la constitución, así como a toda la legislación secundaria, con vista a la garantía de legalidad consignada en los artículos 14 y 16 de la Ley Fundamental y en función del interés jurídico particular del gobernado. En estas condiciones, el amparo es un medio jurídico de tutela directa de la Constitución y de tutela indirecta de la ley secundaria, preservando, bajo este último aspecto y de manera extraordinaria y definitiva, todo el derecho positivo”.

Precisa además lo siguiente:

“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 su inconstitucionalidad o ilegalidad en el caso concreto que lo origine”.

Así, se puede observar que es muy amplio el estudio del juicio de garantías, por lo que en este apartado únicamente se referirá a su procedencia en materia penal, específicamente en lo relativo a las determinaciones concernientes a la orden de aprehensión y comparencia, así como a las dictadas dentro del auto de plazo Constitucional, razón por la cual, sólo se atenderá al juicio de amparo indirecto o bi-instancial, como también se le conoce.

Por exclusión, el amparo indirecto procede contra los actos que no constituyen una sentencia definitiva ni una resolución que ponga fin al proceso (sobreseimiento) y que haya causado ejecutoria.

La Carta Marga, así como de la Ley de Amparo, contemplan los actos en contra de los cuales procederá el juicio de amparo indirecto o bi-instancial, al establecer que:

“Artículo 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 a las bases siguientes: [...] VII.- El amparo contra actos en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a 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”.

“Artículo 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;

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 estas últimas hubiere quedado sin defensa el quejoso o privado de los derechos que la ley de la materia le 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 de 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 al quejoso.

Tratándose de remates, sólo podrá promoverse el juicio contra la resolución definitiva en que se aprueben o desaprueben.

IV.- Contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación;

V.- Contra actos ejecutados dentro o fuera de 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 del 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 1° de esta ley.

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.

No obstante, en este aparatado sólo nos interesan las hipótesis previstas en la fracción IV, porque se utiliza para impugnar determinaciones jurisdiccionales que se dictan dentro de un proceso penal y que de no

combatirse en el momento en que se producen, se convierten en actos de imposible reparación.

Los ejemplos más comunes son: la orden de aprehensión, la orden de comparecencia, el auto de formal prisión, auto de sujeción a proceso, auto de ratificación de la detención, acuerdo de negativa a la libertad provisional bajo caución o de exceso en la garantía fijada, imposición de multa como medida de apremio, auto que niega la libertad por desvanecimiento de datos, acumulación de procesos, entre otros.

3.4.3. EFECTOS

El efecto jurídico de la resolución en el recurso de apelación que revoca el auto de formal prisión o de sujeción a proceso y que dicta en su lugar auto libertad por falta de elementos para procesar es invariablemente ordenar la inmediata y absoluta libertad del indiciado; con la salvedad que, de conformidad a lo establecido por el artículo trigésimo sexto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la averiguación regresará al Ministerio Público investigador, para que practique las diligencias necesarias con el fin de acreditar los extremos que no se tuvieron por satisfechos y pueda ejercitar nuevamente la acción penal.

Y sólo en aquellos casos en que aparezca que el hecho o hechos que motivaron el inicio de la averiguación previa no tengan el carácter de delictuosos, el asunto regresará al representante social para que determine si

prosigue en la integración de la misma o propone entonces el no ejercicio de la acción penal.

Por otra parte, para atender a la consecuencia jurídica de la sentencia que resuelva el juicio de garantías en el sentido de conceder al quejoso el amparo y protección de la justicia Federal, es menester señalar que se utilizará como hipótesis aquella en la que se concede la protección de la justicia Federal, de un modo “liso” y “llano” -como se le denomina en la práctica jurídica-, que tiene lugar cuando el acto reclamado no se haya emitido en cumplimiento a los lineamientos de fondo previstos por la Constitución Federal.

Amparo que se denomina de esa manera, porque el órgano de control jurisdiccional-constitucional si bien advierte que el acto reclamado se encuentra debidamente fundado y motivado, del estudio de las constancias o elementos de prueba que analiza considera que no se acreditan los elementos del cuerpo del delito o la probable responsabilidad del imputado, que se requieren para el libramiento de una orden de captura o para el dictado de un auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

Explicado lo anterior, se puede señalar que la resolución ejecutoria que concede el amparo y protección de la justicia Federal en contra de las referidas determinaciones, tiene como consecuencia la de obligar a la autoridad responsable a dejar insubsistente el acto reclamado y ordenar de la absoluta e inmediata libertad del impetrante de garantías.

No obstante lo anterior, al igual que en el supuesto de la apelación, el juez

responsable estará facultado, en cualquiera de esos casos para devolver la averiguación previa al Ministerio Público, para que se allegue de los medios de prueba suficientes para acreditar las exigencias que no se hayan tenido por satisfechas para así estar en posibilidad de ejercitar otra vez la acción penal.

Asimismo, para que en aquellos asuntos en los que aparezca que el hecho o hechos que motivaron el inicio de indagatoria no hayan sido considerados como delictuosos, regrese la autoridad judicial señalada como responsable, el expediente al representante social para que determine si prosigue en la integración de la misma o propone el no ejerció de la acción penal.

Lo anterior, porque así lo dispone el señalado numeral trigésimo sexto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

No está por demás precisar que incluso puede darse el caso de que ese amparo y protección de la Justicia Federal provenga de una determinación de un Tribunal Colegiado que haya resuelto un recurso de revisión, en cuyo caso, se seguirá el mismo procedimiento establecido por el señalado artículo trigésimo sexto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; esto es, el juez responsable negará la orden de captura o emitirá auto de libertad por falta de elementos para procesar, pero también deberá devolver el asunto al Ministerio Público, para que realice las diligencias conducentes y esté en posibilidad consignar nuevamente.

En síntesis, se puede señalar que no obstante la vía (jurisdiccional o

constitucional), por la que se llegue a la determinación de negar la orden de aprehensión, la orden de comparencia, o dictar auto de libertad por falta de elementos para procesar; siempre se devolverá la averiguación previa al agente del Ministerio Público de la Federación, para que esté en posibilidad de integrarla debidamente y pueda promover de nueva cuenta el ejercicio de la acción penal, porque así lo dispone expresamente el artículo trigésimo sexto de la ley adjetiva penal aplicable en el Distrito Federal.

Precisamente las consecuencias a que da pauta el señalado numeral de la ley adjetiva penal aplicable en el Distrito Federal, en los casos de negativa de orden de aprehensión o comparencia o, bien ante el auto de libertad por falta de elementos para procesar, es lo que constituye la base toral del presente trabajo de investigación, porque no se está de acuerdo que ante la actualización de tales supuestos, la averiguación previa deba invariablemente regresar al Ministerio Público para que intente integrarla debidamente e insista en el ejercicio de la acción penal; mucho menos aun, que no se establezca un término específico breve para que lo haga, so pena de tener por terminado el asunto.

Así, será en el siguiente capítulo de esta investigación en el que se analizarán con más detalle los aspectos concernientes a las consecuencias jurídicas del artículo trigésimo sexto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, las repercusiones que origina en el gobernado que tenga relación con las hipótesis planteadas, así como la propuesta que se considera más viable para evitar las consecuencia negativas a que da pauta.

