

9



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

297420

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

**"ESTUDIO JURÍDICO DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL CON
DETENIDO, POR AUSENCIA DE FLAGRANCIA O NOTORIA
URGENCIA".**

TESIS QUE PARA OBTENER EL
TITULO DE LICENCIATURA EN DERECHO PRESENTA

MANUEL DAVID ALCOCER ZURITA

ASESOR DE TESIS

LIC. RAFAEL CHAINE LOPEZ



ABRIL 2001.



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.

AGRADECIMIENTOS

a **D**IOS: “Por los ángeles que me
mando y que siempre están ahí para poder
guiarme al Bien”.

A mi padre:

quien me enseñó el camino y que con
su ejemplo y los valores que me
enseñó, he llegado a esta etapa tan
importante en mi vida

mil gracias **A**lejandro.

A mi **M**adre.

a la cual le debo todo en mi vida,
quien con todo el trabajo de su vida hizo
que llegara a esta meta,
te quiero mucho mamá y muchísimas
gracias.

A mis hermanas:

a **G**eorgina por todas las fuerzas que
le has hechado en la vida para salir
adelante, nunca te rindas.

A **A**glael

la niña más hermosa del mundo, ojalá
esto te sirva de ejemplo para que
llegues muy lejos y algún día seas
parte de esta máxima casa de estudios.

LAS AMO MUCHO

A **S**ara

mi compañera, amiga, amante y ojalá
ya muy cerca mi esposa. A ti muy en
particular te dedico este trabajo por
haber creído en mi y por todo el
camino que nos falta por recorrer
juntos, TE AMO MUCHÍSIMO.

A mis **A**buelitos:

Por todos los cuidados que
recibí de ustedes

Muchas gracias.

A mi asesor de tesis el Licenciado
Rafael Chaine López, muchísimas
gracias.

A el Licenciado Juan Huidobro López
por su apoyo mil gracias.

A el Licenciado y Comandante
Eduardo Pacheco González gracias
por ser mi amigo.

Y con Muchísimo cariño a los dos
Ángeles que me mando **DIOS** y que
siempre estuvieron ahí para apoyarme
en todo; quienes con sus consejos y
apoyo logré este objetivo muchísimas
gracias a ustedes.

Gracias.

Licenciado
Humberto del Águila Jiménez

Gracias.

Licenciada
Lucrecia Pacheco González

Gracias por la confianza que me brindaron.

los quiero mucho

A mis **A**migos:

Omar Martínez García

Israel Castillo González

Ulises Altamirano Sibaja

Cesar Hernández Tapia

Marcos Rodríguez

Sebastián Morales Andrade

Andrés Urdapilleta Ramírez

Y a quien le debo todos los
conocimientos adquiridos, a mi ALMA
MATER la Universidad Nacional
Autónoma de México la cual pinto mi
corazón de azul y oro, y que con la
pluralidad de ideas que encierra tengo
a bien decir que es y seguirá siendo la
máxima casa de estudios de nuestro
amado México.

Mil Gracias

INDICE

Introducción.

CAPITULO I

DIFERENCIAS SUBSTANCIALES TÉCNICO, JURÍDICAS ENTRE LOS ACTOS DE RETENCIÓN, DETENCIÓN, PRESENTACIÓN, ARRESTO, ACTO ARBITRARIO Y ACTO ILEGAL. 13

I.1. Retención	13
I.2. Detención	16
I.3. Presentación	19
I.4. Aprehensión.	21
I.5. Arresto.	24
I.6. Acto jurídico.	24
I.7. Acto arbitrario	31
I.8. Acto ilegal	33
I.9. Diferencias	36

CAPITULO II

DETERMINACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO. 41

II.1. Determinación de consignación.	46
II.2. Determinación de resolución de no ejercicio de la acción penal	55
a) Determinación de archivo	56
b) Determinación de reserva.	58

CAPITULO III

EL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL Y SU RELACIÓN CON LA CONSIGNACIÓN CON DETENIDO. 61

III.1. Garantía de seguridad jurídica (Acto de Molestia).	64
III.2. Garantía de seguridad jurídica (Libertad).	67
III.3. Garantía de seguridad jurídica (Flagrancia)	69
III.4. Garantía de seguridad jurídica (Casos urgentes).	69

CAPITULO IV

EL DELITO FLAGRANTE Y EL CASO URGENTE	78
IV.1. Clases de flagrancia.	80
IV.2. La autoridad administrativa y el delito flagrante.	84
IV.3. Subjetivismo de la autoridad administrativa y el término sin demora.	87
IV.4. El caso urgente.	89

CAPITULO V**VIOLACIONES CONSTITUCIONALES COMETIDAS EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL** 93

V.1. Concepto de violación constitucional.	93
V.2. Consignación con detenido.	94
V.3. Consignación sin detenido	96
V.4. Requisitos para la orden de aprehensión	98
V.5. El plazo para consignar.	99
V.6. Violaciones cometidas por el Ministerio Público como órgano ordenador.	101
V.7. Violaciones cometidas al ejecutar la orden de aprehensión.	103
V.8. Incomunicación.	105

CONCLUSIONES 107**BIBLIOGRAFIA** 109

INTRODUCCION

El presente trabajo surge de la gran experiencia vivida en mi servicio social y las practicas escolares realizadas en la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos contra la Salud, donde adquirí una gran experiencia para poder realizar este trabajo, experiencia que me despertó muchas inquietudes sobre la Procuración de Justicia en México y sobre como muchas personas inocentes quedan expuestas a perder su libertad y que sean violadas sus garantías individuales, por la ausencia de flagrancia mas específicamente por su sola presunción.

Este trabajo, no es mas que una modesta opinión que pretende que la justicia en México sea realmente verdadera y honesta específicamente en la rama penal por conducto de su procedimiento y aplicabilidad.

Todo ello ocurrirá cuando lo gobernantes se sujeten necesariamente a los limites que establece el estado y así poder disfrutar de los derechos que nos otorga el mismo.

No se debe olvidar que una sociedad se define por lo que prohíbe y castiga, y por como lo castiga, mas que por lo que dice sostener y querer.

Ahora bien uno de esos derechos que nos otorga el estado desde recién llegado al mundo es precisamente la "libertad personal", la que constituye uno de los valores supremos del hombre y que se encuentra plasmada en la Norma Fundamental, para que las autoridades en función a sus actividades la respeten en forma integra.

Consecuentemente en la presente se abordan algunos conceptos jurídicos básicos que conciernen a afectar la libertad personal, tales como la “detención, la presentación, el acto arbitrario, la aprehensión, el arresto, y el acto ilegal, para posteriormente entrar al análisis de la función general y específica del Ministerio Público, función que se debe observar desde el punto de vista de la aplicación exacta de la norma fundamental, a fin de establecer el límite preciso en que pueda llegar la función investigadora por cuanto hace a la libertad de las personas, ya que el Ministerio Público constituye una institución por excelencia encargada de la defensa de los intereses sociales, sin abandonar por ello los derechos esenciales del individuo.

Consiguientemente se podrá observar que en la Averiguación Previa, la autoridad administrativa, tiene poder de decisión y por lo tanto puede resolver sobre la libertad de los individuos, al decidir si se ejercita acción penal o no.

Teniendo este poder el fundamento de ser una facultad que otorga la ley.

A esta facultad de decisión frente a los elementos arrojados por la investigación se llama determinación misma que debe de estar suficientemente fundada y motivada en derecho.

Finalmente se estudiarán las dos grandes excepciones al principio general establecido en el Artículo 16 Constitucional para privar de su libertad a una persona, como lo son la flagrancia y los casos Urgentes.

CAPITULO I

**DIFERENCIAS SUBSTANCIALES TÉCNICO JURÍDICAS
ENTRE LOS ACTOS DE RETENCIÓN, DETENCIÓN,
PRESENTACIÓN, APREHENSIÓN, REAPREHENSION,
ARRESTO, ACTO ARBITRARIO Y ACTO ILEGAL.**

Antes de profundizar en este tema es importante dar una definición de los conceptos del problema de investigación (tales como Retención, Detención, Presentación, Aprehensión, Arresto, Acto Arbitrario y Acto Ilegal), así como determinar sus diferencias por lo que se abordara su significado en diversas acepciones en virtud de que estos serán fundamentales para el desarrollo de este estudio.

I.1 RETENCION

El diccionario de la lengua española define el término “retener como impedir que algo salga o desaparezca; conservar, guardar en sí”¹

Del Latín *Retentio*, acción y efecto de retener

El artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales en su párrafo primero dice “Al recibir el Ministerio Público Federal diligencias de averiguación previa, si hubiere detenido y la detención fuere justificada, hará inmediatamente la consignación a los tribunales, si se cumple lo previsto en el párrafo primero del artículo 134; si tales requisitos no se satisfacen, podrá retenerlos ajustándose a lo previsto en los artículos 193, 194 y 194 bis. Si la detención fuere injustificada, ordenara que los detenidos queden en libertad”.

Este precepto añade que si no están satisfechos los elementos probatorios el Ministerio Público podrá retener al inculcado ajustándose a lo establecido en los artículos 193, 193 bis y 194 bis el primero de ellos refiriéndose a la flagrancia y único que autoriza la retención; el segundo o sea el 193 bis pero no autoriza para la retención y el 194 bis señala como prohibición que “*en los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por mas de 48 horas*”.

El artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales nos señala los casos en que procede la retención del inculcado siendo estos cuando el inculcado es detenido en el momento

¹ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española , editorial, Espasa, vigésimo primera edición Pág. 1787.

de estar cometiendo el delito; inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente o cuando el inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos a quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundamentalmente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la Averiguación Previa respectiva y no se hubiere interrumpido la persecución del delito, no siendo retenido por más de cuarenta y ocho horas, quien transcurrido dicho plazo deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial, pudiendo duplicarse el plazo respecto de los delitos a que se refiere la ley Federal en Materia de Delincuencia Organizada.

Antes de la reforma del 3 de septiembre de 1993, la institución del Ministerio Público, no tenía término para integrar el expediente en procedimiento de Averiguación Previa con detenido; lo cual provocaba reiteradamente; que existieran privaciones ilegales de la libertad y sobre todo que se dieran las torturas y arbitrariedades que obligaban al ciudadano a recurrir al juicio de amparo, en que normalmente se dejaba en libertad al detenido en un término no mayor de veinticuatro horas a partir de la notificación del amparo.

MOMENTO EN QUE EMPIEZA A CORRER LA RETENCIÓN

El término detención y retención se han considerado sinónimos aunque estos términos no lo sean, es por ello que existe divergencia de ideas y criterios entre los jueces, pues con frecuencia algunos cuerpos policíacos preventivos o policías judiciales de las entidades federativas (con mayor frecuencia del D. F), llegan a detener a probables responsables en la comisión de un delito del fuero Federal en flagrancia; pero como ya es sabido los cuerpos policíacos en nuestro país tienen un bajo nivel de conocimientos jurídicos y su grado máximo de instrucción es de educación media superior, hecho por el cual desconocen quien es el representante del Ministerio Público, competente es por eso que toman la decisión más frecuente de poner a los detenidos a disposición del Agente del Ministerio Público del Fuero Común adscritos a las mesas investigadoras de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, y

estos últimos tendrán la obligación de remitir a los detenidos a las agencias del Ministerio Público del Fuero Federal.

El tiempo desde que son detenidos los probables responsables, y puestos a disposición del Ministerio Público del Fuero Común y estos últimos declararse incompetentes y remitir los detenidos al Ministerio Público del Fuero Federal, el primer criterio de algunos jueces es contemplado como tiempo del comprendido en el término de cuarenta y ocho horas en que puede retenerlos el Ministerio Público, en otras palabras, cuando el Agente del Ministerio Público Federal empieza a integrar el expediente en procedimiento de Averiguación Previa con detenido ya habrá agotado por estos hechos parte del tiempo quedándole solamente aproximadamente veinticuatro horas para la integración de la averiguación previa.

Así mismo convergen criterios que desde el momento en que los Agentes de la Policía Judicial o preventivos detienen al indiciado por delito flagrante hasta el momento de ponerlos a disposición del Agente del Ministerio Público Federal cuenta o esta comprendido dentro del término de 48 horas en que puede retenerlos el Ministerio Público, disminuyéndole el margen de acción para actuar normalmente por la presión del tiempo. Cuando los jueces concuerdan con este criterio y el expediente es consignado con detenido, y el Agente del Ministerio Público no haya comprendido el tiempo en que lo retuvieron los Agentes de la Policía ya sea Judicial, Preventiva o cualquier persona, (detención hasta la puesta a disposición) y fuere mas de las cuarenta y ocho horas el Juez tendrá que decretar la libertad.

Hay jueces que optan por un segundo criterio, que el tiempo que tardan los cuerpos policíacos, desde la detención hasta la puesta a disposición de los detenidos al Agente del Ministerio Público no deban ser comprendida dentro del término en que puede retenerlos el Ministerio Público. Así también cuando el detenido es puesto a disposición de algún Agente del Ministerio Público del Fuero Común y luego este lo remite al Agente del Ministerio Público del Fuero Federal, por declararse incompetente; sino que debe correr desde el momento en que el Agente del Ministerio Público Federal empieza a conocer del asunto.

Al respecto no existe reglamentación del momento en que empieza a correr el término de retención, sin embargo nosotros convergemos con ambos criterios al considerar que la Policía Judicial es auxiliar directo e inmediato del Ministerio Público formando esta parte del último, por lo cual los Agentes de la Policía Judicial son en cierta forma representantes de la Institución del Ministerio Público, pero por otro lado; el único afectado es la sociedad ya que por la carga de trabajo y la presión del tiempo los Agentes del Ministerio Público integran un mala averiguación previa, trayendo como consecuencia la libertad del inculcado en el proceso penal.

I.2 DETENCION.

En su sentido literal, detención “proviene del latín *detinere*, verbo transitivo, suspender una cosa, estorbar impedir que siga adelante (usase también como verbo reflexivo). Poner en prisión, arrestar, conservar, retener o guardar (verbo reflexivo). Retardarse o irse despacio (sentido figurado) suspenderse, pararse o considerar una cosa”²

Sin embargo mas concretamente en el espacio jurídico diversos autores califican la detención “como la privación de la libertad física del inculcado como objeto de ponerlo a disposición mediata o inmediata ante una autoridad competente”.³

Por otro lado la detención en cambio es “un estado de privación de la libertad que sigue inmediatamente a ese aseguramiento, que desemboca en la formal prisión o la libertad por falta de méritos a las 48 horas siguientes.”⁴

Ahora bien, la definición de Sergio García Ramírez coincide con la de French en el sentido de que, para él, también la detención “es un acto por el que se produce una limitación a la libertad individual de carácter provisional y que tiene por fin poner a la persona inculpada a disposición mediata o inmediata, del instructor del proceso penal para los fines de este, en expectativa de su posible prisión provisional”⁵

² PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para juristas, ediciones Mayo, S de RL 1ª edición, México 1981 p 450

³ DE PINA VARA, Rafael citado por García Sergio .Derecho Penal 1ª edición, editorial Porrúa, S.A. ; México 1974 p 399

⁴ ACERO, Julio , Procedimiento Penal , 4 a Edición imprenta font. Guadalajara Jalisco México 1956 p 129.

⁵ FRENCH cita por García Ramírez Sergio Op. Cit. P. 400.

Que es el mero depósito de un establecimiento carcelario para impedir la evasión del detenido.⁶

Sin embargo la detención comprende de esta manera la acción de aprehender a un sospechoso o culpable y el Estado de la persona que se encuentra privada de su libertad, por esto se debe examinar dos aspectos “desde el punto de vista activo, que se refiere a la gente que aprehende; y aprehender del latín aprehendere de ad,a, y aprendere, que denota la actividad de asir, agarrar, así, tomar a una persona o a una cosa. Prender o detener a alguien. Prender alguna cosa , sobre todo si es contrabando”⁷

De donde, aprehensión es el acto mismo de la captura del reo, el hecho real del apoderamiento de su persona, privándola de su libertad, y desde el punto de vista pasivo, que alude al sujeto que sufre la acción, desdoblándose el concepto en dos.

En su sentido jurídico procesal implica un estado de privación de la libertad, el cual se cumple en una cárcel o prisión pública, u otra localidad como medida para impedir su evasión, y en otro sentido se tiene a la detención como la sufrida, como el posible, originada en una sola voluntad de la gente como expresión de una determinación personal subjetiva, pero nunca en forma arbitraria.

Por tal motivo es por lo que me atrevo a opinar en un sentido mas riguroso que la denominación DETENCIÓN debe referirse mas que a nada al estado de privación de la libertad.

La Detención se presenta en tres hipótesis, que configuran otras tantas especiales, diferenciables en orden a los efectos que producen y a las personas que privan de su libertad al presunto delincuente.

- a) Detención por cualquier individuo, en caso de delito flagrante o cuasiflagrante y de presunción de flagrancia.

⁶ RIVERA Silva .Cita por García Ramírez Sergio Op. Cit. p. 400.

- b) Detención por autoridad administrativa, justificada merced a urgencia.
- c) Detención por orden de la Autoridad jurisdiccional mandamiento constitutivo de la orden de Aprehensión.⁸

Ahora bien el artículo 16 Constitucional menciona el término “DETENCIÓN” en su párrafo quinto “Solo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley 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, fundado y expresando los indicios que motiven su proceder”, regulada por los artículos 123 del Código Federal de Procedimientos Penales en el párrafo tercero “El Ministerio Público podrá ordenar la detención de una persona cuando se trate de delito flagrante o de caso urgente, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la constitución y en los términos de los artículos 193 y 194 respectivamente”, artículo 193 en su tercer párrafo, este precepto autoriza expresamente al Ministerio Público para decretar la retención del inculpado; en cambio el artículo 193 bis no otorga esa facultad a la Representación Social sino la facultad de ordenar por escrito la detención de una persona, fundando y expresando los indicios que acrediten:

- a) Que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales.
- b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y
- c) Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.

La orden de detención que dicte el Ministerio Público solo se justifica cuando se cumplen las anteriores condiciones.

Es obvio que por cualquier otra circunstancia solo pueden quedar incluidas circunstancias similares a las de la hora y lugar, y no circunstancias tales como que no tenga comprobado el cuerpo del delito, que no exista la denuncia o querrela. La detención por orden del Ministerio

⁷ PALOMAR DE Miguel Juan. Diccionario para Juristas p. 113

Público tiene por objeto evitar la sustracción del indiciado a la acción de la justicia cuando se satisfagan las condiciones previstas en el párrafo quinto, pero no puede ni debe utilizarse para continuar o completar una averiguación, pues es evidente que esta no es su finalidad.

Una vez ejecutada la orden de detención, el Ministerio Público tiene un plazo de cuarenta y ocho horas para consignar al detenido, a la autoridad judicial o, en su defecto para ordenar su libertad. este plazo puede duplicarse, señala el párrafo séptimo del artículo 16 Constitucional, en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. El artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos penales, considera como casos de delincuencia organizada, aquellos en los que tres o mas personas se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía, para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos alguno de los delitos.

Muchas de las veces el Ministerio Público utiliza esta figura para poder integrar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del indiciado, y poder consignar el expediente con detenido.

I.3 PRESENTACIÓN

La palabra presentar, contempla los siguientes significados “proviene del latín praesentare, verbo transitivo. Hacer manifestación de una cosa, ponerla en la presencia de uno (usase también como pronominal); dar graciosa y voluntariamente a uno, una cosa, introducir a uno en la casa o en el trato de otro; a veces recomendándole personalmente, colocar provisionalmente una cosa para ver el efecto que producirá colocada definitivamente, ofrecerse voluntariamente a la disposición de una persona para un fin, comparecer en algún lugar o acto , comparecer ante un jefe o autoridad de quien se depende, comparecer en juicio.⁹

Como se puede observar y en su sentido jurídico – legal, el término presentación, debe referirse al hecho de hacer comparecer a una persona, para el desahogo de una diligencia de carácter judicial, ante una autoridad y manifieste su sentir respecto de los hechos motivo de la averiguación, por haberlos percibido de alguna manera o haber intervenido en ellos, por esto es,

⁹ GARCÍA RAMÍREZ Sergio Op.Cit, p 400.

una orden que emana de una autoridad que puede ser la administrativa o la misma judicial, ante la negativa del particular para comparecer voluntariamente, es decir la persona al negarse a acudir al llamado de la autoridad que lo requiere, puede ser privado de la libertad en forma momentánea en virtud de que la presencia de este se hace necesaria para integrar debidamente la investigación y una vez desahogada la diligencia respectiva, el particular adquiere nuevamente su libertad personal.

Por otra parte, también se puede concebir la orden de presentación como sinónimo o equivalente de la de comparecencia, la que únicamente puede librar el juez que conoce de la causa y como resultado del Ejercicio de la Acción Penal por parte del Ministerio Público en la que se reúnen los requisitos de procedibilidad, siempre y cuando, el delito de que se trate este sancionado con pena alternativa.

Es importante señalar que la orden de presentación o comparecencia librada por autoridad administrativa, constituye una grave violación a la garantía consagrada en el artículo 16 Constitucional en virtud de que esta limitando la libertad personal de los individuos, al rechazo de los citatorios previos, aunque dicha limitación sea en forma momentánea lo que se puede observar en forma mas precisa, cuando la autoridad administrativa en la fase de Averiguación Previa, ordena al jefe policiaco se sirva comisionar elementos a su cargo para que hagan comparecer ante el emitente al individuo, si se toma en consideración que la privación de la libertad queda suscita al momento mismo en que es capturado el individuo, es decir, el acto de molestia surge desde el momento en que se le detiene, aun cuando este acto sea momentáneo.