CAPÍTULO 4

LA PROBLEMÁTICA DE LA INDEBIDA INTEGRACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA COMO GENERACIÓN DE INSEGURIDAD JURÍDICA DEL GOBERNADO, PROPUESTA DE REFORMA

4.1. LAS DEFICIENCIAS DE INTEGRACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

En el apartado que se presenta, se señalan las deficiencias que se observan en la integración de las averiguaciones previas, situación que se refiere sin ánimo alguno de descalificar la administración de justicia, sino con el objeto de anotar las causas que originan la indebida integración de las indagatorias, y que generan la no sanción del delito, o la devolución de las mismas, por parte del órgano jurisdiccional.

En efecto, cuando el juzgador de acuerdo con el precepto motivo de análisis en el presente trabajo, haya negado la orden de aprehensión, de comparecencia, dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, o bien decretado que los hechos que hayan motivado la averiguación previa no tienen el carácter de delictuosos, deberá señalar los requisitos legales para tal efecto, por lo que el Ministerio Público, practicará las diligencias necesarias para integrar debidamente la averiguación previa correspondiente y poder consignar nuevamente, o bien, proponer el no ejercicio temporal o definitivo de la acción penal.

Para señalar las deficiencias correspondientes, será necesario abordar el estudio del informe especial sobre irregularidades formado con motivo de la averiguación previa iniciada por la muerte de la licenciada Digna Ochoa y Plácido, rendido por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, que es una fuente de certera existencia y que en lo concerniente señala:

“[...] se hizo un llamado al Gobierno capitalino y a los legisladores locales para que se revisen y corrijan prácticas administrativas que por años han sido deficientes y han favorecido la impunidad [...] pretende reiterar la existencia de vicios y deficiencias estructurales, falta de profesionalismo e incertidumbres legales que generó el Ministerio Público en la integración de la indagatoria citada [...] actos y omisiones que en términos de la ley son considerados ilegales, injustos, inadecuados o erróneos [...] se mencionan fallas detectadas en algunas pruebas periciales, ya que los dictámenes que son objeto de estudio en el documento adolecen de un sustento técnico y metodológico que generen certidumbre sobre su resultado. Éstos, por lo general, están basados en conclusiones que carecen de fundamentación técnica y, en su caso, de pruebas experimentales que las sustenten [...] en la que se expusieron 33 irregularidades a cargo de la PGJDF y de la Secretaría de Seguridad Pública local [...] que en lugar de ayudar a esclarecer los hechos, confunden.

En el Informe Especial sobre Irregularidades en la Averiguación Previa destacó que las pruebas periciales no fueron realizadas bajo los estándares mínimos de confiabilidad que permitieran desechar ambigüedades y que abarcaran todos y cada uno de los vestigios encontrados. Asimismo, subraya la necesidad de que todas las pruebas que se practiquen durante la integración de una averiguación previa, deban hacerse bajo la metodología adecuada a la luz de los estándares internacionales [...] Subraya que la autoridad afectó el derecho de las víctimas a aportar pruebas pertinentes, útiles y necesarias, evitando así que la actividad de los coadyuvantes fuera eficaz y cumpliera con el objetivo de actuar conjuntamente con el Ministerio Público en el desarrollo de la investigación [...] quedó evidenciada la ilegal dilación a que fue sometido el escrito de pruebas de la coadyuvancia, pues nunca existió una razón o fundamento legal que impidiera que se practicaran las periciales solicitadas por el coadyuvante.

El equipo de expertos enviados a nuestro país por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) precisó que algunos dictámenes no cumplían con los requisitos metodológicos y de forma; que su contenido podía ser correcto por la información obtenida en los exámenes realizados, pero al mismo tiempo

carecía de análisis técnico y contenía conclusiones sin fundamento [...] los cuatro peritajes realizados en materia de criminalística, los dos primeros fueron desestimados por el propio agente del Ministerio Público ya que no se ajustaban a la mecánica de hechos, las pruebas contenidas no eran suficientes debido a que sus conclusiones no eran válidas ni ajustadas a la verdad de los hechos, y por ser subjetivos” (Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2006).

De lo mencionado se observa que en la integración de las averiguaciones previas existen deficiencias, tanto en el actuar del agente investigador del Ministerio Público, profesional del Derecho, como en sus auxiliares tales como peritos y elementos de la policía judicial, que en el caso generan la indebida integración de las mismas y por ello las situaciones de que no se despachen por el órgano jurisdiccional las órdenes correspondientes de aprehensión o comparecencia, se dicte auto de libertad por falta de elementos para procesar, o bien se decrete que los hechos que hayan motivado la averiguación previa no tienen el carácter de delictuosos.

Y es que para nuestro estudio, que se concreta a la devolución de la averiguación previa al Ministerio Público en los casos señalados en el párrafo anterior, es la generadora de una problemática, que en especial afecta al gobernado, presunto responsable y que se pretende se extinga a través de la reforma que se propone.

4.1.1. CONSECUENCIAS

Como es de conocimiento general, la inseguridad es un problema de múltiples y profundas raíces, no es fácil encontrar fórmulas y medios para abatir los índices de criminalidad, siendo esto generado en mayor medida por los entes encargados de la administración e impartición de justicia, y en el

caso por los integradores de las averiguaciones previas, lo que provoca entre múltiples factores, el aumento de los delitos.

Es común encontrar comentarios en los medios de comunicación, como el siguiente que refiere Miguel Concha, en un diario de los de mayor circulación (La Jornada, 2005), al señalar:

“Abusos legales [...] Ya he señalado aquí en otras ocasiones que la queja más frecuente que se recibe en la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) es la de ‘dilación o irregularidades en la averiguación previa’, es decir, la queja contra la tardanza, la negligencia, el abuso o la corrupción del Ministerio Público en la persecución de los delitos. En efecto, uno de los principales problemas que padece esta capital es la impunidad penal. Según cifras publicadas por la propia Procuraduría capitalina, de cada cien delitos que se denuncian, sólo en tres o cuatro es llevado el presunto delincuente ante el juez. Podría decirse entonces, estadísticamente, que en el Distrito Federal prácticamente los delitos no se castigan...”.

Las consecuencias que sufre la sociedad por la actuación del Ministerio Público, cuando actúa incorrectamente, tiene doble efecto sobre la sociedad, el primero como se observa del comentario asentado, la pequeña proporción de sanción de delincuentes, generadas por la integración de la averiguación previa en forma indebida, y segundo, la no denuncia del ciudadano de la comisión de hechos delictuosos al propio agente investigador del Ministerio Público, por la confianza que éstos han generado en la población, lo que también ha ocasionado que no se denuncien la mayoría de los delitos que son cometidos en nuestra ciudad, y que también es de conocimiento público, que es mayor el número de delitos que no se denuncian a los que son hechos del conocimiento de la autoridad competente, configurándose la que

se denomina “cifra negra”.

Pero igualmente existe diverso escenario que también es generado por una actuación no íntegra o inadecuada por parte del agente investigador mencionado, y es la también causada por dicho servidor público al no integrar debidamente la indagatoria correspondiente.

En el caso se refiere concretamente al indiciado, que al ser denunciado como responsable de un delito ante la representación social, se le inicia un procedimiento que puede causarle una problemática que afecte en todos los ámbitos de su existencia, como se observará posteriormente.

4.2. EL PROBABLE SUJETO ACTIVO, COMO GOBERNANDO AFECTADO POR LA INDEBIDA INTEGRACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Resulta comprensible que una persona que cometa conductas que la legislación califique como delitos, sufra las consecuencias de su actividad, que enfrente los procedimientos que existen para tales efectos y que realice los gastos económicos y psicológicos que son consecuencia de su negativo proceder.

Sin embargo existen otro tipo de ciudadanos, que se ven inmiscuidos en averiguaciones previas que son iniciadas con pocos elementos probatorios, y en algunos casos sin elementos que permitan su adecuada y legal integración.

En tales situaciones, resulta lógico, que al haber una conducta que la ley señala como típica, y no se constituyan los elementos que la ordenanza

señala como necesarios para la integración del cuerpo del delito, no se materialice el mismo y por consecuencia no se deba ejercitar la acción penal por parte del órgano investigador, en este caso, del agente del Ministerio Público.

Sin embargo éste estima tener integrado el cuerpo del delito y por acreditada la probable responsabilidad del indiciado, y con ello ejercita la consignación de la averiguación previa correspondiente, solicitándole al órgano jurisdiccional que obsequie orden de aprehensión, o de comparecencia, según sea el caso, o bien solicita se emita auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según sea también la causa; pero lejos de ello, el órgano jurisdiccional niega la orden de aprehensión o comparecencia, o en su caso no emite el auto de formal prisión o de sujeción a proceso sino que dicta un auto de libertad por falta de elementos para procesar.

La consecuencia de acuerdo a nuestro estudio, consiste en que se devuelve la averiguación previa al agente investigador del Ministerio Público a efecto de que la integre debidamente o bien decrete el no ejercicio de la acción penal correspondiente.

Desde tal punto de vista el gobernado como presunto indiciado, sí se observa afectado en un primer plano, porque si la averiguación previa se efectuó estando él mismo privado de su libertad, sufrirá la afectación correspondiente por un término aproximado de ciento veinte horas, que consiste en cuarenta y ocho de integración de averiguación previa y setenta y dos horas ante el órgano jurisdiccional (sin tomar en cuenta que puede haber solicitud de la duplicidad de ese término), para que éste defina su situación jurídica, resultando en la emisión del auto de formal prisión o libertad por falta

de elementos para procesar, porque de ninguna manera será posible que recupere el tiempo que estuvo privado de su libertad.

En un segundo plano, en el que el denunciado no es privado de su libertad durante la integración de la averiguación previa; pero que concluye con el ejercicio de la acción penal, y por tanto con la petición del órgano investigador al órgano jurisdiccional de que se obsequie orden de aprehensión o comparecencia, y la correspondiente no es librada, no sufre mayor lesión el señalado como presunto responsable, no al igual que cuando es privado de su libertad, pero es innegable, que sí se presenta algún grado de sufrimiento por la existencia del procedimiento correspondiente.

Se concluye este apartado con la afirmación de que la integración de la averiguación previa fue indebida, por dos posibles causas:

- a) Que el denunciado efectivamente no es responsable; o,
- b) Que es responsable y no sufre consecuencia alguna, por falta de aptitud en la averiguación previa.

Sin embargo, el objeto de este trabajo es tratar el punto en comentario respecto de los gobernados que no cometen conductas señaladas como delitos por la legislación y se ven inmersos con las consecuencias que posteriormente se refieren.

4.3. VIOLACIONES A LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL GOBERNADO

Para efecto de seguir adelante con este trabajo, se refiere al gobernado

como aquél ciudadano que se encuentra inmerso en una averiguación previa en la que con posterioridad a su integración y consignación, el órgano jurisdiccional determina no obsequiar orden de aprehensión o de comparecencia, o bien, en su momento determina no emitir auto de formal prisión o de sujeción a proceso, en atención a decretar libertad por falta de elementos para procesar.

Al respecto se indica tal punto para relacionarlo con la seguridad jurídica del gobernado, y es que de acuerdo a nuestro análisis de lo que es tal seguridad, ésta se encuentra vulnerada por la situación de una indebida integración de la averiguación previa y sus consecuencias para tal tipo de personas.

En efecto, respecto de una persona sujeta a averiguación previa, de la que resulta responsable, existen dispositivos legales que le otorgan la certeza de que en observación de un procedimiento, se le tendrá sujeto a investigación por el agente del Ministerio Público, durante un tiempo determinado en la legislación, así como que se le pondrá a disposición del órgano jurisdiccional, para que éste en un tiempo también establecido en la norma defina la situación jurídica correspondiente y, de resultar probablemente responsable, se inicie un procedimiento penal, también definido en la ley (en el supuesto comentado opera en el caso de que la averiguación previa correspondiente se efectúe con detenido).

Ahora, se refiere al gobernado que se ve involucrado en una averiguación previa con detenido, en la que no es responsable, y no obstante el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, es liberado por el órgano jurisdiccional por falta de elementos para procesar y el Ministerio Público

debe integrar nuevamente la averiguación previa.

En tal caso, que es de posible presencia, la inseguridad jurídica del gobernando es profunda, porque, aunque ya no privado de su libertad, podrá sufrir nuevamente la persecución del agente investigador, quien lo requerirá o no para nuevas diligencias y realizará las demás que estime conducentes para que sea puesto nuevamente a disposición del órgano jurisdiccional, para que se repita el procedimiento de pre-instrucción, observándose que esta situación, ya es anormal, y fuera de cualquier lapso legal que señale la legislación para la persecución de los delitos.

Ahora, el ejemplo más común, consiste en que sin privación de libertad, se inicia averiguación previa, y una vez consignado el asunto sea rechazado por el órgano jurisdiccional, en atención a que no se acreditaron los elementos del cuerpo del delito o la probable responsabilidad penal del indiciado, o bien, porque los hechos por los que se inicio la misma, no son constitutivos de delito, y por tal causa se niega la orden de aprehensión o de comparecencia, regresando expresamente las actuaciones a la representación social, para su posible integración en forma correcta.

En tal caso, también existe inseguridad jurídica, porque la ley no prevé un término breve y conciso para el efecto de que se integre debidamente la indagatoria relativa.

Entonces, se concluye con la inexistencia de seguridad jurídica para las personas que se ven inmersas en averiguaciones previas de hechos por los que nos son responsables y al no existir un tiempo definido para la

integración de las correspondientes, se les vulnera la garantía correspondiente.

4.3.1. REPERCUSIONES ECONÓMICAS

En el presente apartado se refiere al gobernado que se ve inmiscuido en una indagatoria penal, en la que previa consignación, el órgano jurisdiccional estimó que no se acreditaron los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado o que los hechos por los que se consignó no constituyen delito; inicio de la averiguación previa por la que tuvo el indiciado que realizar un esfuerzo económico para contraer y pagar los servicios de un abogado.