El razonamiento anterior se ve apoyado en lo dispuesto por el numeral aludido, al enunciar 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”¹⁰

Y mas aun, cuando lo manifestado por el legislador en el precepto 14 de dicho ordenamiento, al disponer “nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, de sus propiedades,

⁹ PALOMAR DE MIGUEL , Juan Op. Cit p 1070

posiciones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en los que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”¹¹

En vista de lo anterior el término PRESENTACIÓN, es más amplio que el de comparecencia, ya que no solo puede referirse a la orden que de la autoridad administrativa, sino también, de la emanada de la judicial, pero dichos conceptos no deben confundirse puesto que la palabra COMPARECENCIA, es jurídicamente mas profunda en virtud de que debe traducirse en la orden dada exclusivamente por la autoridad judicial, para que la policía haga comparecer a la o a las personas y en la diligencia formal se les tome su declaración con relación a los hechos, ello previo al Ejercicio de la Acción Penal correspondiente, tomando en cuenta de esta manera y mas jurídicamente el término presentación, como el resultado de la orden dada por la autoridad únicamente administrativa.

1.4 APREHENSION.

Esta palabra en su sentido mas amplio “proviene del latín aprehensivo (sustantivo femenino), acción efecto de aprehender. Una de las formas de adquirir el dominio o la posesión de las cosas muebles.

Ahora bien, la palabra aprehender, proviene del latín aprehenderre; de ad,a, y prendere, así, agarrar, (verbo transitivo), coger, asir, prender o detener a alguien. Prender alguna cosa sobre todo si es contrabando”¹² es por ello que se debe concebir la aprehensión en su sentido jurídico, como el acto mismo de la captura del reo, el hecho material del apoderamiento de su persona,¹³ siempre y cuando sea resultado de una orden exclusivamente judicial, por consiguiente se debe relacionar la aprehensión con el acto material que ejecuta la Policía Judicial encargada de cumplir los mandamientos judiciales, por lo que procede a asegurar o aprehender a una persona poniéndola bajo su custodia con fines preventivos evitando así su fuga, ahora bien la orden de aprehensión se resume como el mandato de autoridad judicial que se da para privar de la

¹⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Art. 16 .

¹¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Art. 14.

¹² PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Op. Cit. p 113

¹³ ACERO Julio Op.Cit. p 129

libertad en forma cautelar a un individuo, para que quede sujeto al proceso respectivo y como consecuencia del Ejercicio de la Acción Penal una vez satisfechos los requisitos legales, es decir la misma debe estar apoyada suficientemente para que no atenté las garantías individuales, por lo que para el libramiento de esta deben satisfacerse los requisitos, marcados por los artículos 16 Constitucional, 132 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 134 y 195 del Código Federal de Procedimientos Penales, tales como :

- 1.- Debe ser expedida por autoridad judicial.
- 2.- Ha de mediar denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado y,
- 3.- Ha de ser Orden solicitada por el Ministerio Público Competente.

Nuestra Constitución no exige como requisito indispensable que este ya comprobado en autos el corpus criminis, sino que basta con que se cumpla lo exigido por el numeral 16 de dicho ordenamiento, es decir, que es suficiente con los datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

“Es discutible la afirmación de un sector de la doctrina, acerca de la necesidad de comprobar el cuerpo del delito en forma plena, como requisito de la orden de aprehensión. Pretendiendo con ello equiparar las condiciones que la Constitución y la ley imponen al juez para dictar un auto de formal prisión, con las de la orden de aprehensión. Pero con ellos se pasa por alto que en el caso del primero el imputado tiene una oportunidad de contestar los cargos en su contra (declaración preparatoria), mientras enfrente de la segunda tal oportunidad no es condición sino consecuencia”¹⁴.

Ahora bien se debe aclarar que el libramiento de la Orden de Aprehensión es fruto por así decirlo del Ejercicio de la Acción Penal por parte del Ministerio Público.

Por lo que hace a la forma de la Orden, la Ley no exige una definida, sino que la resolución respectiva deberá contener la relación de los hechos que la motiven , sus fundamentos legales y la clasificación provisional que se haga de los hechos delictuosos, como lo manifiesta el

artículo 195 en su segundo párrafo del Código Federal de Procedimientos Penales, por lo que hace a la ejecución de la misma esta toca a la Policía Judicial por conducto del Ministerio Público, como lo prevén los dispositivos 133 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 195 y 196 del Código adjetivo del Fuero Federal, pero aquí cabe considerar la salvedad establecida por la Constitución de que “solo en casos urgentes cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado 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 y circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad ordenar su detención fundando y expresando los indicios que motiven su proceder”.

Por lo que respecta a las aprehensiones en casos de urgencia nada se concreta en la Constitución pero es indudable que no se quiso restringir al flagrante delito y en que no solo la autoridad administrativa, sino cualquier persona puede aprehender al inculpado, sin mas formalidades y requisitos.

En nuestra Carta Magna se deberá asentar como regla para considerar urgente, que no haya tiempo para recabar del Juez respectivo, el mandamiento que corresponde por la inminencia de la fuga del reo y la imposibilidad de asegurarlo de otra manera. Si pues se alcanza sin perjuicio, a pedir del Juez la orden de captura, solo el ha de expedirla; si ya el tomo conocimiento de los hechos y no ha decretado de aprehensión del probable responsable, nadie podrá decretarla aunque se tenga a la mano, esto seria anticiparse al funcionario principal o quitarle funciones que exclusivamente le corresponden.¹⁵

Ahora bien es interesante la aparición del artículo 268 del Nuevo Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que atiende no solo al delito grave, al riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia, la hora lugar u otras circunstancias, para entender la falta de autoridad judicial relacionada, o con la urgencia para que el Ministerio Público pueda permitir la orden de detención.

¹⁴ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas., UNAM. Porrúa . Pág. 190-191

¹⁵ ACERO, Julio, Procedimientos Penales. Pág. 131, 132.

Por tal motivo, siempre que se lleve a cabo una Aprehensión, en virtud de orden judicial, se debe poner al aprehendido sin dilación a disposición del juez que conoce de la causa, informando al tribunal sobre la hora, lugar y fecha en que se efectuó el supuesto regulado por el precepto 134 del Código Procesal para el Distrito Federal y 197 del Código Federal de Procedimientos Penales.

I.5 ARRESTO.

Quiere decir "Acción de Arrestar, detención provisional del presunto reo, reclusión momentánea como corrección o pena; arrojó o determinación para emprender alguna cosa ardua. Mayor pena de privación de libertad desde un mes, un día hasta seis meses menor, pena de igual índole que la anterior y de duración de 30 días que en ciertos casos se puede cumplir en el mismo domicilio del reo".¹⁶

Por lo anterior la acción de arrestar, deviene de aprehender o quitar a una persona el uso de su libertad en forma transitoria. Sin duda el arresto, mas claramente se debe de entender como una mera sanción o medida de apremio, dada la infracción o reglamentos o mandatos de autoridades judiciales y para la ejecución de la misma, basta el estado de privación de libertad, el artículo 42 del Código Federal de Procedimientos Penales, lo señala como corrección disciplinaria, así mismo el precepto 44 en su fracción del mismo ordenamiento, también lo enuncia pero mas aun como medida para hacer cumplir las determinaciones del Ministerio Público en la fase de Averiguación Previa y los tribunales judiciales, en ambos casos dicho arresto no podrá exceder de 36 horas, de igual manera lo prevé el artículo 21 de nuestro máximo ordenamiento, como castigo de las infracciones cometidas en contra de los reglamentos gubernativos y de policía, facultando a la autoridad administrativa, para imponerlo el cual no excederá en ningún caso por 36 horas así mismo sanciona dichas infracciones con multa, es decir, si el infractor no pagare esta se le permutara por el arresto correspondiente.

¹⁶ PALOMAR DE MIGUEL, Juan Op. Cit. p. 125.

I.6 ACTO JURÍDICO.

El acto constituye un sinónimo del término “acción”, es decir el efecto de hacer, una posibilidad o facultad de hacer una cosa. Ahora bien se puede de igual manera afirmar que se encuentra en los términos “acto y acción”, una diferencia muy sutil, en virtud de que la acción es una pretensión y el acto es el ejercicio de esa pretensión, cuyos resultados revisten cambios de situaciones externas de los individuos en la inteligencia de que esta afirmación se debe tomar en cuenta para situaciones concretas puesto que no se puede negar la existencia de los actos futuros.

Se ha referido a la acción como presupuesto del acto, por tal motivo es importante hablar del “hecho” como resultado del acto, es decir para que haya acto es necesario que haya acción, consecuentemente para que haya “hecho” es indispensable el acto ya que no se puede concebir concretamente la existencia de un hecho futuro o que se esta realizando, siempre al referirse a un hecho, se hace en virtud al acto consumado o sucedido, sin embargo muchos autores califican el “hecho” como sinónimo de “acto” y este como sinónimo de acción, pero es evidente que la diferenciación de estos términos, radica esencialmente en una relación de causalidad y temporalidad de una situación determinada, claro que es perfectamente correcto hablar del ejercicio de una acción, cuando se esta ejecutando o de un acto a la acción consumada, he querido hacer este razonamiento, para calificar los actos de autoridad de acuerdo al momento en que se están perpetrando en el campo jurídico; los conceptos a los que he hecho mención producen situaciones jurídicas en los individuos, que pueden revestir un sinnúmero de modalidades pero el “acto jurídico”, no interesa de manera fundamental, ya que el proceder es perfectamente calificable en el momento en que se esta sucediendo o una vez concluido este, si se toma en consideración que “Acto Jurídico” y “Hecho Jurídico” son los acontecimientos a los que el derecho atribuye consecuencias consistentes en el nacimiento, la modificación o la pérdida de derechos o de situaciones jurídicas de las personas, la facultad o acontecimiento imputable a una persona jurídica (física o moral), que trae aparejadas consecuencias legales.¹⁷

Igualmente he de referirme a los actos que producen consecuencias jurídicas realizadas por autoridad (Estado). El acto de autoridad como generador de circunstancias que afectan al

¹⁷ GARCIA TRINIDAD. Cit. García Ramírez Sergio. Derecho Procesal Penal .1ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. Pág. 247

gobernado y que en muchas de las ocasiones van mas allá de la ley o de sus atribuciones cayendo de esa manera en la arbitrariedad o ilegalidad, para que estos actos no se tachén con dichos calificativos, es indispensable formar un panorama de los actos ejecutados en ejercicio de la potestad de un poder, actos de autoridad (estado).

Para el desarrollo de este estudio, únicamente analizaré la relación estado – gobernado y no entrare al estudio de los actos realizados por los particulares en ejercicio de un poder o potestad, o bien fuera del ámbito legal, situaciones que perfectamente se pueden encuadrar en la arbitrariedad como de decisión caprichosa de un particular, en virtud de que el principal objetivo estriba en determinar si la actuación del estado como tal, cumple con sus funciones obedeciendo los principios de legalidad y equidad.

Por lo anterior es imprescindible dejar asentado el concepto, “autoridad”, para posteriormente conjuntarlos y obtener de esta manera un concepto mas firme sobre el “acto de autoridad”.

La palabra “Autoridad” (del Latín *auctoritas-atris*; “prestigio”, “garantía”, “ascendencia”, “potestad”; de *auctor*; “hacedor”, “autor”, “creador”; a su vez de *augeo, ere*; “realizar”, “conducir”) significa dentro del lenguaje ordinario: “estima, ascendencia, influencia, fuerza, o poder de algo o de alguno”, “prerrogativa”, “potestad”, “facultad”. Los usos Jurídicos de “autoridad” reflejan esa compleja polivalencia.¹⁸

La polisemia y la carga emotiva del vocablo “autoridad”, proviene de su antecesor latino *auctoritas*, el cual pertenece al patrimonio lingüístico de la Roma arcaica, impregnado de connotaciones místicas y carismáticas que han previvido hasta nuestros días.

Escriche Joaquín define la palabra autoridad “como la potestad o facultad que uno tiene para hacer alguna cosa, llámese también autoridad, al carácter o Representación que tiene alguna

¹⁸ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Porrúa S. A. Pág.286.

persona sobre otra que le esta subordinada, como el del padre sobre los hijos, el del tutor sobre el del pupilo, el del superior sobre los súbditos”¹⁹

De la anterior definición se observa que el término “autoridad”, puede ser aplicado a los particulares en ejercicio de alguna facultad o potestad, pero me refiero únicamente al estado con sus elementos que lo caracterizan y en ejercicio de su soberanía. Ahora bien, para obtener el significado jurídico del término de referencia, es necesario citar algunos tratadistas como tal es el caso del doctor Ignacio Burgoa, que afirma que, la palabra “autoridad” tiene dos significados diferentes:

“En su primera acepción la palabra autoridad equivale a poder, potestad o actividad que es susceptible de imponerse a algo, y en referencia al estado como organización jurídica y política de Sociedad Humana; implica el poder con que este -esta investido, superior a todos los que en el existan o puedan existir y que se despliega imperativamente en tal forma, que nada ni nadie le es dable desobedecerlo o desacatarlo, en una palabra es el poder de imperio emanado de la soberanía, cuyo titular real es el pueblo. En el terreno de estricto derecho público por autoridad se entiende, jurídicamente aquel órgano de estado, integramente de su gobierno que desempeña una función específica, tendiente a realizar las atribuciones estatales en su nombre”²⁰

En este segundo aspecto mencionado por el tratadista en cuestión obedece mas que nada a la representación y no a la potestad, es decir al funcionario u órgano del estado mismo al que se le faculta con una capacidad de decisión, mando y ejecución superior al de sus gobernados.

Continua diciendo el aludido autor que “los siguientes factores de concurrencia lógica integran el concepto de que se ocupa:

- a) Un Órgano del Estado, bien sustantivado en una persona o funcionario, o bien implicado en un cuerpo colegiado;
- b) La titularidad de facultades de decisión o ejecución realizables conjunta o separadamente;

¹⁹ ESCRICHE Joaquín. Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia, nueva edición y un suplemento Paris 1863. Librería de Rosa y Bouret, p 319.

²⁰ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. 1ª Edición., Editorial Porrúa, S. A., México 1973. 1er Volumen Cap. III

- c) La imperatividad en el ejercicio de dichas facultades;
- d) La creación, modificación o extinción de situaciones generales o especiales de hecho o de derecho, dentro del régimen estatal, o la alteración o afectación de las mismas.

De lo anteriormente señalado se desprende la definición del concepto "Autoridad", es aquel órgano estatal investido de facultades de decisión o ejecución, cuyo desempeño conjunto o separado produce la creación, modificación o la extinción de situaciones generales o especiales, jurídicas o fácticas, dadas dentro del Estado, o su alteración o afectación todo ello en forma imperativa"²¹

Como se puede observar el concepto de autoridad, esta íntimamente, vinculado con la idea de acto de autoridad, puesto que por aquella se entiende todo órgano del estado que realice tal acto, bien en forma decisoria o de forma ejecutiva de igual forma el acto de autoridad debe reunir los siguientes atributos: la unilateralidad, la imperatividad y la coercitividad.

Por otro lado para Eduardo Pallares el término autoridad significa "todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias ya legales, ya de hecho, y por lo mismo están en posibilidad material de obrar como individuos que ejercen actos públicos por el hecho de ser publica la fuerza de que disponen. Ahora bien el mismo Eduardo Pallares afirma que autoridad es el individuo o conjunto de individuos que de hecho ejecutan actos de carácter legislativo, administrativo o judicial"²². Para Ignacio Soto Gordoa y otro, el concepto de autoridad tiene las siguientes características:

- I.- El status de Imperio, o bien, la investidura del poder.
- II.- Actuario en funciones de cometidos estatales;
- III.- Que esos cometidos estén de acuerdo con las funciones estatales que les corresponden conforme a la Ley.
- IV.- Disponer de la Fuerza Publica"²³.

²¹ BURGOA ORIHUELA Ignacio. El Juicio de amparo, vigésimo séptima edición , editorial. Porrúa , S. A, México 1990, p190.

²² PALLARES Eduardo, diccionario teórico y practico del Juicio de Amparo 1ª edición . editorial Porrúa. S. A 1er Volumen.

²³ SOTO GORDOA Ignacio y otro, Suspensión en el Juicio de amparo , editorial Porrúa. S.A. 1er volumen México.

De las anteriores definiciones se observa que es evidente el poder del estado, en el ejercicio de sus funciones las que están revestidas en todo momento de imperatividad, y sin duda alguna este poder de imperio es una de las principales o tal vez, la principal característica de autoridad en un régimen de derecho.

Del anterior bosquejo marcado en torno al concepto de "autoridad" ahora si se esta en condiciones de proporcionar una definición sobre el acto de autoridad, previo a la opinión aportada por varios autores, sobre el particular, pues bien, si el acto es una operación, un modo de obrar un procedimiento y la autoridad esta dotada con poder de mando y decisión, en virtud de su imperio, entonces el acto de autoridad se traduce en " Una decisión dictada o ejecutada por un órgano de gobierno y que produce un agravio o afectación en la esfera de derechos de los Gobernados"²⁴

Ahora bien, el proceder por parte del estado en ejercicio de sus facultades, necesariamente debe implicar una relación entre estado y particular, que el proceder del gobierno en forma imperativa produzca efectos jurídicos al gobernado; dicho acto de autoridad como lo dice el maestro Ignacio Burgoa, debe reunir la unilateralidad, la imperatividad y la coercitividad.

Atendiendo al primero de los elementos indicados, el Acto del estado para que sea de autoridad, no requiere para su existencia y eficacia jurídica el concurso de la voluntad del particular frente a quien se ejercita, como sucede verbigracia, con los impuestos, las Órdenes de Aprehensión, etc.

Conforme a la segunda de las notas características de todo Auto de Autoridad, esto es, la imperatividad, se interpreta a que la voluntad del particular, se encuentra necesariamente supeditada a la voluntad del Estado, externado a través del propio acto, de tal suerte que el gobernado frente a quien se desempeña este, tiene la obligación inexorable de acatarlo sin perjuicio de que contra el, entable los recursos legales procedentes.

²⁴ PADILLA José R. Sinopsis de Amparo 2ª Edición, editorial Cárdenas, editor y Distribuidor 1er volumen México 1978 Pág. 12.

Por último, la coercitividad implica la capacidad que tiene todo acto de autoridad del estado, para hacerse respetar y ejecutar coactivamente por diferentes medios y a través de distintos aspectos aún en contra de la voluntad del gobernado, sin necesidad de que se recurra a la jurisdicción, para que el propio acto se realice cabalmente por el propio órgano estatal a que se imputa.²⁵

Se ha mencionado el elemento "Gobernado", mismo que juega un papel fundamental no sólo como una célula de la sociedad, ni como componente del Estado (pueblo) sino en ejercicio de los actos de autoridad, ya que en él recaen las consecuencias jurídicas que se producen, sin embargo se procederá a dar una definición de este término, para redondear el panorama presentado.

Se entiende por gobernado, aquella persona física y moral, subordinada al imperio del estado, sujeta a afectaciones morales en su esfera jurídica por los actos de autoridad. Por otra parte existen en la doctrina un sinnúmero de clasificaciones por cuanto hace a actos de autoridad se refiere, pero se cree que la siguiente es la mas concreta y comprensible.

CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD.

- a) Leyes .- Consisten en ordenamientos abstractos, generales impersonales.
- b) Sentencias .- Entendidas por tales, aquellas que son dictadas por Tribunales Judiciales, Administrativos o del Trabajo, que resuelven una cuestión litigiosa sometida a su decisión.
- c) Actos Genéricos.- Son actos típicamente Administrativos. En su mayoría son dictados o producidos por la Administración Pública, aunque los demás poderes también suelen elaborarlos.

Por consiguiente estos actos producen consecuencias en la esfera jurídica del gobernado, ya que si bien se ha dicho, la autoridad en estricto derecho, y en ejercicio de su potestad en ocasiones rebasa el margen de la legalidad, en que se encuentra constreñido, lo que se traduce a la postre en una afectación por parte del Estado al particular, es decir, el proceder del funcionario a

quien se delega una actividad concreta de mando y de decisión, puede encontrarse viciado con el factor arbitrariedad y que por propia voluntad o capricho caer en situaciones ilegales.

I.7 ACTO ARBITRARIO

Como ya se ha establecido con anterioridad, el acto jurídico en forma genérica y el acto de autoridad, como presupuesto indispensable en la relación Estado – particular, y como productor de consecuencias jurídicas en el gobernado, pues bien, el ejercicio del poder imperio involucra claramente el carácter de representatividad, de tal manera que el Estado dotado de poder imperio, produce situaciones jurídicas, consecuencia de dicho ejercicio. En ocasiones esta actividad rebasa el orden jurídico establecido.

La arbitrariedad tomada desde el punto de vista del proceder o dictamen según el propio capricho y contra las reglas de la razón, y no a la amplitud que puede tener el árbitro para juzgar o fallar en determinada relación sometida a su consideración constituye uno de los grandes males de queja a la Administración Pública.²⁶ En sentido semejante lo menciona la Real Academia Española, al considerar la arbitrariedad como el acto o proceder contrario a la justicia, la razón o a las leyes dictado por la voluntad o el capricho; como se puede observar, la arbitrariedad constituye un término muy profundo que implica una conducta o decisión caprichosa que no respeta principio o razonabilidad alguno y que inclusive puede legar su notoria existencia o vulnerar la garantías de seguridad jurídica, que establece la propia norma fundamental.