Se sabe que la propia Carta Magna y las leyes secundarias otorgan a todos los indiciados un defensor de oficio, que por la asesoría y defensa correspondiente, no devenga honorarios, porque éstos los cubre el Estado.

Sin embargo, las personas que se ven involucradas en asuntos del orden penal, acuden únicamente al defensor de oficio cuando sus carencias económicas son profundas, por lo que en la mayoría de los casos buscan la asesoría de un abogado particular.

El costo de los servicios de un abogado particular es variable, y en la mayoría de los casos, es inesperado y por tanto imprevisible, dándose el caso de que los involucrados adquieran deudas onerosas, o rematen bienes proporcionales, para poder sufragar los costos de, mínimamente la asesoría o defensa en la etapa de averiguación previa.

En el caso, habrá desgaste económico por el servicio profesional del abogado defensor, quien no obstante logre beneficio, el mismo no será perceptible para el denunciado porque se consignará la averiguación previa, con lo que concluye la relación profesional y no el gasto, porque éste se tendrá que repetir, con la asesoría de otro abogado, cuando se vuelva a reintegrar la averiguación previa, como consecuencia de la devolución de la misma, por parte del órgano jurisdiccional.

Se concluye entonces que en la cuestión narrada existe una consecuencia económica imprevisible y hasta con posible dualidad de existencia.

4.3.2. REPERCUSIONES PSICOLÓGICAS

En el inciso que se presenta, se señalan de manera presuntiva, los efectos colaterales que puede sufrir un gobernado cuando se ve inmerso en una problemática de índole judicial, en la que ve amenazado alguno de sus bienes, que en lo específico, es la libertad.

Desde luego que nuestra óptica se reduce a la hipótesis de la no comisión del delito, por el que la representación social inició la averiguación previa correspondiente, y que por tal causa no se integró adecuadamente la pesquisa relativa, o bien que debidamente integrada la misma, no se fincó la presunta responsabilidad, en atención que para el órgano jurisdiccional, la misma no es susceptible de ser sancionada penalmente.

Con motivo de tales situaciones, el presunto inculpado se observa inmerso en una inicial problemática, en la que por la posible no comisión de un ilícito penal, se le siguió averiguación previa que culminó con una consignación o

ejercicio de la acción penal por el órgano investigador ante el órgano jurisdiccional, iniciando una fase de situación psicológica que también le causa problemática.

Ante la no persecución judicial, posiblemente disminuya la alteración psicológica, misma que se retoma y se profundiza, cuando no obstante el órgano jurisdiccional no encontró medios de convicción que acreditaran los elementos del cuerpo del delito o la probable responsabilidad, o bien, de los mismos advierte que los hechos materia de la consignación no son delictuosos, devuelve la averiguación previa al órgano investigador y se inicia nuevamente la problemática de perder la libertad.

Por lo tanto, sin afán de realizar un estudio clínico psicológico de las emociones que sufre un gobernado inmerso en la problemática detallada, se atreve a señalar que el mismo, en su mínima expresión, presenta síntomas de ansiedad a la que también se denomina angustia, por lo que el empleo de estas dos palabras es prácticamente sinónimo.

En la literatura básica se encuentra que la angustia o ansiedad se presenta ante un peligro, o amenaza, real o imaginario, se moviliza un alto grado de tensión o angustia, que estimula la capacidad de respuesta de la persona.

A partir de cierto momento, si este grado de tensión se vuelve excesivo, es capaz de hacer ineficaz la respuesta, la persona se paraliza y, por tanto, empeora la situación.

Lo que debería ser una forma de adaptación a una situación, se convierte

en una forma de desadaptación y desequilibrio.

La misión original de la ansiedad o angustia es la desadaptación al medio, presentando síntomas de inquietud excesiva, nerviosismo sin causa aparente, sentimiento de incapacidad, tanto profesional como afectiva, agobio, temor, sin causas específicas, por el futuro, dificultad para dormir, pesadillas, irritabilidad y hasta llanto sin causa aparente, esto en el aspecto netamente mental.

La ansiedad puede provocar los siguientes trastornos físicos: sentimiento difuso de temor ante los diversos aspectos de la vida cotidiana, palpitaciones o taquicardias frecuentes sin justificaciones físicas, dolores difusos por todo el cuerpo, cansancio excesivo, y dolores de cabeza agudos (Control Médico, 2006).

Desde luego que tales situaciones no son observadas en la norma legal; pero que reales en el mundo fáctico, y como consecuencia de la inseguridad jurídica que se puede presentar por la problemática que genera la actual redacción del numeral materia de nuestra investigación, y que impulsa proponer la reforma que se plantea en el siguiente apartado.

4.4. PROBLEMÁTICA QUE GENERA LA ACTUAL REDACCIÓN DEL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL

Se han mencionado ya las consecuencias jurídicas que presenta el precepto en análisis, así como las repercusiones económicas y psicológicas y el estado de inseguridad jurídica que genera en contra del gobernado que tiene

la calidad de indiciado en una averiguación previa; sin embargo, la problemática de la actual redacción del artículo trigésimo sexto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, va más allá.

Así, para comprender los ámbitos en los que crea diversas problemáticas el artículo señalado, se considera pertinente en primer lugar, realizar un breve estudio de las causas que originaron su actual redacción.

El artículo trigésimo sexto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, fue reformado el diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y nueve; modificación que entró en vigor el uno de octubre de ese año, para quedar de la siguiente manera:

“Artículo 36. Cuando se haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia, o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, por considerar que no están reunidos los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 132 y 133 de este Código, el juez penal deberá señalar aquellos requisitos que a su juicio no se encuentran satisfechos, fundando y motivando su resolución, y el Ministerio Público practicará las diligencias necesarias para integrar debidamente la averiguación previa correspondiente”.

Las diferencias existentes entre la redacción que mantiene actualmente en relación con la anterior, son sustancialmente las siguientes:

Se eliminó el término de sesenta días que se otorgaba al ofendido o Ministerio Público para aportar nuevas pruebas, cuando se hubiere negado una orden de aprehensión o comparecencia, o bien, dictado auto de libertad por falta de elementos para procesar, so pena de sobreseer la causa penal.

Ahora en cambio, señala que en esos casos, el juez de la instrucción, mediante resolución fundada y motivada, deberá indicar los requisitos que a su juicio no quedaron satisfechos, para así devolver el asunto al representante social, a fin de que realice las diligencias necesarias para colmar las exigencias faltantes.

Elimina la figura del sobreseimiento de la causa penal en caso de que el ofendido o agente del Ministerio Público no aporte nuevas pruebas en el referido periodo de sesenta días después de negada la orden de aprehensión o comparencia o del dictado de auto de libertad por falta de elementos para procesar; por lo que, para atender al término con el que cuenta el representante social para la debida integración de la averiguación previa, se atiende a las reglas generales de la prescripción previstas en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

No es óbice precisar en este momento que, según se desprende de la lectura de la exposición de motivos para reformar diversos numerales del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, presentada a la Asamblea de Representantes de esta ciudad, el veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y nueve, la razón primordial por la que se propuso la modificación al artículo trigésimo sexto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, estribó en realizar un equilibrio entre los derechos de la víctima y de la sociedad frente a los derechos del inculcado.

Es decir, se propuso modificar el artículo que se analiza, con el fin, según se expuso, de eliminar la fuente de impunidad que genera la prescripción anticipada para los delitos que no se acrediten plenamente antes del inicio del proceso penal, con el objetivo primordial de que el representante social

esté en aptitud de practicar las diligencias que procedan en la averiguación previa; al considerar que el plazo de sesenta días con que contaba el agente del Ministerio Público para la debida integración de la averiguación previa, era un plazo perentorio que modificaba los términos de la prescripción genérica que establece la legislación sustantiva, al transformarse en un plazo prescriptivo de las conductas delictivas, que orilla a la impunidad, y que equivale, en la práctica, a una sentencia absolutoria sin proceso.

Se pretendió con esa reforma exigir al juez de la causa que precisara los elementos en los que se sustentara para negar la orden de aprehensión o comparecencia, o bien, para dictar auto de libertad por falta de elementos para procesar.

Asimismo, se indicó que con esa modificación no se afectaría la seguridad jurídica (sin especificar de quién), ya que se mantendrían las reglas genéricas de la prescripción del delito. Se evitaría la impunidad de los delitos en caso de que, por cualquier causa, el Ministerio Público no ejerciera acción penal dentro de sesenta a días.

Posteriormente, mediante reforma publicada en la Gaceta del Distrito Federal, el uno de enero de dos mil cinco, se adicionó un párrafo más al artículo en estudio, que ahora constituye el segundo, para quedar de la siguiente manera:

“Artículo 36. [...] Cuando aparezca que el hecho o hechos que motivan la averiguación previa no tienen el carácter de delictuosos, el Juez motivará su resolución y devolverá los autos originales de la indagatoria al Ministerio Público, para que éste determine si prosigue en su integración o propone el no ejercicio temporal o definitivo de la acción penal”.

Reforma que, según se desprende también de la exposición de motivos correspondiente, tuvo como finalidad primordial la de fijar lineamientos claros y precisos para que el Ministerio Público ejercite la acción penal de manera correcta y oportuna, lo que comprometería a esa institución a actuar con mayor eficiencia, para así dar claridad, certeza jurídica y “una correcta aplicación de la ley”.

Sin embargo, es claro que no se cumplieron los objetivos pretendidos con las reformas del numeral en análisis, porque lejos de consumarse los mismos, se presentan en la actualidad diversos problemas que infieren tanto en la seguridad jurídica que se debe otorgar al gobernado en su calidad de indiciado, retardo en administración de justicia, exceso de trabajo en agencias del Ministerio Público y diversos órganos jurisdiccionales, así como deficiencia en la integración de la averiguación previa, como a continuación se explica.

a) Retarda la administración de justicia, que de acuerdo al artículo décimo séptimo, párrafo segundo Constitucional, debe ser expedita y eficaz.

En efecto, en ese numeral de la Carta Magna, se garantiza a favor de los gobernados el acceso efectivo a la justicia, derecho fundamental que consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permite obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas, y si bien es cierto, se deja a la voluntad del legislador establecer los plazos y términos conforme a los cuales se administrará la justicia, debe estimarse que en la regulación respectiva puede limitarse esa prerrogativa fundamental, con el fin de lograr que las instancias constituyan el mecanismo

expedito, eficaz y confiable al que los gobernados acudan para dirimir cualquiera de los conflictos que deriven de las relaciones jurídicas que entablan, siempre y cuando, las condiciones o presupuestos procesales que se establezcan encuentren sustento en los diversos principios o derechos consagrados en la propia Constitución General de la República.

Lo anterior, se puede resumir de la siguiente manera: El carácter expedito de la impartición de justicia se fundamenta en que la seguridad jurídica del gobernado no permanezca en estado de incertidumbre durante tiempo indeterminado que sea excesivamente prolongado.

Así, resulta claro que el artículo trigésimo sexto de la ley adjetiva penal aplicable en el Distrito Federal, no es acorde con el principio de expedita y eficaz administración de justicia a que se refiere nuestra Carta Magna, porque:

No establece un término específico y breve para que el agente del Ministerio Público investigador, vuelva a intentar el ejercicio de la acción penal en aquellos casos en que se haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia o cuando se haya dictado un auto de libertad por falta de elementos para procesar, por no encontrarse reunidos los requisitos del artículo décimo sexto Constitucional y 132 y 133, de la propia ley adjetiva penal.

De modo que, ante la falta expresa de ese término, se atiende a las reglas de prescripción del delito de que se trate, que sin duda no es un término breve, de ahí que mientras no prescriba el injusto penal que dio origen a la averiguación previa la autoridad ministerial dispone de todo ese tiempo

para estar en posibilidad de ejercitar acción penal contra el inculpado.

Además, permite que en aquellos casos en que el juez correspondiente estime que los hechos que motivaron el ejercicio de la acción penal no tienen el carácter de delictuosos, la indagatoria sea devuelta al Ministerio Público, para que determine si continúa en la integración de la misma o propone el no ejercicio temporal o definitivo de la acción penal, sin que tampoco señale un término expreso y breve para que el agente del Ministerio Público realice tal pronunciamiento.

Como consecuencia de ello, existe una clara violación al principio de pronta y expedita impartición de justicia, porque ocasiona que la seguridad jurídica del gobernado permanezca en estado de incertidumbre por un tiempo excesivamente prolongado.

Más aún, si atendemos al supuesto establecido en el párrafo segundo del artículo trigésimo sexto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, porque si ya se determinó la inexistencia del delito, lo más viable sería que el juzgador dé por terminado el asunto en definitiva, en lugar de regresar la averiguación para que el Ministerio Público determine proseguir o no en su integración o bien en el no ejercicio de la acción temporal o definitivo, porque el tiempo que tarde éste en tomar una decisión podría resultar demasiado excesivo al no señalarse un plazo para que se pronuncie al respecto.

b) Ocasiona un mayor número de trabajo tanto en agencias investigadoras del Ministerio Público, como en diversos órganos jurisdiccionales, como son juzgados penales de primera y segunda instancia, juzgados de Distrito de

amparo en materia penal y tribunales Colegiados de circuito en esa misma materia.

En efecto, la actual redacción del artículo en análisis trae como consecuencia directa e inmediata el exceso de trabajo en esas dependencias gubernamentales; sin embargo, el existir diversos supuestos al respecto, se estima conveniente realizar el estudio por separado de cada uno de éstos, para una mejor comprensión del asunto e ilustrar la problemática que se sostiene.

En tratándose de orden de aprehensión o comparecencia.

Una vez que el agente del Ministerio Público determina que las actuaciones que practicó durante la averiguación previa son suficientes para ejercitar acción penal y lo hace así a través de la consignación, pueden ocurrir los siguientes supuestos.