El obrar a capricho por parte de quien detenta el poder en un régimen de derecho, sin tomar en consideración ningún principio de legalidad, es proceder en contra de la justicia.

Ahora bien el Estado en ejercicio de su potestad (poder de imperio), genera actos de autoridad que repercuten necesariamente en la esfera jurídica del gobernado, es decir, producen efectos jurídicos en el ámbito de actuación de los particulares (derechos y obligaciones), pues bien cuando este ejercicio se rige por el mero capricho del funcionario (autoridad), actividad que realiza carente de fundamento legal alguno, apoyada únicamente en su propia voluntad y que las

²⁶ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. El Juicio de Amparo Pág. 190,191.

consecuencias que puede generar ese proceder lesione las garantías estatuidas por la constitución a los gobernados, por lo que se estará en presencia de un acto arbitrario, acontecimiento efectuado por el estado que reviste un carácter lesionador que se exterioriza en una decisión y proceder caprichoso, que producen afectaciones en forma inmediata en el ámbito jurídico del individuo y mediata al derecho fundamental.

En nuestra legislación el término arbitrariedad es poco utilizado, en virtud de que se toma en muchas de las ocasiones como sinónimos de otros y no se le da suficiente importancia como concepto jurídico fundamental, aplicable en forma correcta a determinadas situaciones concretas; por ejemplo en la legislación y doctrina Argentina si se encuentra completamente contemplado el “acto arbitrario”, como tal, así el tratadista José Luis Lazzarini, define la arbitrariedad, “como el proceder contrario a la justicia, las leyes o la razón, basada solo en la voluntad y el capricho... y, se entenderá por arbitrario todo hecho, acto u omisión realizado, sin fundamento alguno, o contra las prescripciones legales, o por absurda apreciación de las pruebas o del derecho, y en definitiva, cuyo único fundamento es el mero capricho del agravante”²⁷

El aludido maestro, señala como acontecimiento lesivo, todo hecho acto u omisión; al que se puede encuadrar perfectamente el acto contrario como el acontecimiento sucedido por un hacer o dejar de hacer, y dentro de la clasificación de los actos de autoridad, a la que con antelación he hecho referencia, para el objetivo de esta tesis, dentro de los actos genéricos, se puede observar que implican una actividad autoritaria consistente en un hacer.

Con esto no se quiere afirmar que el elemento arbitrariedad no se encuentre presente en muchos actos, inclusive me atrevo a decir que en la mayoría de los actos de autoridad puede surgir el fenómeno arbitrario, en virtud de que solo basta la facultad delegada de mando y decisión para que pueda brotar, sino que nuestro objetivo se encuentra encaminado a calificar la conducta de la autoridad concretamente en la actividad que desarrolle (en un hacer).

Asimismo el citado tratadista, indica que el error de apreciación por cuanto a los hechos se refiere (pruebas o derecho), puede ser constitutivo de la producción de un acto lesionador

²⁶ ESCRICHE Joaquín, Op, Cit. p 202.

consecuencia de la falta de capacidad de la autoridad a quien le es delegada la función juiciosa en determinada relación, la cual le fue sometida a su consideración; esta situación señalada en la definición aportada trae cierta complejidad en cuanto a su entendimiento, en virtud de que si el acto arbitrario necesariamente debe regirse por una actividad caprichosa, ejercicio que se efectúa en forma voluntaria, en el error de apreciación, se puede obtener en forma involuntaria, es decir el acto arbitrario se puede tener de acuerdo a estos dos supuestos y no es necesario que la autoridad proceda a sabiendas de que su actividad esta basada en su voluntad y no en derecho, víctima de la ignorancia, circunstancia esta que aunque difícilmente puede surgir en las relaciones Estado – Gobernado no deja de ser una posibilidad en el amplio campo de la acción.

Las dos apreciaciones anteriores se pueden dividir o clasificar en dos partes de acuerdo al conocimiento que tenga la autoridad al producir el acto.

- a) acto arbitrario Objetivo.- Cuando la autoridad que realiza el acto lo hace a sabiendas de que esta obrando por su solo capricho o voluntad, no observando ningún principio de legalidad.

- b) Acto arbitrario Subjetivo.- Cuando la autoridad víctima de la ignorancia ejecuta el acto lesionador.

I.8.- ACTO ILEGAL

Es indiscutible que para abordar el concepto de ilegalidad del acto de autoridad, es indispensable hacer referencia aunque sea en forma superficial, a la legalidad, por lo que la misma constituye el proceder o acontecimiento apegado a derecho; legal es lo que esta prescrito por la ley o conforme a ella. Así se llaman penas legales las que están prescritas por las leyes (no dependen del arbitrio del Juez), o legal coincide con lo permitido en un régimen de derecho establecido lo legal es lo fundado en derecho, lo que se encuentra previsto en una ley o disposición normativa general e impersonal, la que crea y regula situaciones abstractas.²⁸

²⁸ LAZZARINI José Luis, el Juicio de amparo, La Ley, S.A. Edit. E Impresora Buenos Aires 1967 |er Vol., p168.

Ahora bien el principio de legalidad por lo que se refiere a la realización de actos de autoridad que repercuten en la esfera jurídica del gobernado, estriba en que dicha autoridad o autoridades, pueden hacer lo que la ley les permite, circunstancia esta a la que se ha referido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es decir las atribuciones que tiene el Estado como tal, no puede ir, mas allá de lo que señala la propia legislación, por lo que todo acto que realicen deben contenerse en una disposición de derecho, el que debe estar por escrito y suficientemente apoyado, es más, hasta las propias facultades del estado como órgano de autoridad se encuentran consignadas en la propia norma jurídica como limitación al gobierno en el ejercicio de sus facultades, que bien se pueden traducir en garantías para el gobernado, como mas adelante se analizaran, por lo tanto lo ilegal constituye todo aquello que no esta prescrito en la ley o no es conforme a ella; lo ilegal carece de todo principio de equidad en un régimen de derecho, consecuentemente choca con un fin último como lo es el de la justicia; lo ilegal va en contra del régimen jurídico establecido.

Pues ahora bien por lo anteriormente señalado, se cuestiona ¿ que lo que va en contra del derecho no también se llama ilicitud, ilegitimidad, antijuricidad, etc?, tanto la doctrina como la legislación, por lo que se refiere a cuestiones terminológicas aun no se han puesto de acuerdo, circunstancia que origina confusión, ya que en múltiples ocasiones se utilizan estos términos como sinónimos; la realidad de las cosas nos revela que aunque existen diferencias muy sutiles, estas no dejan de ser diferencias, y que cada palabra puede ser debidamente aplicada a situaciones concretas, como los son ilegitimidad de la ilegalidad, toda vez que el concepto ilegitimidad, tiene un alcance y significado mayor en virtud de que se refiere a toda clase de leyes, preceptos y cánones, en un término mas general a diferencia de la ilegalidad ya que esta limita su alcance únicamente a la propia ley o a disposiciones normativas establecidas del poder público; lo ilegitimo se refiere a un ámbito que rebasa un régimen de derecho, por tal motivo la misma no será violatoria de la ley, mientras que lo ilegal como ya se ha mencionado se encuentra en contra posición del derecho. Por otro lado, ilícito es aquel que se refiere a la conducta individual esperada por el derecho en la legislación establecida y el comportamiento realizado por el individuo contra la ley (ilícito), y la ilegalidad es todo aquello que no se encuentra previsto y que va en contra del régimen jurídico, es decir, la ilicitud lleva consigo en forma mas concreta

²⁸ ESCRICHE Joaquín Op. Cit. p.1151.

el factor conducta individual y lo ilegal va mas allá de la conducta del individuo, pudiendo encuadrar en ilegal por ejemplo algún acto de autoridad como Institución.

Dice por ahí un autor llamado Eugenio R. Zaffaroni, que el verdadero Derecho Penal, es el Derecho Penal Subterráneo, el que opera en la ilegalidad, y no el que esta descrito por la Ley, esta es letra muerta.

El concepto “Antijurídico, solo constituye una característica de la conducta, consecuentemente se puede hablar de una conducta antijurídica, cuando previamente se ha analizado un proceder que se ha valorado jurídicamente en tales condiciones, se puede concebir el concepto apuntado como adjetivo que califica el sustantivo”.²⁹

Ahora bien la ilegalidad puede repercutir de alguna manera en los particulares cuando se realiza en la relación Gobierno – Gobernado, un acto, hecho u omisión., en virtud de que la circunstancia lesionadora se circunscribe a la actividad de un hacer o proceder o a la pasividad de un no hacer y que este acontecimiento precisamente vaya en contra de alguna norma legal establecida (Garantías de Seguridad Jurídica).

Este acto ilegal realizado por quien detenta el poder (Estado), se puede contemplar, desde dos puntos de vista; el primero de acuerdo a los resultados que genera como acto contrario a la ley y, el segundo a las consecuencias sufridas por el particular en la ejecución del mismo; tomando en consideración que en nuestro régimen legal existe la tendencia a proteger y salvaguardar la norma fundamental, y que esta a su vez vela por las garantías otorgadas por ella misma a los individuos que se encuentran en el territorio nacional, lo que con lleva en forma inevitable a la desestabilización, del régimen de derecho, pues antes que el individuo, se viola y lesiona a la ley.

En el particular del acto ilegal ejecutado por alguna autoridad, puede traer graves consecuencias, considerando que el acontecimiento se dirige en forma inmediata como acto de imperatividad lesionando con ello la esfera jurídica del individuo el que inclusive de manera extrema puede constituir un agravio a la persona en su condición física, cuando por ejemplo se

²⁹ VERA TREVIÑO Sergio Antijuricidad y Justificación, Edit. Porrúa, S. A. México 1982 p.7

priva de la libertad individual o cuando abusando del poder se cause un daño irreparable en los bienes del individuo.

Igualmente se puede observar el acto ilegal de acuerdo a su extensión clasificándolo en sentido amplio o en sentido estricto, el primero surge cuando se procede en contra de una legislación y el segundo se refiere a la contradicción existente entre un modo de obrar y una disposición normativa específica, claro es que a dicho acto se puede clasificar de diferentes maneras pero el contenido es el mismo, se constriñe a su contrariedad a la ley.

1.9.- DIFERENCIAS

Con los elementos anteriores se pueden establecer las diferencias entre los conceptos aplicados que son:

La legal retención del inculpaado se lleva a cabo en los casos en que exista delito flagrante y exista pena privativa de la libertad y en la legal detención que exista caso urgente.

La detención es el concepto más amplio de todos los que se han analizado, pues se refiere no solo al acto de detener, sino que más concretamente se puede relacionar con el estado de privación de la libertad personal. Ahora bien la detención, como acto implica, el hecho mismo del apoderamiento de una persona privándola de su libertad, en cambio la presentación, aprehensión o el arresto, se dan en virtud de una orden de autoridad, y la detención no. La detención implica el acto material, pudiendo realizarla cualquier persona pero dentro del ámbito de la acepción jurídica, porque en caso contrario derivaría ilegal hasta concretarse en un delito.

La presentación se tiene en virtud de una orden de autoridad que puede emanar de la Administrativa o de la Judicial; para que intervenga en la debida integración de la Averiguación y en segundo término como resultado del Ejercicio de la Acción Penal por parte del Ministerio Público, excitando de esta manera al órgano jurisdiccional para que la dicte, supuesto que se da en virtud de delitos sancionados con pena alternativa, de tal forma que se debe entender la orden

de presentación como sinónimo del de comparecencia, ahora bien a diferencia de la detención que la puede hacer cualquier persona, la presentación compete ejecutarla a la Policía Judicial.

La aprehensión se puede diferenciar de los demás conceptos porque emana de la autoridad, y exclusivamente de la judicial (Orden de Aprehensión), una vez que se ha ejercitado Acción Penal, por parte del Ministerio Público, dada la debida integración de la Averiguación Previa, entendiéndose por esta, una vez reunidos los requisitos que menciona el artículo 16 Constitucional, como son la denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señala como delito sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, dicha aprehensión compete ejecutarla a la Policía Judicial, de esta manera se concibe la aprehensión como el acto de apoderarse de una persona (indiciado) privándole de su libertad en forma cautelar y mediante orden de autoridad, únicamente judicial y poniéndola así mismo a disposición de dicha autoridad para que le sea instruido el proceso correspondiente.

A diferencia de la detención la presentación, esta solo y exclusivamente surge de la autoridad judicial una vez que se ha ejercitado acción penal y solo para aquellos delitos que sean castigados con pena privativa de la libertad.

El arresto se entiende como la privación de la libertad la que en ningún caso deberá exceder de 36 horas, por parte de la autoridad administrativa, dada la infracción a los reglamentos gubernativos y de policía, ahora bien la ejecución del arresto debe atribuírsele a la misma autoridad por conducto de cualquier policía por lo que a diferencia de los conceptos antes señalados el arresto no requiere de un mandato exclusivamente judicial y menos aún que previo a la ejecución de este haya ejercitado Acción Penal el Ministerio Público, sino que se trata simplemente de la medida de apremio aplicada al infractor de algún reglamento o como consecuencia de la desobediencia de un mandato de carácter judicial, en la inteligencia de que dicho arresto jamás excederá de las 36 horas establecidas, en el artículo 21 Constitucional.

Por último para establecer las diferencias entre los conceptos de acto jurídico, acto arbitrario y acto ilegal apuntados, se tomara en consideración sus principales características.

Primordialmente, se caracterizan porque el acto arbitrario se da en virtud de la caprichosidad y voluntariedad de quien detenta un poder y el acto ilegal, es aquel supuesto que no está previsto o que va en contra de una norma Jurídica específica mismo que puede realizar cualquier persona; en la inteligencia de que ambos pueden obtenerse positiva o negativamente, es decir por un hacer o dejar de hacer; el fin del acto arbitrario puede rebasar el margen jurídico establecido, mientras que el acto ilícito en su ejecución lleva consigo la violación; el concepto de acto arbitrario es mas amplio que acto ilegal pues el proceder caprichoso es contrario a la razón y las leyes consecuentemente se contraponen a la justicia y el ilegal se concreta únicamente a una disposición, contradicción existente entre una conducta y una norma de derecho específica.

Por cuanto hace a la realización del acto arbitrario, éste puede contener el ilegal como integrante de dicha ejecución o como finalidad, es decir, el proceder caprichoso puede ser a la vez ilegal, ya que no se observa ninguna regla o disposición legal sino se obra guiado por la simple voluntad carente de toda razonabilidad; como fin ultimo, cuando en el momento mismo de la acción aún se vea afectado el régimen de derecho sino hasta el momento en que se consume, como por ejemplo la deficiente apreciación de los elementos de prueba, los cuales sirven de apoyo para establecer un juicio valorativo el que puede ser lesivo como consecuencia misma; el acto arbitrario emerge en virtud de alguna decisión, necesariamente deriva de un poder, el ilegal también es producto de una decisión, pero no es consecuencia de alguna facultad de mando.

Sin embargo en la relación Estado-Gobernado, los dos conceptos guardan intima relación toda vez que la existencia de alguno, puede depender de la relación del otro, el acto ilegal necesariamente se remonta a una conducta errónea o tal vez caprichosa de a quien se le ha delegado una función gubernativa con facultad de mando y decisión, por ello en muchas ocasiones por el carácter arbitrario, se pone de manifiesto la ilegalidad.

Como se ha hecho referencia, el punto de afectación sufrida por el gobernado en su esfera jurídica por el acto de autoridad, este no es mas que un mero acto privativo que perfectamente puede traducirse en la merma o menoscabo de la aludida esfera del particular, que se determina por el egreso (salida), de un bien concreto (material), o abstracto (Derecho), elemento de dicho menoscabo o despojo, claro que este supuesto se entiende como consecuencia de situaciones

arbitrarias e ilegales, ya que esa misma privación puede surgir evidentemente de la legalidad cuando el actuar de la autoridad se encuentra debidamente apegado a la ley.

Por lo que se refiere a nuestro sistema jurídico, los derechos a los que se ha hecho alusión, se encuentran protegidos por las llamadas Garantías Individuales en la norma fundamental que nos rige, garantías estas que tienden a proteger la seguridad jurídica de los gobernados, espíritu tomado por el legislador, en su afán de defender los diferentes tipos de libertades y derechos de los particulares.

La palabra garantía constitucional significa “Los derechos que reconoce la Constitución y leyes de un estado a todos sus ciudadanos”.³⁰

Son protecciones establecidas en beneficio de los particulares, con lo que se protege asimismo el orden Constitucional y el derecho de nuestra sociedad.

En síntesis, las diferencias primordiales entre el acto arbitrario y el acto ilegal, lo son un proceder caprichoso por la sola voluntad y el proceder no apegado a la ley o que vaya en contra de la misma, el acto ilegal puede contenerse en el arbitrario, cuando el actuar por mero capricho no observa disposición normativa general e impersonal alguna, acto arbitrario generado por quien detenta un poder, en este caso el Estado.

³⁰ PALOMAR DE Miguel Juan, Diccionario para Juristas , ediciones Mayo, de R.I I era Edición México 1981 p 627.

CAPITULO II

**DETERMINACIONES DEL AGENTE DEL MINISTERIO
PUBLICO**

Uno de los factores principales que se atribuyen a la felicidad de un pueblo, es el de gozar de estricta aplicación de la justicia, por eso es que el gobierno estima que los hombres que tomen parte en ello deben tener su estímulo y su apreciación debida a la sociedad, para que se demuestre que su conducta limpia y honesta tiene el atributo de admiración y consideración tanto del estado como del pueblo. Es por ello que es el Ministerio Público en nuestro procedimiento penal mexicano, al que se le atribuye la persecución de los delitos, para evitar que aquellos queden impunes y que desarrolla esta actividad desde que tiene conocimiento de un delito, hasta que termina su acusación y que por lo tanto dicha actividad que realiza tiene por objeto satisfacer la necesidad colectiva, de que en las relaciones del hombre no se vean transgredidas las normas que son esenciales para la convivencia humana.

Asimismo también le compete, la búsqueda de las pruebas que acrediten la responsabilidad de los mismos, la realización de los actos tendientes a vigilar que el proceso sea pronto y expedito y por ultimo, solicitar al órgano jurisdiccional la aplicación de la pena que corresponda.

Actividades que desempeña el Ministerio Público tanto en la averiguación previa como durante el procedimiento penal.

Por lo anteriormente expuesto es por lo que el Ministerio Público, constituye una institución por excelencia encargada de la defensa de los intereses sociales, sin abandonar por ello los derechos esenciales del individuo.

Ahora bien el origen propiamente de la palabra Ministerio Público “ Viene del Latín *ministerium* que significa cargo que ejerce uno; empleo, oficio u ocupación, especialmente noble y elevada. Por lo que hace a la expresión Público, ésta deriva del latín *publicus populus*; pueblo.

El Ministerio Público significa cargo que se ejerce en relación al pueblo”¹

¹ VILL.A, José Francisco El Ministerio Público Federal Editorial Porrúa, 1era edición, México 1985, pp. 3 y 4.

En su sentido Jurídico el profesor Guillermo Colín Sanchez, sostiene que el Ministerio Público "Es una institución dependiente del estado (Poder Ejecutivo), que actúa en representación del interés social en el Ejercicio de la Acción Penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignen las leyes"²

La Institución del Ministerio Público deriva de los mandatos contenidos en los dispositivos 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En el artículo 21 de la Citada Carta Magna quedo consagrada esta institución y cuyo artículo en su parte conducente dice: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel, compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía".

Como consecuencia de dicho artículo, se precisa que ningún Juez puede incoar una averiguación criminal, ni proseguirla, ni menos aun fallarla, sin petición expresa y concreta del Ministerio Público.

De lo anterior se deduce que en el artículo 21 Constitucional fundamentalmente tiene su base política la Institución que nos ocupa aun cuando los artículo 16 y 102 y demás relativos, confieren su fisionomía, propia al Ministerio Público, como encargado del ejercicio de la acción penal.

Por otra parte el artículo 102 de la Carta Magna, establece la calidad de institución Federal que tiene el Ministerio Público cuando en su parte conducente expresa; incumbe al Ministerio Público Federal la persecución de todos los delitos del orden Federal; y, por lo mismo, a el corresponderá solicitar las ordenes de aprehensión contra los inculpados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos, hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para la administración de justicia sea pronta y expedita, pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la misma ley determine.

² COLIN SANCHEZ Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Editorial Porrúa S.A. Tercera edición México 1974 p 86.

De estos dos preceptos constitucionales, el 21 y 102, se puede concluir que el Ministerio Público en México queda establecido con arreglo a las siguientes características:

- a) La acción penal queda reservada exclusivamente a el estado y el único órgano que la puede ejercitar es el Ministerio Público.
- b) Como resultado del pacto federal, todos los estados deberán instituir en sus respectivas entidades, la institución del ministerio Público, en observancia de las normas constitucionales.
- c) El Ministerio Público, como titular de la acción penal, tiene las funciones de acción y requerimiento, persiguiendo y acusando a los responsables de un delito ante los tribunales correspondientes, en la inteligencia de que el juez, por ningún motivo podrá actuar, si no se lo pide el Ministerio Público.
- d) A la Policía Judicial se le encomienda la investigación de los delitos, la búsqueda de las pruebas y el descubrimiento de los responsables debiendo quedar bajo el control y vigilancia del Ministerio Público, se entiende también que cualquier autoridad administrativa puede investigar los delitos, siempre y cuando este facultado por la ley y lo haga bajo el mando y autoridad de los funcionarios del Ministerio Público.
- e) Los jueces quedan impedidos para buscar pruebas por su iniciativa.
- f) El Ministerio Público ejercita dos acciones diferentes, durante el periodo de la averiguación previa aparece como autoridad, buscando o allegando las pruebas para fundar su Ejercicio de la Acción Penal y tan pronto como ejercita esta acción, pierde su calidad de autoridad y se convierte en parte.
- g) Los particulares ya no podrán ocurrir directamente ante el juez, en virtud de que tendrán que hacerlo ante el Ministerio Público, para que este una vez que estén satisfechos los requisitos que se establecen en la propia ley, fundamentalmente en su artículo 16, acuda ante los tribunales ejercitando la acción en representación del particular como miembro que es de la sociedad.
- h) El Ministerio Público queda como un órgano independiente y sus funciones están sujetas a un control y a una unidad de mando que se concentra en el Procurador de Justicia.

En materia Federal el Ministerio Público es el consejero jurídico del ejecutivo y es además el promotor de la acción penal que debe hacer valer ante los tribunales.³

Antes de continuar no se debe olvidar que esta autoridad administrativa a la cual se ha hecho hincapié es una institución que nació y evoluciona plenamente en Francia, al trasladarse a nuestro medio quedo plenamente arraigada, adaptándosele al igual que en otras naciones, sin embargo antes de haberse establecido con sus caracteres y perfiles franceses, ya funcionaba una institución que bastante se le asemejaba, llamada Promotoria o Procuraduría Fiscal derivada de la legislación española, que por tanto tiempo rigió nuestras costumbres y que en la actualidad agrega aunque conservándose en nuestras leyes que norman la materia, a la parte sustancial de la Institución de sello Francés se le han introducido ciertas reformas estimadas por nuestra última Revolución, como avances y perfeccionamientos pero que de todas maneras la diferencian de la Institución francesa.

La Legislación española que se aplico durante la época colonial, denomino a los integrantes de esta Institución, "Promotores o Procuradores Fiscales", con tres atribuciones principales: a) Defensores de los intereses tributarios de la Corona, actividad de la cual tomaron su nombre; b) perseguidores de los delitos y acusadores en el proceso penal, y c) asesores de los tribunales, en especial de las audiencias, con el objeto de vigilar la buena marcha de la administración de justicia.

Esta orientación predomino en los primeros ordenamientos constitucionales de nuestro país, pues basta señalar que el decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, expedido en Apatzingán en 1814; la Constitución de 1824; las siete leyes de 1836, y las bases orgánicas de 1843, situaron a los citados Procuradores o promotores fiscales como integrantes de los organismos judiciales, con las actividades tradicionales mencionadas con anterioridad, pero sin establecer un verdadero organismo unitario y jerárquico.

Respecto a la persecución del delito existe un criterio libre de toda pasión personalista, para evitar los graves daños a la justicia viciada por la pasión del ofendido, por lo que es

³ NAVARRO SANCHEZ Enrique. *El Ejercicio de la Acción Penal como poder deber del Ministerio Público*. Editorial Porrúa, S.A. México 1968 pp. 55 y 56.

fácilmente concluirse que solo el órgano encargado de esa persecución es el que debe estar capacitado para resolver cuando ha de Ejercitarse Acción Penal y cuando no.

De lo anteriormente señalado cabe hacer mención que el Ministerio Público es una institución de buena fe, y no una maquina de acusación, obligada a reconocer sea que el delito no ha existido, bien que el inculpado no lo cometió.

En nuestro derecho, y actualmente, los actos que realiza el Ministerio Público en la etapa preprocesal están claramente definidos como actos administrativos. Por otro lado la facultad de detener a un individuo constituye para el Ministerio Público un acto jurídico y son también actos jurídicos realizados por el mismo todos aquellos medios de prueba que hace constar el investigador en el curso de la indagatoria tales como la fe de cadáver, de lesiones, de daños etc.

Los actos que realiza el Ministerio Público, tienen la finalidad de efectuar una investigación que permita comprobar que se ha violado la ley o bien proceder a la detención y aseguramiento del probable responsable o la determinación de que no hay elementos para presumir la comisión del delito, lo que podría hacer pensar que persigue la misma finalidad que el acto jurisdiccional, lo cual desde luego es completamente distinto. Con todo esto se puede afirmar que la autoridad administrativa en el procedimiento penal, y concretamente en la fase que nos ocupa el de la Averiguación Previa, efectúa una serie de diligencias tendientes a integrar debidamente la averiguación misma debiendo de comprobar los elementos que se relacionan con el delito, la flagrancia cuando haya detenido y tratar de delimitar el grado de responsabilidad de los participantes. Dichas actuaciones las realiza previa recepción de la noticia de tal ilícito por conducto de los particulares, policía o autoridad judicial, a través de la denuncia, acusación o querrela, según sea el caso.

Consecuentemente se puede observar que en la Averiguación Previa, la Autoridad administrativa, tiene poder de decisión y por lo tanto puede resolver sobre la libertad de los individuos, al decidir si ejercita acción penal o no. Teniendo este poder el fundamento de ser una facultad que le otorga la ley.

A esta facultad de decisión frente a los elementos arrojados por la investigación, se puede llamar determinación, la que debe estar suficientemente fundada en derecho.

La actividad investigadora realizada por el Ministerio Público durante la Averiguación Previa, puede culminar con diversas determinaciones, ha saber la Consignación o Ejercicio de la Acción Penal o Consulta de Archivo y Resolución de Reserva.

II.1.- DETERMINACIÓN DE CONSIGNACIÓN.

La consignación de la averiguación previa es la determinación del Ministerio Público, a través de la cual ejercita acción penal ante los tribunales, teniendo como presupuesto el Cuerpo del Delito y la Probable Responsabilidad del inculpado, para que se aplique la ley al caso concreto y resuelvan si hay fundamento o no para seguir un proceso en su contra.

Por lo que respecta al Cuerpo del Delito son el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.

El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales hace referencia a el Cuerpo del Delito el cual a la letra dice: “El Ministerio Público acreditará el Cuerpo del Delito de que se trate y la Probable Responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por Cuerpo del Delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La Probable Responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El Cuerpo del Delito de que se trate y la Probable Responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley”.⁴

La consignación es la principal característica del Ejercicio de la Acción Penal pero no solo basta con el pliego consignatorio para pretender la punibilidad del indiciado, sino que durante la secuela del proceso o periodo instructorio, hasta que el Ministerio Público formula conclusiones ante el juez que conoce de la causa, se continúa ejercitando dicha acción, según el punto de vista de muchos tratadistas en la materia, ya que si bien es cierto el “Ejercicio de la Acción Penal es un actividad del Ministerio Público tendiente a cumplir con su función y ha excitar a el órgano jurisdiccional para realizar la suya.

El primer acto de esta actividad, propiamente hablando, es la consignación, tanto así que no existe tal ejercicio cuando no ha habido consignación.

Ahora bien, la acción penal tiene dos presupuestos, un delito y un delincuente, por lo mismo su ejercicio debe; en todo momento, desde el principio hasta el fin, desde la consignación hasta las conclusiones referirse a ellos. De esto resulta que el Ministerio Público al consignar tiene la obligación de manifestar a quien consigna, es decir, debe expresar el nombre del presunto responsable, así como el delito que motiva el Ejercicio de la Acción Penal, procurando ante todo que se compruebe el Cuerpo del Delito y la Probable Responsabilidad, debiendo observarse puntualmente las disposiciones contenidas en los artículos 134, 168 y 195 del Código Federal de Procedimientos Penales, en relación al artículo 16 Constitucional.

En la consignación también se deben asentar los fundamentos constitucionales 14 y 16 y 102 Apartado “A”; 1, 2, 3, 4, 113, 123 a 132, 134, 135, 168, 180 y 195 del Código Federal de Procedimientos Penales; 1, 6, 7, 8, 9 y 13 del Código Penal Federal; 2, 8 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y el que corresponde al delito de que se trate, si se esta consignado por algún delito señalado en una ley especial, se deberá señalar que artículos son los violados.

⁴ Código Federal de Procedimientos Penales Editorial Porrúa. 2000.

En términos generales se puede afirmar que la consignación se hace por hechos delictuosos y que estos, mas las personas a quienes se imputan representan el contenido indispensable de la propia consignación.

La consignación puede ser de dos maneras sin detenido y con detenido.

La consignación con detenido se da previa a la comisión de un delito con carácter de flagrante o de caso urgente, el primer supuesto se presenta cuando el sujeto activo es detenido en el momento de cometer el ilícito; cuando después de que ejecuto el mismo, es perseguido materialmente o cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del delito encontrándose en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que lo haya cometido o las huellas o indicios que hagan presumir fundamentalmente su presunta responsabilidad. Situación que implica que el estado validamente priva de la libertad personal al sujeto activo, de acuerdo a lo establecido en los numerales 267 del código de procedimientos penales para el distrito federal y 194 del Código Procesal Penal, ya que en estos se autoriza la detención, inclusive cuando es perseguido el individuo que cometió el delito, tal detención puede constituir una grave violación a las garantías individuales cuando no se observa ninguno de estos supuestos y se detiene por simple sospecha.

Finalmente, una vez que se ejercita acción penal con detenido se pondrá al indiciado a disposición del juez en el interior del Centro de Readaptación Social correspondiente.

Por otro lado cuando la consignación es "sin detenido o se trata de delitos que se sancionan con pena privativa de la libertad, 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 comparecencia"⁵

Ahora bien haciendo mención a lo ya señalado, se debe dejar bien acentuado, que previa la determinación de consignación la autoridad administrativa debe comprobar el Cuerpo del Delito y la Probable Responsabilidad, en virtud de que como se ha manifestado no basta con la

⁵ FRANCO VILLA José, Op. Cit p.245

simple consignación que del indiciado se haga, para tener por ejercitada la acción penal como lo sostiene nuestro máximo tribunal, pues dicha averiguación adolecería de insuficiencia en cuanto a su fundamentación y el órgano jurisdiccional al complacer el pedimento formulado por el Ministerio Público en el sentido de que realice las diligencias faltantes, tomaría el papel de aquel como perseguidor de los delitos, circunstancia que implicaría una invasión de atribuciones que a la postre se traduciría en una contraposición con el numeral 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que claramente establece “la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel...”, por lo que nadie puede ser juez y parte a la vez, máxima que establece un principio fundamental de legalidad y equidad en nuestras leyes, es por ello que la comprobación del Cuerpo del Delito y la Probable Responsabilidad del indiciado corresponde a la autoridad administrativa, para estar en aptitud de ejercitar acción penal y no dejar en manos del juzgador esas funciones que por razón de propiedad competen al órgano investigador y perseguidor de los ilícitos penales.

Profundizando un poco mas haré un breve análisis de estos dos elementos tan importantes como son el Cuerpo del Delito y la probable responsabilidad.

Comenzare dando algunas definiciones de algunos doctos

Para Ferri dicho cuerpo implica los instrumentos que sirvieron para la consumación del injusto mas su objeto material.

Para Garraud, siguiendo a Ortolan, esa corporeidad se constituye por todos los elementos materiales del delito.

Carlos Francisco Sodi estima que el concepto elementos materiales constitutivos del Cuerpo del Delito según nuestra Jurisprudencia, no esta suficientemente depurado, y que por Cuerpo del Delito se entiende el conjunto de elementos materiales del mismo, con exclusión del “dolo” o “culpa”, lo que quiere decir que suprimiendo el elemento subjetivo del delito “intención” o “culpa”, el otro elemento del mismo, es decir, el elemento “tipo”, si debe

acreditarse porque a este, es en su integridad al que nuestra Suprema Corte llama, haciendo una incorrecta generalización, elemento material.

Por lo que respecta a el Cuerpo del Delito el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece “El Ministerio Público acreditará el Cuerpo del Delito de que se trate y la Probable Responsabilidad del indiciado, como base del Ejercicio de la Acción Penal; y la autoridad judicial, a su vez examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

El Cuerpo del Delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito.

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

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

Esto es que el Cuerpo del Delito se integra con el total de elementos contenidos en el tipo penal, objetivos o externos; subjetivos y normativos en su caso.

Así si el tipo contiene exclusivamente elementos objetivos o externos, bastara acreditar estos para comprobar el Cuerpo del Delito; en el supuesto de que el tipo incorpore en el mismo elementos subjetivos o normativos, no será suficiente acreditar los elementos objetivos o externos sino también los subjetivos y normativos para comprobar el Cuerpo del Delito.

Entendamos así que el Cuerpo del Delito es la descripción del delito.

Con el cambio conceptual de “elementos del tipo” a “Cuerpo del Delito”, ya no es necesario examinar los tres elementos del tipo, esto es, los objetivos, subjetivos y normativos ni tampoco el conjunto de aspectos que había acuñado el legislador secundario en el otrora artículo 168.

Por lo que respecta a la Probable Responsabilidad el profesor Cesar Augusto Osorio Nieto nos dice que “Por Probable Responsabilidad se entiende la posibilidad razonable de que una persona determinada haya cometido un delito y existirá cuando del cuadro procedimental se deriven elementos fundados para considerar de que es factible que un individuo haya intervenido en la realización de un delito en cualquier forma de autoría. Se requiere para la existencia de la Probable Responsabilidad, indicios de responsabilidad, no la prueba plena de ella, pues tal certeza es materia de la sentencia.”⁶

Para resolver sobre la Probable Responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada a favor de aquel alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, refiere que la responsabilidad entraña un deber jurídico de sufrir la pena, que recae sobre quien ha cometido un delito, esto es una acción u omisión típica, antijurídica y culpable.

Precisa que :

“Durante largo tiempo la expresión responsabilidad fue también utilizada en el sentido hoy acordado en derecho penal a la expresión imputabilidad, y se tuvo por responsable a quien era capaz de responder de sus actos por haber alcanzado madurez mental y gozar de salud mental. Es manifiesto sin embargo, que esa capacidad es solo uno de los extremos en que reposa la responsabilidad penal por el acto típico y antijurídico cometido. El elenco de las causas excluyentes de responsabilidad criminal consagrado por la ley comprende, precisamente, las situaciones en que falta alguno de los extremos de diversa índole que son necesarios para que

⁶ OSORIO Y NIETO Cesar Augusto. LA Averiguación Previa. Editorial Porrúa., Décima Edición 1999.

pueda nacer el deber jurídico de sufrir sanción aparejada por la ley y a la violación de sus propios preceptos.

El derecho penal moderno ha erradicado la responsabilidad por el mero hecho. Hoy es menester, para que surga la responsabilidad penal, que el hecho típico y antijurídico haya sido cometido con dolo o culpa, a lo menos, y que su autor pueda ser tenido por culpable de él. La máxima *nula poena sine culpa* significa tanto la exclusión de responsabilidad por el caso como la de la responsabilidad sin culpabilidad, en el sentido más moderno de esta expresión. El derecho penal mexicano conoce formas de responsabilidad estrictamente objetiva ni de responsabilidad calificada por el resultado. La interpretación sistemática de sus disposiciones debe conducir, por otra parte, a desconocer en su base la concepción ferriana de la llamada responsabilidad social, vale decir, la que emanaría del solo hecho de vivir en sociedad y mientras se viva en ella”

La Probable Responsabilidad, conforme al tenor pretranscrito, implica la posibilidad de que una persona imputable y culpable deba responder ante la sociedad por el desarrollo de su conducta típica.⁷

Con todo lo anterior, indispensable es que, en el momento mismo de consignar, debe estar debidamente comprobado el Cuerpo del Delito y la Probable Responsabilidad, ejercicio de la acción debidamente apoyada y fundada en el derecho, para brindar al juzgador un panorama más amplio, por ello indiscutiblemente debe traer aparejados beneficios y se realice más eficazmente la pretensión punitiva del estado, alcanzando una mejor impartición de justicia, con ello evitando así prisiones injustas y actos arbitrarios e ilegales realizados por la autoridad administrativa.

Como ya ha quedado acentuado, es menester de la autoridad administrativa, hacer probable la responsabilidad del indiciado en la comisión de un delito, ya que conjuntamente con el Cuerpo del Delito conforma una unidad sin esta se abstendría en forma alguna el Ejercicio de la Acción Penal es decir es necesario el señalamiento que nos permita suponer que la persona involucrada ha tomado participación de alguna forma en la comisión del ilícito, en ese sentido se

⁷ LÓPEZ MUÑOZ Hans Eduardo, Magdo Manual de apoyo del Video curso de Reformas Constitucionales que Impactan el Ámbito penal. Academia Nacional de Seguridad Pública. México, 2000.

pronuncia Borja Osorno, al postular, que hay presunta responsabilidad cuando existieron hechos o circunstancias accesorias al delito y que permiten suponer fundamentalmente que la persona de que se trata, ha tomado participación en el delito, ya consintiéndolo, preparándolo o ejecutándolo, ya prestando su cooperación de cualquier especie por acuerdo previo o posterior, o ya induciendo a alguno a cometerlo, definición relacionada con el artículo 13 del Código Penal Federal, en virtud de que implica la conducta vista desde el ángulo de su intervención o participación en el ilícito, es bien sabido que cada uno de nosotros somos responsables de una u otra forma, en un mayor o menor grado de los actos que realizamos, por lo que siempre tratamos de delimitar la responsabilidad que uno tiene respecto de los mismos, y consecuentemente de los derechos y obligaciones que contraemos, para saber hasta donde llega el compromiso adquirido, es por ello que para llevar adelante la función punitiva del estado, mediante la impartición de justicia, es necesario obtener la participación de un sujeto o de cada individuo en la comisión de un delito, para imponerle la pena que le corresponde, pero es evidente que definitivamente, se podría tener la plena responsabilidad del mismo, hasta que se le dicte la pena respectiva (función jurisdiccional), pero por lo menos en la fase de Averiguación Previa, la autoridad administrativa debe tratar de delimitar su participación con la clasificación que provisionalmente hace de los artículos que prevén la conducta, pues careciendo de este factor, es evidente que no puede imputársele responsabilidad alguna. Ahora bien, de la Averiguación Previa resultante del hecho delictuoso y concretamente del estudio realizado del acta de Policía Judicial al formular el Pliego de consignación, debe el Ministerio Público además motivar el mismo, es decir, debe contener el razonamiento lógico jurídico de la participación de los comisores del ilícito, dicho deslinde de responsabilidad, no tiene el carácter definitivo, sino únicamente de probable, ya que la última palabra al respecto la tiene el juez, previa valoración y una vez integrado el proceso respectivo.

Así, el hacer Probable Responsabilidad es requisito fundamental para llegar a la determinación de consignación.

Ahora bien por cuanto hace el termino “presunto o probable”, muchos autores afirman que puede ser utilizado indistintamente en virtud de ser sinónimos ya que significan: lo fundado en razón prudente o de lo que se sospecha por tener indicios, sin embargo, se siente que la palabra “presunto” se refiere mas concretamente al hecho de dar por cierto fundamentado en

presunciones (lo que se presume), es mas objetivo para establecer un juicio valorativo de los elementos, pero es obvio que la actividad del juzgador, es propia y exclusiva de la autoridad judicial, por lo que el Ministerio Público para poder Ejercitar la Acción Penal, debe considerar una mera probabilidad y no de dar cierta la participación del sujeto en la comisión del delito, es por ello que nos apegamos mas al termino "probable".

El análisis de los elementos antes señalados, no solo es atribuible al Juez de la causa en su termino Constitucional, sino que aun mas corresponde tal actividad a la autoridad consignadora en la etapa de la Averiguación Previa, lo anterior es importante ya que tiene como finalidad evitar que se ejercite la acción penal en forma arbitraria y caer de esta manera en presiones injustas, si bien es cierto que se ha hablado de un previo juicio valorativo y provisional por parte de la autoridad administrativa respecto de la conducta del individuo y su adecuación al tipo penal, no es menos cierto que dicho juicio no implica de ninguna manera una invasión de funciones propias del órgano jurisdiccional (Pre-Juzgar), sino que únicamente con ello se logra una mejor visión y orientación del juzgador, obteniendo de esta forma la verdad real o histórica.

Finalmente y para dar por concluido este capitulo, es indispensable manifestar que una vez ya comprobado el Cuerpo del Delito y la Probable Responsabilidad del indiciado se procederá a la consignación, mediante el Ejercicio de la Acción Penal. Y que dicha consignación no requiere de formalidad especial alguna. Ni la Constitución ni las leyes orgánicas correspondientes, ni los Códigos de Procedimientos Penales, señalan requisitos especiales, solemnidades o formas expresas a que debe sujetarse el Ministerio Público invariablemente y cuya inobservancia tuviere como resultado, por ejemplo la nulidad de la consignación.

La determinación de consignación, surge como consecuencia de la reunión de los requisitos marcados por el artículo 16 Constitucional de los que mas adelante se hablara.

II.2 LA DETERMINACIÓN DE RESOLUCIÓN DE NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

La segunda de las determinaciones que puede tomar la autoridad administrativa prevista en la codificación actual es la resolución de No Ejercicio de la Acción Penal o Consulta de Archivo.