1) El juez de la causa al que corresponde conocer del asunto, considera que no se reúnen los elementos señalados por la ley, consistentes en la acreditación de los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado; o bien, que los hechos por los que se consignó no son considerados como delictuosos.

Como consecuencia de ello y en estricto cumplimiento a lo señalado por el artículo trigésimo sexto, párrafo primero del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, devolverá el expediente a Ministerio Público para que integre debidamente la averiguación previa y esté en posibilidad de ejercitar nuevamente la acción penal, para lo cual no contará con un plazo

breve y conciso, sino atenderá a aquél en el que prescriba el delito de que se trate.

Si atendemos a lo señalado en el párrafo segundo, devolverá también la averiguación previa a la autoridad investigadora para que resuelva si prosigue con su integración u ordena el archivo definitivo o no del asunto.

2) El juez natural considera que los datos de la averiguación previa sí son suficientes para actualizar los extremos legales requeridos y obsequia la orden de captura solicitada.

El indiciado acude ante el juez de Distrito de amparo en materia penal, con la finalidad de solicitar el amparo y protección de la justicia Federal en contra de esa determinación.

En este caso, debe precisarse que aun cuando el obsequio de una orden de captura se tramita a través de “sigilo” con el fin de evitar que el indiciado se sustraiga de la acción de la justicia, es muy común que el indiciado conozca o infiera su existencia debido a determinadas circunstancias que originan acuda ante la autoridad federal a solicitar el amparo y protección de la justicia de la Unión, pues no se debe olvidar que no procede recurso ordinario en contra de esas órdenes.

El juez de control constitucional considera que la orden de aprehensión o comparecencia es violatoria de garantías y concede al entonces quejoso el amparo y protección de la justicia de la unión de manera “lisa y llana”, ya sea por no acreditarse el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del inculpado o por inexistencia del delito (explicado en líneas precedentes).

Al solicitar a la autoridad responsable, es decir, al juez penal, dé cumplimiento a la ejecutoria de amparo, éste deja insubsistente la orden de captura; sin embargo, debido a la actual redacción del artículo trigésimo sexto, párrafo primero de la ley adjetiva penal aplicable en esta ciudad, además de lo anterior, tendrá que devolver la averiguación al agente del Ministerio Público para los efectos ya precisados.

3) Puede darse el caso de que una vez concedido el amparo y protección de la justicia de la Unión por parte del juez de Distrito, el agente del Ministerio Público correspondiente, interponga recurso de revisión y que el tribunal colegiado al que toque conocer del asunto confirme la resolución, en ese supuesto será exactamente la misma tónica, consistente por una parte, en que el juez de la causa cancele la orden de captura y, por la otra, devuelva el expediente al agente del Ministerio Público investigador para que proceda a su debida integración para los efectos señalados.

4) Misma situación se presentará cuando el juez de Distrito niegue el amparo y protección de la justicia Federal y sea entonces el tribunal colegiado de Circuito quien lo conceda al resolver el recurso de revisión interpuesto por el quejoso.

Referente al auto de libertad por falta de elementos para procesar.

En tratándose de esa determinación, con el fin de evitar repeticiones innecesarias en la presente tesis, basta decir, que en aquellos casos en que éste se dicte por la actividad jurisdiccional del juez penal o de la sala penal correspondiente, o bien, en cumplimiento a una determinación de los tribunales de amparo, el efecto será el mismo, es decir:

Como consecuencia de lo estipulado en el artículo trigésimo sexto, párrafo primero del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el juez de la causa devolverá el expediente a la autoridad ministerial investigadora para el efecto de que proceda a recabar las pruebas aptas y suficientes que le permitan ejercitar nuevamente la acción penal.

En el caso del párrafo segundo, devolverá la averiguación a la autoridad investigadora para que señale si prosigue con la integración de la misma o propone el no ejercicio de la acción penal de manera temporal o definitiva.

Ya se detallaron los casos y para qué efectos la averiguación previa será devuelta al agente del Ministerio Público; ahora, para comprender por qué la actual redacción del artículo trigésimo sexto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, trae como consecuencia exceso de trabajo en los órganos jurisdiccionales ya precisados, se tendrá que situarse en el supuesto de que el agente del Ministerio Público sí ejercitó nuevamente la acción penal en contra del inculcado, lo que traerá como consecuencia inevitable la actuación nuevamente de los tribunales ya precisados, pues es claro que el gobernado con carácter de indiciado agotará todos los medios de prueba a fin de que se destruya el acto de autoridad dictado en su contra.

Por lo que es claro que la redacción actual del numeral en análisis contribuye a que la institución del Ministerio Público y los órganos jurisdiccionales precisados tengan mayor trabajo al que de por sí están sujetos, porque es indubitable que el gobernado que se considere afectado hará valer, desde luego, el derecho a la defensa que Constitucionalmente se le ha conferido.

Así, mientras el artículo trigésimo sexto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, continúe con su actual redacción, los ciclos ya precisados se repetirán una y otra vez, porque la actual redacción de ese numeral da pauta a ello, al no señalar un término breve y preciso ni un número limitante de veces para que el Ministerio Público ejercite acción penal en contra del inculpado, en los supuestos ya señalados.

De modo que contribuye a que exista mayor número de asuntos tanto en las agencias del Ministerio Público como en los tribunales enunciados; por lo que ese aspecto se considera una problemática más originada por el numeral en estudio.

c) Que el trabajo desempeñado en las agencias del Ministerio Público, en relación a la integración de la averiguación previa, se lleve a cabo de manera deficiente.

Porque no obstante el exceso de trabajo que existe en las mismas, éste se ve aumentado de manera notable, porque siempre que se niegue la orden de aprehensión o de comparecencia o se dicte auto de libertad por falta de elementos para procesar a favor del inculpado, la averiguación tendrá que regresar de nueva cuenta al agente del Ministerio Público, para que proceda a su debida integración.

Además, porque el representante social, sabedor que si ejercita acción penal con ciertas deficiencias y éstas son detectadas por el órgano jurisdiccional, tendrá la oportunidad de subsanarlas en subsecuente actuación.

De lo cual no es culpable sólo ese servidor público sino el entorno concerniente a la administración de justicia, porque es bien sabido que las autoridades del Distrito Federal, justifican la supuesta disminución de los índices delictivos a través del número de consignaciones que arrojan las estadísticas, de ahí que exista una cierta presión para el agente del Ministerio Público investigador, ejercite acción penal quizá en el momento inadecuado, bajo el entendimiento que de no proceder su pretensión punitiva, tendrá la oportunidad de perfeccionar su actuar y volverla a intentar.

Esos son en así, los diversos problemas que ocasiona la actual redacción del artículo trigésimo sexto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de modo que el apartado siguiente se expondrá la modificación que se propone realizar a ese numeral con el fin de evitar la subsistencia de esos inconvenientes.