Este No Ejercicio de la Acción Penal como consiste en la abstención para excitar al órgano jurisdiccional a pesar de haberse reunido satisfactoriamente los elementos necesarios para llevar a cabo la consignación correspondiente, tomando en consideración que es la autoridad administrativa la que tiene la facultad de ejercitar la acción penal y que no se le puede obligar por ningún medio a ello, en tal virtud si el agente investigador a capricho propio no desea consignar a el sujeto activo del delito puede quedar impune el mismo. Circunstancia irregular que va en detrimento de la debida Administración de Justicia. Lejos de todo principio de equidad y legalidad, la decisión de “No Ejercicio de la Acción Penal”, no constituye otra cosa que un mero acto arbitrario, en virtud de que lleva consigo los rasgos y características respectivas a que he hecho alusión con anterioridad, pues es un acto basado en la sola voluntad, por quien detenta el poder en este caso la autoridad administrativa.

Sin embargo y con apego más a derecho el Código Federal de Procedimientos penales en su artículo 137, señala 5 hipótesis en que el Ministerio Público no ejercitara acción penal :

I.- Cuando la conducta o los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito alguno, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal;

II.- Cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo participación en la conducta o en los hechos punibles y solo por lo que respecta a aquel;

III.- Cuando, aun pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos del que se trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable:

IV.- Cuando la responsabilidad penal se haya extinguido legalmente, en los términos del Código Penal; y

V.- Cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpado actuó en circunstancia que excluyen la responsabilidad penal”.

Al respecto Manuel Rivera Silva, señala “la Resolución de No Ejercicio de la Acción Penal o de Archivo, ha sido criticada manifestándose que el Ministerio Público se abroga facultades jurisdiccionales al declarar que un hecho no es delictuoso.

La critica, con purismo jurídico, puede tener vigencia pero cabe pensar que por economía y practica procesal, es correcto que no se acuda a los tribunales para que hagan la declaratoria de la no existencia de delito, cuando el Ministerio Público no tiene elementos que lo comprueben”⁸

Ahora bien, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo Tercero bis establece: “En las averiguaciones previas en que se demuestre plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyan la responsabilidad penal, previo acuerdo con el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, el Ministerio Público lo pondrá en libertad y No Ejercitara Acción Penal”⁹

En los casos en que se resuelva en definitiva el No Ejercicio de la Acción Penal los Agentes del Ministerio Público deberán acordar el levantamiento del aseguramiento de los bienes afectos a las indagatorias respectivas, y ordenaran su devolución a quien tenga derecho a ellos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Federal para la Administración de Bienes Asegurados, Decomisados y Abandonados.

a) DETERMINACION DE ARCHIVO

⁸ FRANCO VILLA José, El Ministerio Público Federal. Editorial Porrúa, S.A. 1era Edición 1985 pp. 211 y 212

La resolución de archivo puede emitirse por el Ministerio Público porque simplemente no se demostró el Cuerpo del Delito o sencillamente no existe delito.

Por su parte el Doctor Sergio García Ramírez, sostiene "Que si el archivo se funda en la carencia absoluta de elementos para consignar (falta del delito o de responsabilidad del indiciado) en la imposibilidad material e insuperable de prueba del delito o en el agotamiento de la pretensión (por prescripción, amnistía, muerte del inculpado etc.) no existe inconveniente alguno en aceptar la definitividad de aquél acuerdo".¹⁰

Octava Epoca

Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XIII-Junio

Página: 531

AVERIGUACION PREVIA, LA ORDEN DE SU ARCHIVO, NO VIOLA GARANTIAS INDIVIDUALES. Es incorrecto pretender que al través de una sentencia de amparo se pueda constreñir a la representación social a culminar cualquier averiguación previa con una resolución que determine la existencia del delito y la responsabilidad del presunto implicado, dado que esa determinación depende de los elementos de que pudiera allegarse el Ministerio Público, así como de las circunstancias reales que ocurrieran al evento, porque puede darse el caso de que el representante social considere que no se reúnen elementos para determinar que los presuntos responsables son culpables, hipótesis en la cual, bien puede dictar un auto que ordene el archivo, o cualquier otro encaminado a dar por concluida la averiguación, lo que no necesariamente implica que con ello se le estén violando, al denunciante, sus garantías de legalidad y seguridad jurídica.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 144/94. Valente Callejas Martínez. 16 de febrero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: David Delgadillo Guerrero. Secretaria: Clementina Flores Suárez.

b) DETERMINACION DE RESERVA.

Finalmente la tercera determinación que puede tomar el Ministerio Público es la de resolución de reserva, esta se dicta cuando las diligencias no se han practicado por una dificultad material que impide las practicas de las mismas en la averiguación, o por falta de algún elemento,

⁹ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, editorial Porrúa 1999.

¹⁰ GARCIA RAMIREZ Sergio, Derecho Procesal Penal 1era Edición, editorial Porrúa S.A. México 1974 p 363.

por lo que hasta en tanto no se reúna el requisito faltante, indiscutiblemente no se ejercitara acción penal ordenándose que el acta se reserve provisionalmente.

Garduño Garmendia sostiene que “esta tiene lugar cuando existe imposibilidad de cualquier naturaleza para proseguir la averiguación previa y aun no se ha integrado el Cuerpo del Delito y en consecuencia la Probable Responsabilidad, o bien cuando habiéndose integrado el Cuerpo del Delito, no es posible hasta el momento atribuir la Probable Responsabilidad a persona determinada”¹¹

Esta responsabilidad que constituye un obstáculo para la practica de diligencias que impidan la continuación de la investigación, debe ser de tal naturaleza de tal magnitud y circunstancias especiales, que impida que el Ministerio Público continúe con el manejo de las actuaciones.

El artículo 131 del Código adjetivo Federal dice” si de las diligencias practicadas no resultan elementos bastantes para hacer la consignación a los tribunales y no aparece que se pueden practicar otras, pero con posterioridad pudieren allegarse datos para proseguir la averiguación, se reservara el expediente hasta que aparezcan esos datos, y entretanto se ordenara a la policía que haga investigaciones tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos”

El mandar a reserva la Averiguación Previa en modo alguno significa que esta haya concluido o que no pueden llevarse a cabo mas diligencias, puesto que en el caso de obtener nuevos elementos, el Ministerio Público investigador y no habiendo prescrito la acción penal, esta obligado a realizar nuevas diligencias, ya que dicha resolución de reserva no tiene carácter de definitividad y constituye una causa de interrupción de la Prescripción de la Acción Penal, por lo que siempre queda, la posibilidad al practicar nuevas diligencias investigatorias, de ejercitarse la Acción Penal.

¹¹ MARTINEZ GARNELO Jesús, la Investigación Ministerial Previa, editorial OGS., Editores S.A. de C.V

CAPITULO III

EL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL Y SU RELACION CON LA CONSIGNACION CON DETENIDO.

Retomando un poco lo ya antes escrito, en relación a las diversas determinaciones que puede tomar la autoridad administrativa en la etapa de Averiguación Previa, y concretamente al decidir sobre la suerte de una relación jurídica procesal mediante los elementos aportados por la investigación, papel que desempeña el Ministerio Público como Representante de la Sociedad y como único titular del Ejercicio de la Acción Penal actividad de este órgano perseguidor de los delitos, que se encuentra fundamentalmente apoyado en los artículos 21 y 102 apartado "A" de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, trabajo que también encuentra una estrecha relación con el dispositivo 16 del mismo ordenamiento, en virtud de que se consagran diversas garantías de seguridad Jurídica. Actualmente reformado y publicado en el diario Oficial de la Federación el 8 de marzo de 1999, junto con el Artículo 19 Constitucional sustituyendo la locución elementos del tipo por la de "Cuerpo del Delito", y la reforma complementaria de la legislación secundaria específicamente la fracción II del Artículo 15 del Código Penal y los numerales 134 y 1668 del Código Federal de Procedimientos Penales, en esencia intenta detallar y adecuar la nueva postura constitucional de tal manera que el Artículo 16 ha quedado de la siguiente manera:

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse 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 la libertad y existan datos que acrediten el Cuerpo del Delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

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

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

Solo 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.

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

Ningún indiciado podrá ser retenido por mas de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo, que solo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresara el lugar que ha de inspeccionarse la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluir, una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionara penalmente cualquier acto que atenté contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad Judicial Federal, a petición de la autoridad Federal que faculte la ley o del titular del ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el

tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter Electoral, Fiscal, Mercantil, Civil, Laboral o Administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustaran a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con estos carecerán de todo valor probatorio.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado a las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescrita para los catéos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones en los términos que establezca la ley marcial correspondiente”

De lo anteriormente expuesto se analizará cada uno de los párrafos, recalcando los puntos más importantes, como a continuación se establece:

III.1.- GARANTIA DE SEGURIDAD JURIDICA (ACTO DE MOLESTIA)

El primer párrafo actual nos dice “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”

El termino nadie es equivalente a ninguna persona, ningún gobernado.

El Ministerio Público Federal, consiguientemente como autoridad encargada de la función persecutoria de los delitos, esta obligado, en cualquier fase de la Averiguación Previa, que instruya a apoyar todos sus actos que puedan molestar a alguna persona, en razones suficientes para motivarlos y en la cita de preceptos legales que les presten, el debido fundamento.

En materia penal la disposición a la que se hace mención, esta enfocada a combatir los actos en que pudieran incurrir las autoridades, como medidas coercitivas que puedan tomar las mismas, a la persona a la familia, en el domicilio, papeles o posesiones, en tal virtud se prevén las posibles detenciones efectuadas por la policía sin la respectiva orden de la autoridad judicial, cabe destacar que además de la persona misma del inculpado, la extensión de la parte del precepto Constitucional a estudio, se remonta a la seguridad jurídica en el domicilio para el cateo del mismo sin orden judicial alguna.

Ahora bien, el precepto también menciona la palabra molestia termino utilizado para aquellos actos que conlleven algún tipo de “perturbación o afectación a cualquiera de los siguientes bienes jurídicos comprendidos dentro de la esfera subjetiva del gobernado; a su misma persona, a su familia, domicilio, a sus papeles o a sus posesiones”¹

Es evidente que el acto de molestia lo puede constituir perfectamente el acto mismo de privación física de la libertad personal, acto ejecutado en todo caso por la autoridad administrativa para aquellos supuestos de aseguramiento del indiciado, acto de privación en

¹ Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales, 13ª edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1980 Pág. 603.

sentido estricto, porque va en contra de una garantía de seguridad jurídica otorgada a los individuos pero mas que nada este supuesto se apega al Artículo 14 Constitucional, ya que este se reduce prácticamente a actos privativos, es decir, el Artículo 16 Constitucional en relación de alcance, es mayor pues acoge a todo individuo o ciudadano con los factores que lo garantizan por ello es que, el acto de molestia consagrado o que se refiere el precepto 16 constitucional, no contempla aquellos actos que afectan de manera exclusiva el ámbito administrativo, sin llegar al particular, no desvirtuando que también el acto de privación puede implicar una afectación a la personalidad jurídica.

El acto de molestia al que se hace mención se condiciona a aquellos casos en que medie mandamiento escrito de la autoridad competente, el que debe estar debidamente fundado y suficientemente motivado, por cuanto hace a los medios legales de su proceder, el mandamiento escrito no significa mas que la determinación de una autoridad plasmada en un documento; pues bien la parte del precepto constitucional por igual no exige que dicha determinación emane de la autoridad indicada para realizar el acto concreto, ya sea ordenadola o ejecutándola, aquí se presenta la problemática para delimitar las facultades o atribuciones de aquellos funcionarios investidos con la capacidad de decidir y ordenar, así por ejemplo la autoridad administrativa, carece de facultad alguna para librar Ordenes de Aprehensión, salvo los casos mencionados en nuestra legislación y propiamente en el Código Procesal, para aquellos casos en que no haya en el lugar autoridad judicial que pudiese conocer el ilícito en cuestión, en virtud de que sus funciones están claramente expresadas en la codificación respectiva, y es la autoridad judicial, la que si se encuentra facultada para girar este tipo de ordenes; es evidente que detrás de la frase referida, se encuentra una garantía mas en beneficio del gobernado como lo es la competencia, entendiéndose por este y desde el punto de vista constitucional, la que concierne al conjunto de facultades con que la propia ley suprema que enviste a determinado órgano del estado, de tal suerte que si el acto de molestia emana de una autoridad, que al dictarlo o ejecutarlo se excede en la órbita integrada por tales facultades, viola la expresada garantía, así como en el caso de que, sin estar habilitada constitucionalmente para ello, causa una perturbación al gobernado en cualquiera de los bienes jurídicos señalados en dicho precepto.²

² Burgoa, Ignacio Op Cit. pp. 605-609.

Por otra parte es indispensable destacar que la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en diversas ejecutorias ha considerado violatorio de garantías, aquel acto realizado por la autoridad carente de fundamentación y motivación o ambas, pues resulta evidente que las autoridades deben expresar en sus resoluciones, las razones por las cuales se ha determinado llevar a cabo el acto de molestia así como el apoyo legal en que se basa la decisión al caso, en virtud lo contrario se privaría al gobernado del bien jurídico protegido carente de motivación e infundada y consecuentemente, se violaría en su perjuicio la garantía consagrada en el precepto 16 de la Constitución General de la República.

El Artículo 16 de la Carta Magna, es terminante al exigir para la validez de todo acto autoritario de molestia, que el mismo este fundado y motivado, debiendo entenderse por fundamentación, la cita del precepto que le sirve de apoyo y por motivación, la manifestación de los razonamientos que llevaron a las autoridades a la conclusión de que el acto concreto de que se trate encuadra en la hipótesis prevista en dicho precepto no basta, ni un motivo parra que este actúe, en consecuencia, sino que es indispensable que se le haga saber al afectado los fundamentos y motivos del procedimiento respectivo, ya que solo así estará en aptitud de defenderse como estime pertinente. Por otra parte, la circunstancia de que el acto reclamado satisfaga las garantías del mandamiento escrito y de autoridad competente, no le libera del vicio de inconstitucionalidad, consistente en la ya apuntada falta de fundamentación, pues todas estas garantías son concurrentes y deben, por lo mismo ser respetadas por la autoridad, el mismo acto de ella emane. El artículo 166 Constitucional exige que todo acto de autoridad funde y motive la causa legal del procedimiento, para cumplir con este mandamiento, deben satisfacerse dos clases de requisitos, unos de forma y otros de fondo, el elemento formal quedo surtido cuando en el acuerdo, orden o resolución, se citan las disposiciones legales que se consideren aplicables al caso y se expresan los motivos que precedieron su emisión; como para integrar el segundo elemento es necesario que los motivos invocados sean reales y ciertos, que conforme a los preceptos invocados sean bastantes para provocar el acto de autoridad.

De acuerdo con el Artículo 16 Constitucional, todo acto de autoridad debe estar adecuado y suficientemente fundado y motivado entendiéndose por lo primero que, ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo que también debe señalarse con precisión las circunstancias especiales, razones particulares o causa 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.

En el párrafo tercero del Artículo 16 Constitucional establece “La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su mas estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionado por la ley penal”.

El Ministerio Público debe tomar en cuenta lo anterior para poner al inculcado sin dilación a disposición del Juez que dicto la orden, atendiendo a que la frase adverbial ahora usada evita que la presentación del aprehendido ante la autoridad judicial se prolongue hasta 24 horas (como se establecía antes de la reforma), aunque no sea necesario que esto ocurra, y al mismo tiempo permita justificar un cierto tiempo para la entrega por motivo de la distancia.

No obstante lo anterior la autoridad administrativa por conducto de la Policía Judicial misma que ejecuta la Orden de Aprehensión, muchas de las veces antes de ponerlo inmediatamente ante la autoridad judicial, es llevado a las oficinas de esa Policía a efecto de rendir el informe correspondiente ante sus superiores jerárquicos, logrando con ello muchas de la veces con el maltrato físico y psicológico del indiciado, violando con ello el párrafo Tercero del artículo Constitucional que nos ocupa.

III.2.- GARANTIA DE SEGURIDAD JURIDICA (LIBERTAD)

Ahora bien, el segundo párrafo del Artículo 16 constitucional que a la letra dice “No podrá librarse Orden de Aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia acusación o querrela de un hecho que la ley señale como delito sancionado

cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten el Cuerpo del Delito y la probable responsabilidad del indiciado”.

Como se observa el precepto constitucional presenta las siguientes novedades importantes :

Mantiene la exigencia de que la Orden de Aprehensión sea dictada por la autoridad judicial y la de que exista previa denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten el Cuerpo del Delito y la probable responsabilidad del indiciado de lo anterior cabe hacer mención :

- a) Que el delito de que se trate este “sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad. Si bien esta exigencia es a primera vista para el Juez, quien habrá de dictar la Orden de Aprehensión, también se hace extensiva a el Ministerio Público Federal, en su condición de solicitante. Este por ende, en los casos de consignación sin detenido, se atenderá a los criterios hasta ahora aplicados para la solicitud de la Orden de Aprehensión, la cual solo se hará si el delito de que se trate tiene asignada pena de prisión.

Por supuesto que el requisito de cuando menos con pena privativa de libertad, se satisface si únicamente la misma no esta señalada como alternativa con otra que no afecte la libertad de la persona, pues de ser así, y de acuerdo con la parte inicial del párrafo primero del Artículo 18 de la Constitución, no puede haber lugar a prisión preventiva. Por tanto al ocurrir esta situación solo procederá solicitar Orden de Comparecencia.

- b) Que se acredite el Cuerpo del Delito y la probable responsabilidad, este es un requisito que precisa el párrafo segundo del Artículo 16 Constitucional, para girar la Orden de Aprehensión; requisito que esta acorde con el Artículo 19 constitucional para el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

El Cuerpo del Delito conforme al Artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales se entiende por este el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio Público Federal solo hará la consignación y la solicitud de la Orden de Aprehensión, si con los datos que ha arrojado la Averiguación Previa, se ha acreditado el Cuerpo del Delito así como la probable responsabilidad del indiciado en los términos del párrafo primero del Artículo 134 y párrafo segundo y tercero del Artículo 168, ambos del Código Federal de Procedimientos Penales .

III.3.- GARANTIA DE SEGURIDAD JURIDICA (FLAGRANCIA)..

El párrafo cuarto del Artículo 16 Constitucional se refiere al delito flagrante, como uno de los casos de excepción en que puede procederse a la detención de una persona sin necesidad de Orden de Aprehensión de autoridad judicial, estableciéndose para ese caso la obligación de poner al detenido “sin demora a disposición de la autoridad inmediata y esta con la misma prontitud a la del Ministerio Público”.

Con lo anterior es una situación ya prevista, el Ministerio Público Federal estará a lo dispuesto por los artículos 123 párrafo tercero, 135 párrafo primero y 193 del Código Federal de Procedimientos Penales; teniendo presente que la retención del indiciado para efectos investigatorios no podrá exceder 48 horas, como lo prevé el párrafo séptimo del Artículo 16 Constitucional, plazo en que solo y únicamente podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada.

III.4.- GARANTIA DE SEGURIDAD JURIDICA (CASOS URGENTES)

El párrafo quinto del mencionado Artículo 16 se ocupa de los casos urgentes, que con los de delito flagrante constituyen excepciones a la regla general de que nadie puede ser aprehendido sino por mandato de la autoridad judicial. Se trata también de una situación

ya prevista por la Constitución y por el Código Federal de Procedimientos Penales como son:

- a) Que se trate de delito grave así calificado por la ley.
- b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y
- c) Siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial, por razón de la hora, lugar o circunstancia.

Entendiendo por delito grave los comprendidos en el Artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales. Tratándose del caso Urgente en los términos del actual Artículo 123 párrafo tercero, 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, en estos casos el Ministerio Público Federal deberá solicitar al Juez la correspondiente Orden de Aprehensión, si se cumplen los requisitos establecidos en el párrafo segundo del mismo Artículo 16 Constitucional, de conformidad con los artículos 134 párrafo primero y 195 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Inciso "b).- una segunda condición para considerar que el caso es Urgente, consiste en estar ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia.

Aunque esa condición cae en el terreno de la subjetividad, en cuanto el riesgo fundado de que el sujeto se sustraiga a la acción de la justicia se determinara por la apreciación que el Ministerio Público o el Juez, en su caso, realicen de las circunstancias del caso concreto, no debe dejar de considerar que tal apreciación ha de partir de la objetividad de dicha circunstancia, pues de otro modo se caería en una estimación arbitraria opuesta a una recta interpretación doctrinal.

Por lo anterior el Ministerio Público debe poner especial atención en que las circunstancias conducentes a establecer la urgencia, queden perfectamente plasmadas en la Averiguación Previa, a través de la pruebas idóneas en el caso concreto, con el fin de que su mención y análisis sirvan para constatar los requisitos señalados.

Inciso “c”.- la tercera condición establecida por el párrafo quinto del Artículo 16 Constitucional para considerar un caso como urgente, estriba en que no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, datos, estos que al incorporarse a la norma sirven para constatar la imposibilidad efectiva de acudir ante la autoridad judicial, y así también será real la legalidad de la actuación del ministerio Público al ordenar la detención del indiciado por motivo de la urgencia.

Debe aclararse que se habla de “hora, lugar o circunstancia, pero como la “hora y lugar”, debe entenderse que se quiso decir “hora, lugar u otra circunstancia”.

Para justificar tal orden, será necesario que en la Averiguación Previa, respectiva el Ministerio Público precise en la forma clara y suficiente la hora, el lugar o cualquier otra circunstancia necesaria para justificar racionalmente la imposibilidad de acudir ante la autoridad judicial.

El Ministerio Público Federal debe prestar especial atención a lo dispuesto en el párrafo quinto del Artículo 16 constitucional, que establece que en los casos urgentes podrá, bajo su responsabilidad, ordenar la detención del indiciado, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

Lo anterior significa que si ordena la detención sin fundarla y sin expresar los datos motivo de su proceder, o si la fundamentación o la expresión de tales datos no son razonablemente suficientes para originar la detención sin vulnerar los derechos humanos del sujeto detenido, podrá incurrir en responsabilidades administrativas o de otro orden, según las peculiaridades del caso.

Por ello el Ministerio Público debe poner especial cuidado en incluir en la Averiguación Previa, las constancias suficientes para apoyar la necesidad de la urgencia, al grado de informar de ellas al Director General de Averiguaciones Previas o al Delegado que deba conocer del asunto, en calidad de consulta para recibir instrucciones.

El párrafo sexto del Artículo 16 Constitucional introduce una disposición como complemento a lo previsto en el párrafo anterior, al prevenir que “en casos de urgencia o flagrancia, el Juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”.

Se trata de un control jurisdiccional de legalidad con relación a las detenciones, para efectos de determinar, si la detención realmente fue hecha en flagrancia o concurriendo los requisitos de la urgencia. Dicha norma asigna a los jueces la importante responsabilidad de ratificar la detención, o liberar inmediatamente al detenido.

Como consecuencia de lo anterior, en el caso de que el juez, ante quien se ha consignado un detenido en flagrancia o en caso urgente, decretará “la libertad con las reservas de ley”, el Ministerio Público no impugnara la resolución liberatoria que dicho juez llegue a dictar por estimar ilegal la detención del consignado, por no haberse justificado la flagrancia o la urgencia; pero, con los mismos elementos que sirvieron para la consignación, el Ministerio Público solicitara desde luego la Orden de Apreensión correspondiente, si procediere.

Finalmente el Artículo 16 Constitucional, establece ahora un plazo dentro del cual el Ministerio Público puede Retener a una persona que ha sido detenida en la hipótesis de flagrancia o urgencia, previendo el párrafo séptimo del texto: Ningún indiciado podrá ser retenido por mas de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal”.

Al establecerse el plazo de retención hasta por cuarenta y ocho horas, se encamina a dos fines de indiscutible relevancia.

Uno en beneficio de los indiciados, al darles seguridad jurídica, que no existía anteriormente en la Constitución, de que el hecho de estar involucrados en una Averiguación Previa, no habrá posibilidad de una detención indefinida en su duración, sino que, como regla general, esa detención no puede exceder de cuarenta y ocho horas.

Otro elemento en beneficio de la sociedad, de las víctimas y otros ofendidos, al contar el Ministerio Público con un plazo razonable para integrar la Averiguación Previa, correspondiente.

Conforme a lo anterior, ninguna persona podrá ser retenida para efectos de investigación por mas de cuarenta y ocho horas, plazo en el cual el Ministerio Público ordenara la libertad del indiciado o su puesta a disposición ante la autoridad judicial. El Artículo 134 párrafo cuarto del Código federal de Procedimientos Penales prevé la consecuencia procesal para el caso de que la detención exceda dicho termino; por lo que estará a dicha previsión.

Se establece asimismo, la posibilidad de prolongar la detención duplicándose el plazo de cuarenta y ocho horas, en aquellos casos en que la ley prevea como "Delincuencia Organizada".

La duplicidad del plazo de retención resulta explicable si se toma en cuenta el gran desarrollo alcanzado por ciertos tipos de delincuencia, con estructura organizada, disposición de amplísimos recursos financieros, de armas y de vehículos de toda especie, así como de ilimitados complementos logísticos, con lo cual esta en posibilidad de cometer delitos de tal magnitud, que la integración de la Averiguación Previa, referidas a ellos se hace mucho mas compleja, por la amplia capacidad que los delincuentes tienen para ocultar o eliminar huellas de sus comportamientos ilegales y de silenciar por diversos medios a testigos y víctimas.

La ley federal contra la delincuencia organizada (publicada en el diario oficial de la federación el 7 de noviembre de 1996), en su Artículo segundo establece: "cuando dos o

tres personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada conductas que por si o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

I.- Terrorismo, previsto en el Artículo 139, párrafo primero; contra la salud previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previsto en los artículos 234, 235 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en los artículos 400 bis, todos del Código Penal Federal.

II.- Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de armas de fuego y explosivos;

III.- Tráfico de indocumentados, previsto en el Artículo 138 de la Ley General de Población..

IV.- Tráfico de Organos, previsto en los artículos 461 462 y 462 bis de la Ley General de Salud.

V.- Asalto, previsto en los artículos 266 y 287; Secuestro previsto en el Artículo 366; Tráfico de Menores previsto en el Artículo 366 ter, y Robo de Vehículos previsto en el Artículo 381 bis del Código Penal Federal.

Ahora bien por lo que respecta a la orden de cateo el Artículo 16 constitucional señala..

“En toda orden de cateo, que solo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresara el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos

propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia”.

El cateo finalmente, tiene por objeto aprehender a una persona mediante orden dada por autoridad competente, o lleva como finalidad la búsqueda de determinados objetos que se suponga se encuentran en el lugar que deba ser cateado. El propósito social que lo avala, es preservar el buen orden y la seguridad del estado, motivo por el cual se le encuentra regulado tanto en el Código de Procedimientos Penales, como en el federal de Procedimientos Civiles.

La distinción entre las disposiciones de uno y otro ordenamiento se encuentra en los indicios necesarios para su ejercicio; en un caso cuando existan datos que hagan presumir fundamentalmente la posibilidad de que el inculcado a quien se trate de aprehender, se encuentre en el lugar donde deba llevarse a cabo la diligencia de cateo; en el otro, cuando los objetos materia de dicho cateo sirvan para determinar una responsabilidad, cualquier registro deberá limitarse al hecho que lo motive sin averiguar delitos o faltas en general que pudieran ocurrir solo si se trata de flagrante delito puede efectuarse la detención sin demora y a fin de evitar que resulte difícil o ilusoria una averiguación. Podrán recogerse los objetos cuando resulte necesario su retención, levantándose acta de la cual se anoten todos los delitos para posterior identificación y devolución a quien legalmente proceda, de los objetos retenidos.

Finalmente de lo anteriormente analizado y para ser preciso cabe señalar que la relación existente entre el Artículo 16 Constitucional y la Consignación con Detenido, es básicamente, “El caso de flagrante delito”, cuando solo en esta situación el Ministerio Público Federal puede formular su determinación con detenido, si bien es cierto que el texto Constitucional autoriza a cualquier persona a hacer la detención, en el momento en que sea sorprendido en ejecución del mismo o hasta inclusive cuando sea materialmente perseguido, también lo es que el indiciado debe ser oído en su defensa y no concretarse la autoridad administrativa a realizar su diligencia buscando que necesariamente le sea instruido un proceso y declare en su contra por medios coactivos de intimidación actividad

que desvirtúa la naturaleza de buena fe de la institución y de representación de los intereses de la sociedad, sino inclusive debe brindarse al imputado la opción de defenderse buscando la verdad histórica o real de los hechos, evitando así las consignaciones innecesarias y detenciones injustas mas, aun, cuando se trate de delitos No infraganti, en que la autoridad administrativa detiene sin orden judicial y sin caer en el supuesto de “caso urgente”.

Así en este supuesto el Artículo 14 constitucional, puede tener franca operatividad jurídica, ya que el acto de detención implica necesariamente un acto privativo y no de molestia, pues solo con el impedimento de ejercer un derecho como lo es el de la libertad personal contemplado en el mismo precepto 14 constitucional.

CAPITULO IV

EL DELITO FLAGRANTE Y EL CASO URGENTE

Como ha quedado escrito en el capítulo anterior, la regla general establecida por el Artículo 16 de la Constitución, conforme a la cual solo puede privarse de su libertad a una persona por orden de la autoridad judicial, encuentra el propio artículo dos excepciones: la primera de ellas en los casos de flagrante delito y la segunda la urgencia.

La Flagrancia y la Urgencia son excepciones al principio consistentes en que “No podrá librarse Orden de Apreensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela”, porque atendiendo a lo establecido por la constitución, la privación de la libertad solo es permisible que la decrete la autoridad judicial, quien deberá fundarla en los requisitos señalados por la ley.

“La Flagrancia.- tradicionalmente se ha estimado que existe flagrancia, cuando la persona es sorprendida en el momento de estar cometiendo el delito; sin embargo debido a la evolución natural que ha sufrido el derecho penal, el legislador establece que no solamente debe entenderse por flagrancia el detener al delincuente en el momento mismo de estar cometiendo el delito, sino también cuando después de ejecutado el acto delictuoso, el delincuente es materialmente perseguido de acuerdo a lo establecido en el Artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Existiendo Flagrancia, la detención puede ser realizada por cualquier persona, sea particular o agente de la autoridad, pero con la obligación de poner sin demora tanto al delincuente como a sus cómplices a disposición de la autoridad inmediata y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Los casos Urgentes.- comprende cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado puede sustraerse a la acción de la justicia siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público, podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención fundado y expresando los indicios que motiven su proceder.

A lo mencionado conviene agregar que, tanto la Constitución General de la República (Artículo 16) como los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el federal (Artículo 266 fracción II y 193 fracción I), autorizan a cualquier persona, al Ministerio Público y a la Policía Judicial, en casos de notoria Urgencia, o delito flagrante cuando no haya en el lugar autoridad judicial, a proceder a la detención de los responsables de un delito.

“Debe entenderse que no hay autoridad Judicial en el lugar y existe notoria Urgencia para la aprehensión del delincuente cuando por la hora o por la distancia del lugar en que se practica la detención, no hay ninguna autoridad judicial que pueda expedir la orden correspondiente y existan serios temores de que el responsable se sustraiga de la acción de la justicia (Art. 2668 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal)”¹

De lo anteriormente expuesto en muchas ocasiones la autoridad administrativa, influenciada por la gravedad que presenta el caso, detiene por delitos no flagrantes, si bien lo es que, existe la sospecha lógica de que el comisor del mismo evada la acción de la justicia, también es sostenible que en la actualidad ese tipo de decisiones tomadas por la autoridad administrativa constituye una violación al Artículo 16 Constitucional.

Es factible sostener que para calificar la flagrancia de un delito, es necesario partir de la conducta observada por el sujeto, que detiene, delito cometido en su presencia, no importando en el caso de que intente sustraerse de la acción de la justicia, el tiempo que lleve su persecución siempre y cuando ésta se continúe, en la legislación existe otras circunstancias equiparables al delito flagrante, las que algunos autores mencionan como cuasiflagrancia y presunción de flagrancia que analizare a continuación.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

¹ COLIN SANCHEZ Guillermo.- Derecho Mexicano de Procedimientos Penales 11ª edición, editorial Porrúa S.A. México, 1989 pp157 y 158.

IV.1- CLASES DE FLAGRANCIA

Para una mejor comprensión jurídica es necesario establecer que flagrante significa: “Del delito que se comete ante testigo.. En el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya tenido tiempo u ocasión de huir”²

Flagrancia.- “(Del latín *flagrantia*.) Cualidad de Flagrante.

Flagrante.- (Del latín *flagrans, -antis*) Que se esta ejecutando actualmente, de tal evidencia que no necesita pruebas, en el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir”³

Existen dos supuestos en los que se puede observar y calificar la comisión del delito como flagrante el primero cuando el delito se esta cometiendo (flagrancia) y el segundo en el momento que sigue a la ejecución de este (cuasiflagrancia).

Así por ejemplo el “Doctor Sergio García Ramírez, en atención a los artículos 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito federal y 193 del Código Procesal federal; dice que, la flagrancia es cuando el sujeto es detenido en el momento mismo de cometer el delito.

La cuasiflagrancia, cuando la detención se produce tras de haber perseguido materialmente al responsable sin perderle de vista una vez cometido el delito, y la presunción de flagrancia para el caso de que una vez cometido el delito alguna persona señala a otra como responsable de un delito, y se encuentra en poder del señalado el objeto del mismo delito, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir su culpabilidad”⁴

De aquí como se observa la flagrancia desde el punto de vista de la codificación actual y de su ámbito territorial de aplicación, el Artículo 267 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal establece:

² PALOMAR DE MIGUEL Juan. Diccionario para juristas, ediciones Mayo, S.R.L 1era edición México 1981 p.602

³ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Editorial ESPASA, 21 edición , Tomo Uno, 1992, Madrid, p974.

⁴ GARCÍA RAMÍREZ Sergio , Derecho Procesal Penal, 1ª edición, editorial Porrúa, S.A. México 1974 p 344.

I.- FLAGRANCIA.- Detención del sujeto en el momento mismo de estar cometiendo el delito y,

II.- CUASIFLAGRANCIA.- Es la detención, cuando después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculpaado es perseguido materialmente y:

III.- PRESUNCIÓN DE FLAGRANCIA.- Cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito y se encuentra en su poder el objeto mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad.

Para delitos del orden Federal, el Artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales establece:

- A) FLAGRANCIA.- Detención del indiciado en el momento mismo de estar cometiendo el delito.
- B) CUASIFLAGRANCIA.- Detención del indiciado cuando inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpaado es perseguido materialmente y,.
- C) PRESUNCION DE FLAGRANCIA: Detención realizada cuando alguien lo señala como responsable y se encuentra en su poder el objeto del delito, el instrumento con el que aparezca cometido, o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en la comisión del delito.

Esta ultima muy discutible, ya que si bien se ha afirmado que la flagrancia se determina por el acto de detención, el que debe de ejecutarse en el momento de estarse perpetrando el delito o inclusive cuando es materialmente perseguido el comisor del mismo, la llamada presunción de flagrancia podría llegar a considerarse inconstitucional, pues si bien es cierto que los artículos prevén estos supuestos, tales como el Artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el Artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, lo hacen a

manera de interpretación del mandato constitucional respectivo, es evidente que el mencionado numeral 193 de aplicación Federal es contradictorio de la norma fundamental, ya que lejos de esclarecer el contenido del dispositivo 16 lo distorsiona, distinguiendo sus objetivos totalmente en contra del principio de legalidad y equidad por las siguientes razones:

En primer término el calificativo de flagrante no se determina por el acto de una relación continua de ejecución y persecución, es decir, aunque la persona que haga el señalamiento hubiese presenciado la comisión del delito, si esto no impide la fuga del comisario en el momento de estarse cometiendo el mismo o en el siguiente después de perseguirlo es obvio que no estamos en presencia de flagrancia, requisito fundamental para que tenga tal carácter claramente señalado por nuestra Carta Magna.

En segundo término el hecho de dejar en manos de cualquier persona, tal señalamiento, es una norma de carácter General e Impersonal, pues su ejecución se prestaría a algún tipo de venganza privada, aunque si bien es cierto que la ley exige, que para la detención del sujeto, tenga en su poder el objeto del ilícito (cosa robada, arma etc) o será suficiente con algunas huellas o indicios que hagan presumible su participación en virtud de que en la práctica, se ejecuta primeramente la detención para posteriormente averiguar si existen huellas o indicios y no así la averiguación para resolver la detención, la que desde su comienzo implica una privación de la libertad personal, aunque sea momentánea, aberración jurídica aplicada a la vida común; se detiene para averiguar o se averigua para detener, de aquí regresando a la circunstancia ya planteada, como la que el particular está facultado por la ley para realizar una detención, se justifica hasta cierto grado, pero la reglamentación en turno al señalamiento se va a los extremos, pues se podría detener por delitos no estrictamente flagrantes sino por simple presunción, planteamiento contradictorio a lo establecido por nuestra Constitución y carente de lógica jurídica.

El siguiente ejemplo me servirá para ilustrar el mal uso y aplicación de la fracción III del Artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales:

“La embarcación denominada “BAGRE” navega en aguas nacionales, cuando son detenidos por la Guardia costera de la Marina de los Estados Unidos de América, misma que realiza una revisión de la embarcación y de sus tripulantes con el aparato denominado “ION SCANNER” mismo que sirve para detectar partículas de narcóticos (el que tiene una efectividad del 60 % de verídico), detectándosele altos niveles de cocaína en la embarcación y en sus ropas, por lo que proceden a ponerla a disposición de la Armada de México, la cual da parte a la Representación Social, y misma que por la pura presunción de flagrancia ordena la legal retención de la tripulación, no desprendiéndose nada de su declaración la tripulación es arraigada por treinta días, para que la representación social pueda hacerse llegar mas datos, por lo que se ordena a peritos en materia de química hagan un rastreo de narcóticos a la embarcación con la tradicional técnica utilizada es decir con químicos (ya que no se cuenta en México con aparatos tan sofisticados como el “ION SCANNER”) no encontrando nada, no obstante lo anterior es asegurada la embarcación, y vencido el plazo la tripulación es consignada por posesión, transporte, trafico e Introducción de narcóticos al país con fines de comercio”. Suena muy ilógico que existiendo la pura presunción del hecho delictivo (no existiendo el objeto material) la autoridad administrativa ejercite acción penal (con detenido) a toda la tripulación por una simple presunción no comprobable, pues la referida fracción III del Artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales deja en manos de la autoridad administrativa su libre interpretación, violentando esta muchas de las veces Garantías Individuales de infinidad de personas inocentes, o que si bien son probables responsables estos también gozan de la protección de estas Garantías Constitucionales.

Asimismo pasa con el caso urgente, cuando un probable es presentado ante la autoridad administrativa y esta aun no ha acreditado el Cuerpo del Delito, muchas de las veces para no dejarlo en libertad crea informes falsos de Policía. Modus vivendi falsos del probable, a efecto de decretarle la legal detención, para poder acreditar el Cuerpo del Delito y su probable responsabilidad dentro de las cuarenta y ocho horas que dura esta, violentando igualmente sus Garantías Individuales

IV.2. LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA Y EL DELITO FLAGRANTE.

La función de la autoridad administrativa frente al delito flagrante, se limita tanto constitucionalmente, como desde el punto de vista de la reglamentación secundaria, de tal suerte que partirá del Artículo 21 Constitucional en el que se divide el trabajo de perseguir los delitos e investigar los hechos relativos al mismo, al Ministerio Público y el de Juzgar al órgano jurisdiccional, órgano investigador que en el proceso juega el papel de acusador como institución libre dependiente del Poder Ejecutivo, pues éste acusa en nombre de la nación, labor persecutoria consagrada como tal en nuestro máximo ordenamiento jurídico, el que puede ser traducido por interpretación a realizar investigaciones de los hechos, aunque en sentido riguroso perseguir e investigar no tengan el mismo significado, pues perseguir de acuerdo con el pensamiento del constituyente, se reduce solo a buscar información y datos sobre los delitos para probar la existencia de estos ante el órgano jurisdiccional, e investigación, palabra no incluida en el texto constitucional, no se concreta o debe concretarse al solo hecho de búsqueda sino que por mas amplio debe buscar también una labor hecha por el propio sujeto investigador de procesamiento y valoración, investigación científica perfectamente aplicable a la persecución de los delitos, función otorgada al Ministerio Público , para acabar con el deficiente sistema procesal existente en ese tiempo, basado en un régimen inquisitivo en donde el Juez con igualdad de facultades decidía o inclusive se allanaba a la obtención de pruebas por medio de atropellos y abusos, actividad revolucionaria tomada por el constituyente no por el simple hecho de quitar al juzgador la función persecutoria, y encajarla al Ministerio Público, sino dicha medida contenía un alcance de suma trascendencia en virtud del espíritu innovador que en ese momento surgía, por consiguiente la persecución del delito por parte de la autoridad administrativa se resume en:

- I.- Recibir la denuncia, acusación, o querrela.
- II.- Buscar las pruebas que acrediten el Cuerpo del delito y la probable responsabilidad tendiente a buscar la verdad histórica.
- III.- Ejercer acción penal (Consignación).
- IV.- Solicitar al Juez, en su caso las ordenes de aprehensión cateo o comparecencia (exceptuando los delitos flagrantes o caso urgente).

- V.- Cumplimentar dichas ordenes.
- VI.- Interponer recursos y desistir de ellos cuando proceda.
- VII.- Pedir al Juzgador la aplicación de las penas o medidas de seguridad.
- VIII.- Intervenir en todos los actos del procedimiento siempre en interés de la sociedad.

Ahora bien la noticia del delito encuentra su fundamento en el Artículo 262 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, previendo el proceder oficioso por parte de la Policía Judicial para que esta se aboque a la investigación de los hechos en turno, a la sola noticia del delito, siempre y cuando este sea perseguido de oficio, es por eso que es factible pensar que para este tipo de delitos, el parte de la Policía puede producir efectos jurídicos iguales que los de la propia denuncia, acusación o querrela, como requisito de procedibilidad exigido por la ley.

Con fundamento en el Artículo 274 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que establece “cuando la Policía Judicial tenga conocimiento de la comisión de un delito que se persiga de oficio, solo cuando por las circunstancias del caso, la denuncia no puede ser formulada directamente ante el Ministerio Público, levantara una acta, de la cual informara inmediatamente al Ministerio Público ante quien la que consignara:

- I.- El parte de la Policía, o en su caso, la denuncia que ante ella se haga asentando minuciosamente los datos proporcionados por una u otra;
- II.- Las pruebas que suministren las personas que rindan el parte o hagan la denuncia, así como las que se recojan en el lugar de los hechos, ya sea que se refieran al cuerpo del delito o a la probable responsabilidad de sus autores, cómplices o encubridores, y
- III.- Las medidas que dictaren para completar la investigación.