4.5. PROPUESTA DE REFORMA AL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO TRIGÉSIMO SEXTO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL

Con la finalidad de favorecer la correcta y expedita impartición de justicia, reducir el número de trabajo redundante en las agencias del Ministerio Público y diversos órganos jurisdiccionales, asegurar la correcta integración de la averiguación previa sin ocasionar con ello incertidumbre jurídica en el gobernado señalado como probable responsable ni tampoco en el pasivo del delito y, precisar los lineamientos claros y precisos para que el Ministerio Público ejercite la acción penal de manera correcta y oportuna, se propone la modificación del artículo trigésimo sexto, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en los siguientes términos:

“Artículo 36. Cuando se haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia, o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, por considerar que no están reunidos los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 132 y 133 de este Código, el juez penal devolverá la causa al Ministerio Público para que practique las diligencias necesarias para integrar debidamente la averiguación previa correspondiente.

El Ministerio Público subsanará las deficiencias u omisiones que en su caso existieren, practicará las diligencias necesarias para integrar debidamente la averiguación previa y resolverá lo que en derecho corresponda.

Para tal efecto, contará con un plazo de sesenta días naturales, contado a partir de que la determinación del juez haya quedado firme.

Transcurrido ese plazo sin que se ejercite nuevamente la acción penal, archivará el expediente como asunto concluido.

En caso de que se haya ejercitado nuevamente la acción penal y los elementos probatorios aportados no sean suficientes para el libramiento de la orden de aprehensión o de comparecencia, el juez sobreseerá la causa.

Cuando al examinar la solicitud de orden de aprehensión o comparecencia, el juez estime que los hechos materia de la consignación no son delictuosos, decretará el sobreseimiento de la causa penal”.

CONCLUSIONES

El desarrollo de la investigación concluye con la propuesta de reformar el artículo trigésimo sexto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que debe ser de la siguiente manera:

“Artículo 36. Cuando se haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia, o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, por considerar que no están reunidos los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 132 y 133 de este Código, el juez penal devolverá la causa al Ministerio Público para que practique las diligencias necesarias para integrar debidamente la averiguación previa correspondiente.

El Ministerio Público subsanará las deficiencias u omisiones que en su caso existieren, practicará las diligencias necesarias para integrar debidamente la averiguación previa y resolverá lo que en derecho corresponda.

Para tal efecto, contará con un plazo de sesenta días naturales, contado a partir de que la determinación del juez haya quedado firme.

Transcurrido ese plazo sin que se ejercite nuevamente la acción penal, se archivará el expediente como asunto concluido.

En caso de que se haya ejercitado nuevamente la acción penal y los elementos probatorios aportados no sean suficientes para el libramiento de la orden de aprehensión o de comparecencia, el juez sobreseerá la causa.

Sólo cuando al examinar la solicitud de orden de aprehensión o de comparecencia, el juez estime que los hechos materia de la

consignación no son delictuosos, decretará el sobreseimiento de la causa penal”.

Con esa redacción, se otorga la oportunidad de resolver dualidad de problemas: primero, se combate la generación de cargas de trabajo innecesario en los órganos de administración y procuración de de justicia en esta ciudad, esto es, en el aspecto laboral respectivo; y, por diverso sendero, pretende se materialice la seguridad jurídica de los inculpados en las averiguaciones previas a efecto de que sea certera su situación jurídica, con la finalidad primordial de que no sean indeterminados los tiempos en los que se defina legalmente la misma.

Por lo tanto, se respondió en sentido negativo la pregunta planteada al inicio del trabajo de investigación, consistente en que si realmente la actual redacción del numeral referido era viable para generar certeza jurídica en el gobernado con calidad de indiciado o probable responsable.

Como consecuencia de esa respuesta, fue dilucidada la hipótesis de que con una reforma al artículo descrito, se otorgaría al gobernado involucrado, precisamente, la certeza jurídica necesaria para llevar una vida normal en su entorno social; suposición que se estima se encuentra satisfecha.

En efecto, la existencia de un tiempo preciso para determinar la responsabilidad de un presunto sujeto pasivo del delito, otorgaría certeza jurídica a un involucrado como tal, y que legalmente no lo es en una primera instancia, para que se desprenda totalmente del procedimiento penal correspondiente, con la certidumbre de que ha culminado la situación inherente, que desde, luego no es agradable o de bondad alguna.

Entonces, nuestro objeto de estudio, indudablemente resultó ser el numeral legal descrito; pero para su comprensión se debieron fijar variables, que desde luego se tornaron también en entidades de análisis, para soportar el conocimiento y por tanto, el dominio del tema selecto.

De tal manera, se abordó la institución del Estado de Derecho a efecto de precisar que en una Nación, para que se considere como Estado de Derecho, se deben aplicar indistintita y certeramente las normas que erigen y precisan la existencia y desarrollo de la Nación correspondiente, precisando que un Estado de derecho, no es una Nación con la existencia de un sistema jurídico, sino que es una Nación en que como estadía, se aplica certeramente ese cuerpo normativo.

Para que se presente la estadía del Derecho, debe existir como prestación cierta, la seguridad jurídica, que es la garantía de que

se ha de privar al gobernado de sus posesiones, propiedades y derechos, sólo mediante procedimientos previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades precisadas y en los que se diriman derechos emanados de facultades y obligaciones también existentes con antelación.

Como principio parte de la seguridad jurídica se observó el de legalidad, que obliga a la autoridad a motivar y fundamentar sus resoluciones, y que su esencia es permitir a ésta realizar solamente lo que le permite la norma.

Al ser la investigación de índole penal, se citan los dispositivos que existen a efecto de materializar la seguridad jurídica necesaria en los procesos acordes; por ello, se precisó respecto del principio del debido proceso, que tiene como base las leyes del procedimiento que se tutelan en la Ley de Amparo y en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Obviamente, que al existir como principio universal en materia penal, el de la certeza jurídica, como garante de inocencia del involucrado hasta que no se demuestre lo contrario; se analizaron para complementar su existencia, otros principios que rigen en materia penal, como el denominado *“in dubio pro reo”*, que tiene como significado que ante la no certeza o duda de la comisión de los hechos imputados al sujeto activo, se le absuelva de sanción

alguna; así también, el de la suplencia de la queja deficiente, que complementario a los anteriores, al tener como finalidad primordial, de igual forma, la de otorgar seguridad jurídica al gobernado con carácter de inculpado, porque obliga a la autoridad jurisdiccional o constitucional correspondiente, a atacar las anomalías existentes en la determinación que tenga como finalidad privarlo de su libertad, cuando haya sido omiso en hacer manifestación alguna al respecto.

Como parte de la problemática planteada, se analizó lo correspondiente a la función del Ministerio Público en su carácter de autoridad investigadora, señalándose las deficiencias en la integración de la averiguación previa correspondiente, sustentada en información generada por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; anomalías que a su vez generan consecuencias de inseguridad, precisadas en el presente trabajo de investigación; se señalaron además, la problemática económica y hasta emocional ocasionada en el presunto sujeto activo, que deben desaparecer con la reforma propuesta.

La metodología observada, desde luego, es científica, porque se integró de la lectura y análisis de la doctrina citada, interpretada por el conocimiento empírico, fruto ya del ejercicio jurisprudencial que en definitiva resuelve las cuestiones tratadas.

Se exploraron todos los objetos de estudio necesarios para complementar el punto toral de la investigación, como son: la institución del Ministerio Público; el Poder Judicial del Distrito Federal, a través de los juzgados y salas penales correspondientes; el Poder Judicial de la Federación, por medio de los juzgados de Distrito y tribunales Colegiados de Circuito, por cuanto se refiere al amparo, desde luego, en materia penal; así también la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Por lo expuesto, se puede establecer que la propuesta para reformar el artículo en estudio, en los términos señalados, es del todo viable, porque actualmente genera dualidad de inseguridad, como ya se mencionó; por lo que, se estima que es sólo cuestión de tiempo para que se materialice la modificación señalada, porque la realidad nos esta rebasando.

De ahí que se considere alcanzado el objetivo buscado al inicio del trabajo, al haberse comprobado que con la propuesta planteada, se ayudaría de manera muy significativa a la procuración y administración de justicia, en particular para otorgar seguridad y certeza jurídica no sólo en el señalado como sujeto activo del delito sino también en el pasivo, en los casos ya analizados en el cuerpo del presente trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Honorable Congreso de la Unión. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [versión electrónica]. Leyes Federales y del Distrito Federal. Recuperado el 12 de julio de 2006, de <http://www.scjn.gob.mx/leyes/ArchivosLeyes/130>

Honorable Congreso de la Unión. Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [versión electrónica]. Leyes Federales y del Distrito Federal. Recuperado el 12 de julio de 2006, de <http://www.scjn.gob.mx/leyes/LstArts>

Honorable Congreso de la Unión. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal [versión electrónica]. Leyes Federales y del Distrito Federal. Recuperado el 12 de julio de 2006, de <http://www.scjn.gob.mx/leyes/ArchivosLeyes/645>

Honorable Congreso de la Unión. Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal [versión electrónica]. Leyes Federales y del Distrito Federal. Recuperado el 21 de julio de 2006, de <\\sijswap\docsweb\LeyesFederales\2588>

Honorable Congreso de la Unión. Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal [versión electrónica].

Leyes Federales y del Distrito Federal. Recuperado el 21 de julio de 2006, de \\sijswap\docsweb\Reglamentos\15191

Bibliografía

Arellano García, C. (1999). *Práctica forense del juicio de amparo*. (13ª ed.). México: Porrúa.

Barragán Salvatierra, C. (2001). *Derecho procesal penal*. México: Mc Graw Hill.

Bazdresch, L. (2000). *Garantías Constitucionales*. (5ª ed.). México: Trillas.

Bobbio, Norberto. (1989). *Estado, Gobierno y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.

Burgoa Orihuela, I. (1999). *El juicio de amparo* (37ª). México: Porrúa.

Castellanos Tena, F. (1978). *Lineamientos elementales del derecho penal*. (12ª.). México, Porrúa.

Colín Sánchez, G. (2002). *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. (18ª. Ed.). México: Porrúa.

Díaz de León, M. (2000). *Diccionario de derecho procesal penal y términos usuales en el proceso penal*. (4ª ed.). México: Porrúa.

Díaz, E. (1966). *Estado de derecho y sociedad democrática / Cuadernos*

para el Diálogo. Madrid, España: Taurus Ediciones, S.A.

De Pina Vara, R. (2000). *Diccionario de derecho*. (29ª). México, Porrúa.

García Ramírez, S., Adato Green, V. (2002). *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*. (10ª. Ed.). México: Porrúa.

Izquierdo Muciño, Martha E. (2001). *Garantías Individuales*. México: Oxford University Press.

Lara Espinoza, S. (1999). *Las Garantías Constitucionales en Materia Penal*. (2ª ed.). México: Porrúa.

Mancilla Ovando, J. (2000). *Las Garantías Individuales y su aplicación en el proceso penal*. (9ª ed.). México, Distrito Federal: Porrúa.

Muñoz Conde F., García Arán M. (2002). *Derecho Penal Parte General*. (5ª ed.) Valencia, España: Tirant.

Osorio y Nieto, C.A. (2000). *La Averiguación Previa*. (11ª ed.). México: Porrúa.

Ovalle Fabela, J. (2002). *Garantías Constitucionales del proceso*. (2ª.) México: Oxford University Press.

Pavón Vasconcelos, F. (2002). *Derecho penal mexicano*. (16ª ed.). México: Porrúa.

Petit Canbdaudap, C. (1977). *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*. (3ª ed.). México: Porrúa.

Rabasa, Emilio (1995). *Mexicano: ésta es tu Constitución*. México: Porrúa.

Rivera Silva, M. *El procedimiento Penal*. (29ª ed.). México, Distrito Federal: Porrúa.

V. Castro, J. (2000). *Garantías y Amparo*. (11ª ed.). México: Porrúa.

Zamora Jiménez, A. (2000). *Cuerpo del delito y tipo penal*. México: Ángel Editor.

Diccionario jurídico Espasa. (1993). Madrid, España: Espasa.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. (1995). *Diccionario Jurídico mexicano*. (8ª ed.). México: Porrúa.

Instituto de Investigaciones Jurídicas (1998). *Nuevo diccionario jurídico mexicano*. (4ª ed.). México: Porrúa.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2003). *Las Garantías Individuales: Las Garantías de Igualdad*: Corunda, S.A de C.V.

Fuentes electrónicas consultadas

(Diccionario Jurídico 2000), *Desarrollo Jurídico*, (Versión 2003), [CD-ROM]. México.

Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado el 27 de agosto de 2006. <http://buscon.rae.es/drae/>

Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado 27 de agosto de 2006, de <http://buscon.rae.es/drae/SrvltGUIBusUsual>

Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado 27 de agosto de 2006, <http://www.scjn.gob.mx/ius2005>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado el 29 de agosto de 2006, de <http://www.scjn.gob.mx/ius2005/UnaTesisInkTmp.asp>

Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado el 27 de agosto de 2006, de <http://buscon.rae.es/drae/SrvltGUIBusUsual>

Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado el 18 de septiembre de 2006, de <http://buscon.rae.es/drae/Srv>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado el doce de septiembre de 2006, de http://www.scjn.gob.mx/ius2005/UnaTesis_InkTmp.asp?nlus

Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado el 29 de agosto de dos mil seis, de <http://buscon.rae.es/drae/SrvltGUIBusUsual>

Enciclopedia Wikipedia. Recuperado el 29 de agosto de dos mil seis, de http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_legalidad

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado el 18 de septiembre de 2006, de <http://www.scjn.gob.mx/ius2005/UnaTesisInk-Tmp.asp?nlus=904522>

Enciclopedia Wikipedia. Recuperado el tres de septiembre de 2006, de <http://es.wikipedia.org/wiki/Delito>

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Recuperado el treinta y uno de agosto de 2006, de <http://www.cd hdf.org.mx/index.php?id=bol7604>

Concha, M. *La Jornada*. Recuperado 11 de noviembre de 2006, de <http://www.jornada.unam.mx//concha.html>

Ghigi, E.: *Consejos Médicos: Apuntes médicos de utilidad / Ansiedad*. Recuperado veinticuatro de noviembre de 2006, de <http://www.colegios.cl/ansiedad.htm>