La autoridad administrativa con la facultad que tiene en la investigación de los delitos iniciara el procedimiento respectivo tendiente al esclarecimiento de los hechos el que puede arrojar la probable comisión de un delito, iniciación de un procedimiento con el levantamiento de un acta de Policía que se hace aún más necesaria cuando exista detenido en virtud de un delito flagrante, pauta que nos da con mayor claridad el Código de Procedimientos Penales en su dispositivo 123 que sostiene:

“Inmediatamente que el Ministerio Público Federal o los funcionarios encargados de practicar en su auxilio diligencias de averiguación previa tengan conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, dictaran todas las medidas y providencias necesarias para: proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas; impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso los instrumentos o cosas objeto o efectos del mismo; saber que personas fueron testigos; evitar que el delito se siga cometiendo, y , en general impedir que se dificulte la averiguación procediendo a la detención de los que intervinieron en su comisión en los casos de delito flagrante.

Lo mismo se hará tratándose de delitos que solamente puedan perseguirse por querrela, si esta ha sido formulada..”, pues este en forma mas objetiva determina los lineamientos a seguir para el caso de delitos flagrantes, todo apoyado por la sola noticia del hecho punible y con el espíritu conservador, por lo que hace a la presumible destrucción o pérdida de los elementos existentes en ese momento, derivados de la comisión del hecho ilícito, hasta el momento se ha observado la flagrancia del delito y la autoridad administrativa, pero se ha pasado por alto mencionar aquel tipo de delitos que solo por la anuencia de la persona idónea, pueden perseguirse, es decir aquellos delitos perseguibles por querrela y al respecto es importante anotar cuando resulte evidente que, también se puede en cualquier momento estar en presencia de un delito flagrante que requiera querrela para su persecución, circunstancia que indudablemente seguirá el mismo camino, que el delito perseguible de oficio, por ejemplo aquel padre que encuentra a su hija menor de 18 años, casta y honesta en el acto carnal y detiene al comisor del delito, poniéndolo sin demora a disposición del Ministerio Público , resulta lógico pensar que en este caso se dan todos los rasgos de la flagrancia en la actividad del sujeto activo, ilícito que se ejecuto en presencia de un testigo, en este caso, el padre, el que tiene toda la facultad para llenar el requisito esencial necesario para la persecución del delito, claro esta que para este tipo de delitos no cualquier persona podrá detener al individuo, pues es requisito fundamental el consentimiento para perseguirlo y que dicho consentimiento provenga de la persona autorizada por la ley para hacerlo.

IV.3.- SUBJETIVISMO DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA Y EL TÉRMINO SIN DEMORA.

Al hacer referencia al subjetivismo que puede predominar en las funciones de la autoridad administrativa, concretamente el Ministerio Público, como órgano investigador de los delitos, lo haré precisamente, por lo que hace a los casos de flagrante delito, señalado a manera de excepción en la Constitución General de la República, dicho subjetivismo es factible percibirlo análogamente a la facultad discrecional de la propia autoridad, sin confundir que el mencionado subjetivismo en el actuar, en los casos de flagrante delito, predomina como ya se ha mencionado, en la apreciación de los hechos, de tal suerte que los mismos reúnan todas las características de un hecho delictivo, el decidir si el supuesto abstracto encaja en el previsto normativo, facultad discrecional que ejercita el Ministerio Público en forma cotidiana lógicamente pero muy exclusivamente atendiendo mas que nada al Derecho penal vigente, en otras palabras, el modo de apreciación de la conducta para adecuarla al tipo, pues bien, esta actividad frente al término sin demora, una vez que se ha detenido al sujeto activo al momento de la ejecución del ilícito o como producto de la persecución, se hace latente. Es importante recalcar para el mayor entendimiento de lo tratado, que primeramente toda actividad humana desarrollada no en forma mecánica sino de acuerdo al punto de vista del ser humano, debe estar empapada de elementos, del elemento subjetividad, necesario en la interacción humana, la actividad de apreciación indiscutiblemente se caracteriza por esa subjetividad, de tal manera que para el tratamiento e interpretación de las leyes hay que tomar en consideración el punto de vista o criterio de cada uno, con la salvedad de no llegar a los extremos, sistema observado en nuestro régimen de derecho pues se marcan los límites a seguir cuidando el principio de legalidad, tal es el caso del término, sin demora mismo que debe ser observado de acuerdo con el Artículo 16 Constitucional del que se desprende que en los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y esta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público”, ante la existencia de dicho supuesto, la autoridad administrativa debe interpretar aunque de manera subjetiva el espíritu del legislador en forma mas que nada positiva y no con el espíritu inquisitivo del que se ha caracterizado hasta la fecha, esto es, el mandato constitucional exige la intervención de la autoridad administrativa no solo para las detenciones emanadas de la

flagrancia en el delito, sino que debe cuidar del principio de legalidad y observancia del mismo, no dejando que el término sin demora, se traduzca en detenciones exageradas e injustas, ya también ha quedado mencionado, que el término, sin demora incluido por el legislador en el texto constitucional no es otra cosa mas que vigilar la inmediatez, una vez que se ha ejecutado la detención y cualquier tardanza observada por el particular que detiene, faltando al término sin demora, debe ser castigable y no consentido, subjetivismo que en este caso una vez mas se contrapone a la Seguridad Jurídica de las personas quedando impunes, la privación de la libertad en forma exagerada.

Continuando con el aspecto subjetivo, como elemento sustancial que embarga las actividades del Ministerio Público, desde otro punto de vista se hace palpable su existencia en aquellos 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, como lo determina el Constitucional en su parte conducente, que faculta a la autoridad administrativa a decretar la detención de un acusado, atribución que no solo se limita a aspectos flagrantes del ilícito, sino que va mas allá invadiendo funciones propias del órgano jurisdiccional, es menester subrayar que dicho ordenamiento contempla de manera inexorable la comisión de delitos cuando hayan elementos suficientes que hagan suponer que el imputado puede sustraerse a la acción de la justicia, subjetivismo comprendido dentro de la propia atribución que se exterioriza, con la mera determinación tomada por el Ministerio Público para privar de la libertad a una persona, que ha cometido algún delito puede conculcar la seguridad jurídica de los individuos, pues es bien sabido que dicha determinación forma parte de las atribuciones del juzgador como órgano al que se somete una relación jurídico procesal de derecho penal, actuando dentro del margen que establece la ley con toda imparcialidad, es factible suponer desde dos diferentes puntos de vista, como lo son el de legalidad y el de experiencia, que si bien la Representación Social puede tener el conocimiento necesario para dictar con todas las diligencias arrojadas en la averiguación previa, una decisión de esta naturaleza, tal actividad puede rebasar el marco jurídico establecido, o que si bien dicha facultad puede estar permitida por la legislación, también puede el funcionario encargado de la

averiguación, carecer del conocimiento suficiente para tomar este tipo de decisiones, dejando en sus manos inexpertas, uno de los valores primordiales de la sociedad como lo constituye, la libertad personal, no con ello quiero afirmar que el Agente del Ministerio Público que conozca y tome dicha determinación sea un inepto, sino que solo puede carecer de la experiencia necesaria por no ser esa atribución de las que le corresponda tomar, subjetivismo una vez mas captado en el trabajo desempeñado por el órgano investigador de los delitos, el que puede llevar en la última de sus consecuencias la realización de actos arbitrarios violatorios de las garantías individuales.

IV.4.- EL CASO URGENTE.

La facultad del Ministerio Público para ordenar la detención del indiciado en casos urgentes fue introducida en los párrafos quinto, sexto y séptimo del Artículo 16, con motivo de la reforma constitucional de 1993.

De acuerdo con el párrafo quinto, para que el Ministerio Público pueda ordenar la detención de una persona se requiere que se satisfagan las siguientes condiciones:

1.- Que se trate de delito grave así calificado por la ley. Los artículos 194 del Código Federal de Procedimientos Penales y 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito federal, de acuerdo con el texto de reformas publicadas en el Diario Oficial de la federación del 10 de enero de 1994, califican cuales delitos se consideran graves para este fin. Los Códigos de cada estado deben prever que delitos del orden común, son considerados graves dentro de un territorio para este fin.

2.- Que exista riesgo fundado de que el indiciado puede sustraerse a la acción de la justicia. Este riesgo tiene que fundarse en hechos o circunstancias objetivas de las que se deduzca efectivamente que aquel existe, por lo que no podrá basarse exclusivamente en apreciaciones subjetivas de la autoridad que ordena la detención.

3.- Que por razón de la hora, lugar o circunstancia el Ministerio Público no puede ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar la Orden de Aprehesión. Esta condición se traduce en dos

requisitos: uno de carácter negativo, consistente en que por la hora, el lugar, alguna otra circunstancia (similar) que efectivamente lo justifique, exista imposibilidad para que el Ministerio Público ocurra ante la autoridad judicial; el segundo requisito es de carácter positivo y consiste en que el Ministerio Público, fuera de estas circunstancias debe estar en condiciones efectivas de solicitar la orden judicial de aprehensión, en los términos previstos en el párrafo segundo del Artículo 16 Constitucional.

Una vez ejecutada la orden de detención, el Ministerio Público tiene un plazo de cuarenta y ocho horas para consignar al detenido a la autoridad judicial, en su defecto, para ordenar su libertad. Este plazo puede duplicarse, señala el párrafo séptimo del Artículo 16 constitucional, en aquellos casos que la ley prevé como delincuencia organizada. El Artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales considera como casos de delincuencia organizada, “aquellos en los que tres o mas personas se organizan bajo las mismas reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos alguno de los delitos” que se indican en el mismo precepto.

El texto reformado del Artículo 16 se conserva la regla general de que solo se puede privar de la libertad por causa penal, mediante una orden judicial de Aprehensión; y que frente a esta regla general, la detención en delito flagrante o por orden del Ministerio Público, son las excepciones autorizadas por dicho precepto. El carácter excepcional de la flagrancia deriva de su propia naturaleza: lo normal no es que se sorprenda al indiciado en el momento de cometer el crimen o inmediatamente después, cuando es perseguido materialmente o cuando alguien lo señale como responsable y se encuentre en su poder el objeto o los instrumentos del delito o indicios que hacen presumir su intervención. Lo normal es que el autor del delito no es sorprendido en *in fraganti*.

Pero es bien cierto que la orden de detención debe tener un carácter excepcional. Ello lo confirma el simple enunciado del referido párrafo quinto “Solo casos Urgentes...” y las tres condiciones antes referidas, especialmente la tercera. Si solo por razón de la hora, el lugar u otra circunstancia similar el Ministerio Público no puede acudir a la autoridad Judicial a solicitar la Orden de Aprehensión, ello significa, sin lugar a dudas, que debe tener satisfechos todos los

requisitos que establece el párrafo segundo del propio Artículo 16 para solicitar la Orden de Aprehensión, particularmente los datos que acrediten el Cuerpo del Delito y hagan probable la responsabilidad del indiciado, pues de otra forma no tendría para que acudir a la autoridad judicial, como debería poder hacerlo si se tratase de otra hora, lugar, o circunstancia similar.

CAPITULO V.

**VIOLACIONES CONSTITUCIONALES COMETIDAS EN
EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.**

V.1- CONCEPTO DE VIOLACION CONSTITUCIONAL.

En su sentido genérico la violación implica una lesión dirigida a una norma, en este caso externa, de observancia obligatoria e impersonal.

Si bien es cierto la violación se puede percibir en algunos otros campos, que no fuere precisamente el derecho, también lo es que se debe abordar el término desde el punto de vista del interés en el aspecto jurídico, circunstancia ésta que se hace necesaria en el campo profesional de nuestra carrera, pues bien se ha dicho que para tener algún tipo de violación se debe precisar la norma jurídica esencialmente en su sentido mas amplio, por cuanto hace a su aplicabilidad, acordes a regular la conducta social de los individuos y en su sentido mas concreto, a determinar la actividad externa de cada uno de nosotros, norma producto de la exteriorización concreta del derecho, de acuerdo y por ende al espíritu de la justicia, fin ultimo del orden jurídico que impone deberes o confiere derechos, en síntesis regula el comportamiento de los individuos.

La violación constitucional tomando como premisa lo escrito anteriormente, conlleva una acción externa que lesiona en una relación causa-efecto, la norma fundamental en la que descansa el régimen político establecido, en una palabra la violación es traducida en la transgresión o infracción de una norma constitucional que en el presente caso se ve conculcada.¹

No se debe confundir aun cuando se peque de extremista a subestimar el hecho de que al referirse por violación constitucional, que dicha transgresión sea permitida por la ley, y menos aun que sea constitucional, sino que se debe enfocar al efecto producido por tal, en detrimento de la norma fundamental

Con la frase "Violación Constitucional", se entiende consecuentemente la acción de quebrantar algún precepto contenido en la Constitución, ahora bien se ha manifestado que exclusivamente el concepto "violación" se reduce a la acción de transgredir una norma jurídica la que puede ser la propia constitución en todos y cada uno de sus preceptos, pero hablando mas concretamente y por lo que se refiere a las garantías de seguridad jurídica que otorga al

¹ PALOMAR DE Miguel Juan, Diccionario para Juristas, ediciones MAYO S.R.L. 1ª edición, México 1981.p1407.

gobernado, existen violaciones que pueden ir en detrimento de la propia persona, violación que no solo se puede considerar de negativa, ya que no solo se encamina a quebrantar la propia constitución, sino que lesiona las garantías primordiales concedidas al particular, consecuentemente se convierte en la ofensa a los Derechos Constitucionales de los Individuos y a su vez en el quebrantamiento de la norma fundamental. (Violación Constitucional).²

V.2.- CONSIGNACION CON DETENIDO.

La consignación como determinación procedimental tomada por el Ministerio Público en la Averiguación Previa y que afecta de manera íntima la libertad física de los individuos, encuentra su base primordial en nuestra Constitución en virtud de que como lo es bien sabido, uno de los derechos esenciales del hombre en nuestra legislación, lo es la libertad, relación de derecho penal procesal entre el estado y el probable responsable de un delito.

En el presente inciso me concretaré a observar desde otro punto de vista diverso al expuesto con anterioridad, la acción penal ejercida por la autoridad administrativa, como fuerza generadora a la aplicación del derecho penal.

Pues bien se ha manifestado de que la violación Constitucional es el quebrantamiento de la norma fundamental y que la consignación con detenido puede reducirse a la aplicación debida de la ley cuando por estricto apego a la Constitución, se detiene a un individuos que se presume haber cometido algún ilícito penal, claro esta que con estricto apego a la constitución, quiero decir con todos y cada uno de los elementos plasmados en nuestra Carta Magna que se hacen consistir en los también mencionados con anterioridad, como el de la Flagrancia, cuasiflagrancia y flagrancia de la prueba.

Ahora bien, partiendo del supuesto caso en que para la debida integración de la Averiguación Previa, fase preparatoria de la acción penal, se ordena la detención de alguna persona y ante tal detención existan los elementos de procedibilidad, dicha detención así como la determinación de consignación, caerán casi siempre y así me atrevo a decirlo en la Violación

² PALOMAR DE Miguel Juan. Op. Cit. p1407-

Constitucional, pues tal como lo menciona la propia norma fundamental, la detención debe darse en el acto seguido a la comisión de algún delito, y si se ordena la detención por la autoridad administrativa, resulta lógico pensar que la relación no guarda continuidad alguna, ya que sería en todo caso para ordenar dicha detención premisa indispensable, la noticia del delito y que dicho delito sea perseguible de oficio.

Este ejemplo menos grave que el de detener para investigar situación en la que se ve mas agudizada la Violación constitucional, ya que ante tal detención no existe elemento alguno que justifique la privación de la libertad por parte de la autoridad administrativa y mas aún, si se toma en consideración que el Ministerio Público forma parte de la relación procesal como órgano acusador, claro es que al integrar la averiguación previa funciona mas que nada como autoridad, ello no lo faculta para efectuar determinaciones sin elementos de convicción siempre apegados a la ley para ordenar la mencionada detención, aun cuando exista el temor de que el probable responsable se sustraiga a la acción de la justicia.

Desde el punto de vista de la violación que puede constituir la detención de una persona dentro de la fase de la Averiguación Previa, es que dicho acto lesiona inicialmente el derecho que tiene el particular mismo que se encuentra tutelado en la norma fundamental, es decir, el acto lesivo emana de la determinación tomada por la autoridad administrativa y que dicha determinación constituye el quebrantamiento del precepto constitucional, lo que se puede considerar en segundo término, es el aspecto humano, ya que primero va a lesionar el derecho del propio individuo, el que puede atentar incluso en contra de la integridad física, ya que en virtud de la detención es innegable que pueda darse el elemento coacción. Por otra parte se puede colocar el acto lesionador, si se observa desde el punto de vista jurídico, ya que toda vez que se resume en el quebrantamiento de nuestro máximo ordenamiento el que es de observancia general, norma que busca el equilibrio social, ordenamiento que se ve agredido con el acto generado por la propia autoridad, equilibrio que a su vez se traduce en inestabilidad e injusticia, circunstancia esta que puede incluso llegar a ser sometida a un Juez Penal, pero no deja de constituir una violación, ya que en el peor de los casos cuando definitivamente existen elementos suficientes que hacen probable la responsabilidad del inculpado así como esté acreditado el Cuerpo del Delito, con ello quiero decir que no deja de ser una Violación Constitucional la detención de un

individuo aun cuando existan los elementos necesarios para su consignación, ante los tribunales sin la existencia de flagrancia, vicio que puede llegar hasta el órgano jurisdiccional alejándonos con ello del estricto apego a la ley.

V.3.- CONSIGNACION SIN DETENIDO.

A diferencia de la consignación con detenido, es bien sabido que existe otra determinación tomada por la autoridad administrativa, una vez reunidos los elementos exigidos por la ley, para tal dicha determinación, es por lo que ejercita acción penal en contra del probable responsable, comisario de algún ilícito penal, claro está que dicha consignación ha de realizarse sin poner a disposición del órgano jurisdiccional al presunto responsable por ausencia de este, ya sea por haberse sustraído de la acción de la justicia, ya sea por la sola resolución del titular de la Agencia del Ministerio Público que la ejercita por considerar que existen los suficientes elementos para ello, elementos que obviamente han sido arrojados por la Averiguación Previamente efectuada.

La palabra consignar proviene “del latín consignare; de cum, con y signare, señalar en materia penal, poner a disposición del Juez”.³

De la definición anterior se desprende por consiguiente que la consignación ante el Juez por parte del Ministerio Público y en ausencia de la persona presuntamente responsable ha de realizarse únicamente de todas aquellas pruebas reunidas por el Órgano investigador en virtud de las cuales solicita el libramiento de la Orden de Aprehesión respectiva. En nuestro régimen de derecho lo anterior encuentra su principal fundamento en el texto Constitucional, concretamente en lo dispuesto por el Artículo 21, ya que encomienda la persecución de los delitos al Ministerio Público y a la Policía Judicial la que estará bajo el mando de aquel.

Pues bien es importante subrayar que a contrario sensu a diferencia de la consignación con detenido, que exige como requisito fundamental de su operatividad el elemento flagrancia, la consignación sin detenido ha de obtenerse no siempre, pero si en la mayoría de las veces de la no

³ PALOMAR DE Miguel Juan. Op. Cit. p306.

flagrancia en la que una vez reunidos los llamados requisitos de procedibilidad y ya cuando el órgano jurisdiccional tenga en su poder las actuaciones del Ministerio Público, dictara un auto radicando el asunto que se ventila y resolverá sobre su competencia, para el caso de que con la autoridad administrativa no hubiese aportado las pruebas necesarias; las ofrecerá fijándose las fechas en el acto del Ejercicio de la Acción Penal, para el desahogo de estas, hecho lo cual, con pedimento de la autoridad administrativa solicitando del Juez Orden de Aprehensión respectiva, para el caso de la sanción correspondiente al ilícito que se imputa al probable responsable sea privativa de la libertad, o de comparecencia cuando el ilícito se sanciona con pena alternativa o con otra diversa, la Orden de Aprehensión librada por el Juez al que haya sido consignada la averiguación, deberá estar en forma de mandamiento escrito fundada y debidamente motivada y con expresión de los indicios que motiven la necesidad de la detención del indiciado. Es decir se requiere el pleno cumplimiento de los supuestos del párrafo primero del Artículo 16 Constitucional, por otro lado se ordena a la Policía Judicial y solo a esta, la realización de la captura del sujeto activo disponiendo asimismo su internación al establecimiento preventivo en el que deberá quedar en tanto se resuelva su situación jurídica, Policía Judicial que deberá en todo caso y efectuada, que sea la detención del indiciado, notificar a la autoridad ordenadora de tal, la cumplimentación de la misma.

Ahora bien es importante recalcar que la Orden de Aprehensión en forma de mandamiento escrito, deberá contener el nombre o apodo de la persona que ha de aprehenderse, su media filiación como complemento; el domicilio de este si consta en el expediente, con fundamento mencionar expresamente el delito que se imputa, el que deberá adecuarse al hecho ilícito (motivación), finalmente el nombre y firma del Juez que la ordena, la fecha y el lugar de su expedición.

Obviamente y previa al lineamiento de esta orden, el Juez estudiará y valorará las pruebas aportadas por la autoridad administrativa, hecho lo cual, resolverá si libra o no la misma.

De ahí que la función de la Policía Judicial es de gran importancia en la persecución de los delitos, pues se le encomienda la investigación de los hechos que dieron lugar al ilícito punible.

V.4.- REQUISITOS PARA LA ORDEN DE APREHENSION.

Uno de los actos que mas trascendencia tiene como ya lo he señalado anteriormente, es el relativo a la Orden de Aprehensión, en atención de que con ella se afecta el derecho fundamental de la libertad personal. A esa trascendencia, se debe que tanto en la constitución como en el Código Federal de Procedimientos Penales, se precisan los requisitos indispensables que las autoridades judiciales deben considerar para que puedan conceder una orden de aprehensión, sin incurrir en responsabilidades, siendo esos requisitos en lo esencial:

- a) Que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, y sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad.
- b) Que este comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal.
- c) Que el Ministerio Público la solicite.
- d) Que conste en mandamiento escrito.
- e) Que la dicte una autoridad competente, Juez.

Fuera de los casos de flagrante delito, en el que cualquier persona esta facultada para llevar a cabo la detención del indiciado con la obligación de ponerlo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y esta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público, únicamente la autoridad judicial esta facultada para decretarla; y solamente 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 de la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá bajo su responsabilidad, ordenar su detención fundado y expresando los indicios que motiven su proceder.

Esa excepción se justifica, si se considera que con ella se trata de evitar que los delitos queden impunes, como sucedería de no concederse, ya que la falta de autoridad judicial que pudiera ordenar oportunamente esta en los casos señalados permitiría a los responsables eludir con facilidad la acción de la justicia; en la inteligencia de que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, también determina que se entiende que no hay autoridad judicial y existe notoria urgencia para la aprehensión del delincuente, cuando por la hora o por la

distancia del lugar en que se practique la detención, no hay ninguna autoridad judicial que pueda expedir la orden correspondiente y existen serios temores de que el responsable se sustraiga a la acción de la justicia.

V.5 EL PLAZO PARA CONSIGNAR.

“La averiguación previa se puede definir como la fase del procedimiento penal o etapa procedimental, durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal”⁴

Eta que abarca según se desprende del artículo 16 Constitucional de la noticia misma del delito que puede darse bajo la forma de denuncia, acusación o querrela, o simplemente con el conocimiento de este hecho por parte de la Policía, hasta que toma conocimiento el Juzgador, precisamente su auto de radicación, resolución con la cual se abre el proceso penal correspondiente, es bien sabido que en este periodo la autoridad administrativa se encarga de efectuar todas aquellas diligencias tendientes a reunir los elementos necesarios para ejercitar la acción penal con o sin detenido, pero ¿qué hay sobre el término que tiene dicha autoridad para efectuar esta función?.

Nuestra Constitución actualmente señala que para la integración de la Averiguación Previa con detenido, el Ministerio Público tiene un plazo de 48 horas para su integración y en su caso para la consignación de acuerdo a lo señalado por el artículo 16 Constitucional 268 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

“Artículo 268 bis CPPDF En los casos de delito flagrante y en los casos urgentes ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por mas de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de autoridad judicial ”.

⁴ OSORIO Y NIETO Cesar A. Las averiguación Previa, 10ª edición, Editorial Porrúa S.A. México 1999. P 4.

“Artículo 194 bis CFPP En los casos de delito flagrante y en los urgentes ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por mas de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad Federal”.

Este término de las 48 horas debe correr a partir del momento en el que indiciado es puesto a disposición del Ministerio Público, existiendo una excepción, en cuyo caso el plazo para la integración de la Averiguación Previa con detenido podrá duplicarse hasta 96 horas.

Solo cuando se trate de DELINCUENCIA ORGANIZADA; entendiéndose a esta cuando tres o mas personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por si o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos tales como: Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero contra la salud; falsificación o alteración de moneda, previsto en los artículos 234, 236 y 237; Operación con Recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis, Acopio y Trafico de Armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; Trafico de Indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población; Trafico de Organos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud, Asalto previsto en los artículos 286 y 287; secuestro previsto en el Artículo 366; Trafico de Menores previsto en el Artículo 366 ter y Robo de vehículos previsto en el artículo 381 bis de el Código Penal para el Distrito Federal y el Código Penal Federal.

Bajo tales supuestos no se vale la detención (entendiendo como ésta a la realizada por orden directa del Ministerio Público) de gobernados que hayan participado en hechos delictivos no violentos o en asociaciones de escaso grado de desarrollo que no afecten los bienes fundamentales de la colectividad, la salud y seguridad publica.

Sin embargo, cabe hacer mención que a pesar de lo antes expuesto el Representante Social rebasa el límite Constitucional de las 48 horas y en forma por demás evidente, para la elaboración de la Averiguación Previa, sin encontrarse dentro del supuesto en el que puede rebasarse este plazo.

Originando por consiguiente una detención prolongada y en general una coacción física y moral sobre el detenido, para lograr su confesión; y poder llevar a cabo su consignación.

V.6.- VIOLACIONES COMETIDAS POR EL MINISTERIO PÚBLICO COMO ORGANO ORDENADOR.

Se ha manifestado que la violación es una contravención a alguna norma jurídica y que las violaciones siempre deben emanar de una autoridad con poder de decisión, ello atendiendo que si la violación se enfoca a perjuicio de la colectividad, es decir para aquellas violaciones cometidas en este caso por la autoridad administrativa dentro de su función investigadora; existen limitaciones aunque no categóricas, sino derivadas para labor efectuada por el Ministerio Público, como órgano ordenador frente a la libertad de los individuos; tales limitaciones encuentran su base fundamental, en la Constitución que nos rige, y concretamente en el Artículo 16, ya que no puede librarse Orden de Aprehensión o Detención, a no ser por la autoridad judicial, una vez que se hayan reunido los requisitos de procedibilidad siempre y cuando el delito se sancione con pena privativa de la libertad, es evidente que resulta en este sentido la prohibición tajante, pues ya que siempre será una autoridad con carácter judicial la que ordena la Detención o Aprehensión de las personas, pero mas adelante, inserto en el propio Artículo 16, se establecen las siguientes excepciones, como lo es el de los casos de delito flagrante y los casos urgentes. Esta segunda excepción, pudiera resultar clara hasta cierto punto ya que es obvio que exista temor fundado del que el probable autor del ilícito penal evada la acción de la justicia, pero también resulta esta misma excepción discordante con la realidad actual, dados los avances realizados a la fecha, con ello quiero decir que cada día se cuenta con el establecimiento de mas órganos jurisdiccionales, de tal suerte que dicha excepción es cada día mas inoperante, sino es que totalmente fuera de uso; el Ministerio Público es un órgano que cuenta con poder de mando y decisión, esto es, reúne las características inherentes a lo que es una autoridad, lo anterior dentro de la fase de Averiguación Previa, que es la que nos interesa, ya que es de sabida cuanta que ya ante el órgano jurisdiccional funciona como parte en la relación procesal-penal, dicha autoridad al estar dotada con facultades podrá ser ella y siempre ella la que dentro de la fase de averiguación previa pudiese ordenar (bajo su mas estricta responsabilidad), la detención de una persona, ya que no podrá ser la autoridad judicial la que lo haga, si ni siquiera se hubiere ejercitado la acción penal en su contra, pero

alejando al margen la excepción constitucional mencionado, así como el de la flagrancia en la comisión de los delitos, para observar aquellos casos en que sin existir flagrancia alguna y dentro de la jurisdicción de algún órgano judicial que pudiera resultar competente, el Ministerio Público ordena la detención de algún indiciado que se presume cometió algún delito, sin que puedan negarse tales sucesos en la vida común, pues si de derecho no existen o no deben existir, en la realidad si tienen lugar, como por ejemplo es bien sabido que el Ministerio Público tiene bajo su mando inmediato a la Policía Judicial, la que empezara su labor al girársele órdenes de presentación o investigación, misma que tendrá lugar ante la autoridad administrativa que la requirió, presentaciones que muchas veces culminan con la detención de la persona para su posterior consignación, violando claramente alguna de las garantías de seguridad jurídica consagradas en los artículos 14 y 16 Constitucionales, invadiendo con ello funciones propias del órgano jurisdiccional por lo que igualmente encuentra contraposición con el Artículo 21 del mismo ordenamiento supremo en el que delimitan las funciones de cada órgano, precepto que continua diciendo mas adelante; "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 36 horas, pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente que no excederá en ningún caso de 36 horas".

Es claro el espíritu del legislador por lo que se refiere a la delimitación de funciones que competen al órgano jurisdiccional y a la autoridad administrativa, ya que se faculta a esta ultima a la imposición de multas o en su derecho a arrestos para infracciones a reglamentos gubernativos o de policía y solo para ellos, aún cuando resulta contradictorio por parte del legislador el establecer un limite de 36 horas para el arresto y asimismo un término que en ningún caso podrá exceder de 36 horas.

Se ha tocado el punto de las detenciones cometidas en virtud de la Orden de Presentación girada a la Policía Judicial en auxilio del Ministerio Público, como órgano ordenador, pero es también latente que corran la misma suerte las personas que acuden a la práctica de diligencias ante la autoridad administrativa, en virtud de que, es bien sabido que el Ministerio Público para reunir los elementos y pruebas necesarias se puede valer de medios como citaciones para lograr

las comparecencias de las personas, la que en muchas de las ocasiones culmina con su propia detención con carencia de flagrancia alguna sin existir la circunstancia del temor de la sustracción de la acción de la justicia del indiciado.

Con el acto de autoridad en estos supuestos puede resultar atentatorio de las garantías de los individuos, podría caber como solución a tal; el juicio de amparo, en virtud de que se trata de actos emanados de un órgano con facultad de mando y decisión que puede considerarse como un acto reclamado negativo dentro de ese campo ya que consiste en omisiones o hechos negativos de las autoridades señaladas como responsables, pero es evidente que ello no resulta una manera radical directa y efectiva, para acabar con este tipo de arbitrariedades, sino que la posible solución es que si el mal viene desde su base es que cabe acatarse desde su origen y no esperar pacientemente que tenga lugar el acontecimiento lesionador, de ahí que únicamente es posible enfocar de manera muy subjetiva el aspecto violatorio en que puede incurrir la autoridad administrativa como órgano ordenador de sus propias determinaciones y no desde el punto de vista objetivo ya que si bien es cierto, existen plasmadas garantías de seguridad jurídica otorgadas a los gobernados en nuestro máximo ordenamiento, también lo es que, en el mismo se deja a rienda suelta la actividad del Ministerio Público en la fase de la Averiguación Previa.

V.7.-VIOLACIONES COMETIDAS AL EJECUTAR LA ORDEN DE APREHENSION.

Es bien sabido que todas las ordenes de aprehensión deben emanar de la autoridad judicial con excepción de los casos urgentes, según mandato constitucional, el que también regula que la encargada de ejecutar las mismas será la Policía Judicial la que incurrirá en violaciones para el caso de que en el acto mismo de la ejecución se contraponga a lo establecido en la ultima parte del Artículo 19 Constitucional, que dispone “Todo maltrato en la aprehensión 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.”

Es innegable que la práctica seguida por nuestra policía es claramente arbitraria, pues mediante el mandato judicial se vale para ejercer violencia innecesaria muchas veces en la persona del imputado.

Cabe hacer mención que en la mayoría de los casos al no presentar resistencia los sujetos que van ser aprehendidos, la Policía con lujo de violencia ejecuta estas, utilizando métodos hasta cierto punto inhumanos, procurando no dejar lesiones evidentes en las persona del detenido, además de la clásica extorsión de que son objeto.

Ahora bien profundizando en el maltratamiento cometido al ejecutar la orden, se desprenden los siguiente cuestionamientos como el de saber ¿Cuándo es posible probar su existencia? ¿Qué hay de los efectos y consecuencias que pudieren acarrear este tipo de practicas totalmente contraria al mandato constitucional?.

Ante tales circunstancias se debe tener presente que es difícil tratar de probar la coacción física a que es sujeto el detenido, en virtud de que los esfuerzos encaminados para combatirlos se ven afectados por la negligencia de la propia autoridad para tomarlos en consideración.

Sin embargo es necesario señalar que resulta aun mas difícil tratar de probar el daño moral ejercido por la policía.

Por otro lado desde el punto de vista procedimental es factible, que al momento posterior de la ejecución de la aprehensión se origine otra violación en los derechos del individuo detenido, sino se pusiera al inculpado a disposición del juez que libro la orden, sin dilación alguna.

Finalmente muchas de la veces la Policía Judicial al ejecutar una Orden de Aprehensión traslada al detenido a su comandancia a efecto de realizar su parte informativo, y no lo pone a disposición inmediata del Órgano Jurisdiccional, lugar en donde el aprehendido es sometido a violencia física o moral y despojado muchas de las veces, de su patrimonio

Otras de las veces no la cumplimenta, porque solicita o recibe indebidamente para si o para otro dinero o acepta una promesa para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones, incurriendo por tanto en el delito de cohecho.

V. 8 .- INCOMUNICACIÓN.

“Es la acción y efecto de incomunicar o incomunicarse; aislamiento temporal de procesados o de testigos. Ahora bien, incomunicado se traduce como el participio pasivo de incomunicar, segundo que no tiene comunicación; se dice de los presos cuando no se les permite tratar con nadie de palabra ni por escrito”⁵. La medida de incomunicación tomada por la autoridad administrativa en la persona del detenido se enfoca mas que nada a dos fines que se puede considerar como positivo y negativo; el primero, se dirige para evitar a toda costa que al sujeto aprehendido se le asesore sobre lo que ha de decir al rendir su declaración evitando así, como esta medida el desvanecimiento de rastros e indicios que pudieren llevar al conocimiento de la verdad real o histórica de los hechos en virtud de ello también suponemos que resulte un tanto falsa dicha apreciación, toda vez que el sujeto incomunicado se ve constreñido a declarar inclusive en su contra falseando la verdad de los hechos, lo que se puede considerar el aspecto negativo de la incomunicación, es decir, el sujeto al verse totalmente aislado embargado de la incertidumbre y el miedo se da a la pretensión ejercida por el propio denunciante u ofendido del hecho que dio origen a ello, por otra parte, es innegable que el sujeto Detenido tiene el derecho de la defensa, derecho que se encuentra previsto en el penúltimo párrafo del Artículo 20 Constitucional que dice “Las Garantías previstas en las fracciones I, V, VII, y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y limites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.”. Tras la reforma de 1993, la fracción IX establece el derecho a una adecuada defensa, criterio que guiara la calificación de la defensa para establecer si el proceso se ha desarrollado debidamente o si existe causa para anular actuaciones; en virtud de que el acusado no contó con la defensa adecuada que la Constitución estipula.

⁵ PALOMAR DE Miguel Juan, Op, Cit pp. 702 y 703.

Con tal disposición no es factible pensar que sí el sujeto se encuentra incomunicado, podrá ejercer ese derecho, por eso dicha medida resulta claramente injusta y alevosa por parte de la autoridad y lejos de llevar adelante el principio de legalidad para la apreciación de la verdad, se distorsiona la verdad de los hechos, circunstancia que se ve más agudizada para el caso de que esta incomunicación sea en un plazo excesivo.

La fracción II señala que el acusado “no podrá ser obligado a declarar”, y acto seguido prohíbe y sanciona la incomunicación, la tortura y la intimidación que es a menudo una forma de tortura, esto nos coloca en el terreno de las declaraciones que puede producir el inculpado en el procedimiento, y particularmente la mas relevante y comprometedora, que es la confesión. Esta consiste, dicho en forma sintética, en el reconocimiento que hace el inculpado sobre su participación en el hecho delictuoso. En consecuencia a través de la confesión el sujeto admite ser autor o cómplice en el delito.

Por lo anteriormente expuesto es por lo que queda prohibido cualquier forma de incomunicación, intimidación o tortura, prohibición que alcanza a todos los servidores públicos, con funciones de autoridad en la tramitación de los procesos penales y que por disposición del penúltimo párrafo del Artículo 20 Constitucional se extiende también los que la ejerzan en la integración de la averiguación previa, como son los agentes del Ministerio Público y la Policía Judicial .

Consecuentemente se concluye que la incomunicación se encuentra tipificada en nuestra ley fundamental y en la legislación secundaria.

CONCLUSIONES.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Para lograr una mejor convivencia social así como una mayor armonía entre gobernantes y gobernados no bastan las leyes y los derechos que estas reconocen y conceden, lo que hace falta es una autentica capacitación de las personas que tienen a su cargo la aplicación de la ley (desde Agentes de la Policía Judicial, hasta jueces y magistrados).

SEGUNDA.- El Ministerio Publico al concluir la Averiguación Previa puede tomar las siguientes determinaciones: el ejercicio de la acción penal (consignación), el no ejercicio de la acción penal, la reserva, o el archivo, tomando en cuenta la normatividad procedimental y en ningún caso debe permitírsele el uso de facultades discrecionales.

TERCERA.- Únicamente se admiten como formas constitucionales de privación de la libertad la orden de aprehensión, dictadas por la autoridad judicial, la retención en caso de delito flagrante, la detención en casos urgentes este ultimo caso solo tratándose de delitos calificados como graves, por lo que toda detención que se realice en supuestos diversas a las anteriores es inconstitucional (se debe averiguar para detener y no detener para averiguar).

CUARTA.- Toda actuación subsiguiente a una detención violatoria de garantías será inconstitucional, pues al estar viciado el origen todo lo que de el se desprenda lo estará también, y por lo tanto todo estará viciado de nulidad absoluta.

QUINTA.- Por delito Flagrante se justifica la detención únicamente cuando se sorprenda a la persona al momento de cometer el delito cuando es materialmente perseguido inmediatamente a la comisión del mismo. No se acepta desde mi punto de vista la presunción de flagrancia en virtud de que debido a sus interpretaciones se puede llegar a caer en la arbitrariedad "o la fabricación de flagrancia"

SEXTA.- Debe reglamentarse en que momento empieza a correr la legal retención del inculpado ya que muchas de las veces a la autoridad administrativa se le acaba el termino constitucional para ejercer acción penal y tiene que dejar en libertad con las reservas de ley al inculpado, para no incurrir en responsabilidad.

SEPTIMA.- Debe reformarse la fracción III del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, ya que muchas veces con la sola presunción de un hecho delictivo la autoridad administrativa puede violentar las Garantías individuales de muchas personas inocentes, con testigos falsos, llamadas anónimas, informes falsos de Policía, etc.

OCTAVA.- Es Inconstitucional el ejercicio de la acción penal con detenido por ausencia de flagrancia o notoria urgencia, muchas de las veces se llega a decretar la detención a través de informes de la Policía Judicial apócrifos, así como modus vivendi manipulados por los mismos para tratar de demostrar el caso urgente.

NOVENA.- Si la detención legalmente realizada excede los plazos establecidos en el artículo 16 constitucional, igualmente provocara la inconstitucionalidad del ejercicio de la acción penal y de todos los actos consecuentes en virtud de que se trataría de una detención que por su duración se tomaría inconstitucional.

DECIMA.- Es necesario que en toda detención el indiciado tenga defensor aun cuando se haya negado a nombrarlo, pues en este caso el Agente del Ministerio Público, deberá designarlo de oficio.

DECIMA PRIMERA.- Prohibición estricta de toda incomunicación de conformidad con nuestra carta magna, con el establecimiento de fuertes sanciones para las autoridades que la ejerciten o la permitan.

DECIMA SEGUNDA.- Tomar en consideración que la aparente sinonimia no existe entre el concepto de presunto y probable, ya que cuando se hable de presunto, el Estado esta Juzgando con dolo y tajantemente afirmando algo como verdad; mientras que la probable es aquello sobre lo cual existen buenas razones para pensar que sucederá o se verificará pero sin afirmar.

BIBLIOGRAFIA

Editorial Porrúa S. A México 1968

- OSORIO Y NIETO CESAR A.** **LA AVERIGUACIÓN PREVIA**
Décima Edición, Editorial Porrúa S. A 1999.
- OSORIO Y NIETO CESAR A.** **LA AVERIGUACIÓN PREVIA**
Segunda Edición, Editorial Porrúa S.A 1983
- PADILLA JOSÉ R.** **SINOPSIS DE AMPARO**
1er Volumen, 2da Edición
Editorial Cárdenas, México 1978
- RIVERA SILVA MANUEL** **EL PROCEDIMIENTO PENAL**
Onceava Edición, Editorial Porrúa S. A 1980
- SOTO GORDOA IGNACIO** **SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO**
Primer Volumen, Editorial Porrúa, S. A 1959
- VELA TREVIÑO SERGIO** **ANTI JURICIDAD Y JUSTIFICACIÓN**
Editorial Porrúa, S. A 1982

DICCIONARIOS

- ESCRICHE JOAQUIN** **DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.**
Nueva Edición.
Librería De Roa Y Bourel.
- PALOMAR DE MIGUEL JUAN** **DICCIONARIOS DE JURISTAS**
Primera Edición, Editorial Mayo 1981.
- PALLARES EDUARDO** **DICCIONARIO TEORICO Y PRACTICO DEL JUICIO DE AMPARO.**
1er Volumen
Editorial Porrúa S. A 1967
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. UNAM.** **DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO.**
Porrúa S. A 1995
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA** **DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. VIGESIMA PRIMERA Edición.** Editorial Espasa Madrid 1992.

LEGISLACIÓN.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Ultima Edición Editorial Porrúa S. A 2000

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Ultima Edición Editorial Sista, S. A 2000.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Ultima Edición 1999, Editorial Sista, S. A 2000.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Ultima Edición, Editorial Porrúa S. A 2000.