



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO

Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

CLAVE : 879309

LÍMITES DE REPRESENTACIÓN
DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DE LOS
PADRES DE UN MENOR SECUESTRADO

TESIS

Que para obtener el título de
LICENCIADA EN DERECHO

Presenta:

ANA LAURA SÁNCHEZ AGUILAR

Asesor: Lic. Francisco Gutiérrez Negrete

Celaya, Gto.

Febrero, 2010



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.

DEDICATORIAS

Cuando me dijeron que en este último trabajo de mis estudios tenía que realizar una hoja de dedicatorias y/o agradecimientos pensé en tantas personas a las que a lo largo de mi vida estudiantil tengo que agradecerles, aún cuando aquellas personas no se dieron cuenta, así que comencé a realizar mi lista y conforme escribía la lista se iba haciendo más grande, y me di cuenta de que esta hoja de agradecimientos y dedicatorias se podría convertir en un segundo tomo de mi tesis, por lo que una idea inundó mi mente y al estar pensando en como resumir la lista de agradecimientos y dedicatorias al concatenarlas todas llegue a la conclusión que a las personas a las que tengo y quiero agradecerles lo que soy y les dedico este trabajo de investigación es a ti PAPA por tu apoyo económico incondicional, por creer en mí, por alentarme día a día a terminar la carrera, por esos 23 veintitrés años de día con día llevarme a la escuela, por ese beso al despedirnos que aunque nunca te lo dije era lo que me impulsaba a llegar a la escuela con todas las ganas de aprender; a ti MAMA por darme ánimos todas las mañanas por creer en mi cuando mucha gente no lo hizo, por esa bendición que día a día va conmigo, a ti HERMANO que a pesar de no comunicarnos tanto siempre quise llegar a culminar mis estudios y titularme para que tu te sintieras orgulloso de tu hermana y quizá algún día me tomaras como un ejemplo a seguir. Gracias a DIOS por darme la familia que tengo hablando de abuelos tíos, primos, amigos presentes y aquel gran amigo que ya no esta en este mundo, ya que al realizar mi tesis pensé en todos y cada uno de ustedes.

ÍNDICE

Introducción

CAPÍTULO I .- DERECHO CONSTITUCIONAL

1.- La Constitución Ley Fundamental.....	1
1.1.- Constitución Política.....	2
1.2.- Características de la Constitución Política.....	3
1.3.- Concepto de Constitución.....	4
1.3.1.- concepto de Constitución según Fernando Lasalle.....	5
1.3.2.- Concepto de Constitución según Ignacio Burgoa.....	5
1.4.- Los derechos del hombre.....	6
1.4.1 Definición de los derechos del hombre.....	7
1.4.2.- Calidad de las garantías de los derechos del hombre.....	7
1.4.3.-Características y extensión de las garantías constitucionales.....	8
1.5.- Suspensión de las garantías individuales.....	10
1.6.-La constitución de México y los derechos públicos subjetivos.....	12
1.7.-Libertades Públicas.....	12
1.8.- Diversos tipos de responsabilidad.....	13

CAPÍTULO II.- DERECHO DE FAMILIA

2.1 Definición de Derecho de Familia.....	15
2.1.1.- Familia.....	15
2.1.2.- Derecho.....	15
2.1.3.- La familia.....	15
2.2.- La familia como institución jurídica	16
2.2.1.- Concepto jurídico de derecho de familia.....	16
2.2.2.- Contenido y definición de derecho de familia.....	17
2.2.3.- Fuentes del derecho de familia.....	17
2.2.4.- Ubicación en el campo de otras disciplinas jurídicas.....	17
2.3.1.- Concepto de la patria potestad según Baqueiro.....	20
2.3.2.- Sujetos de la patria potestad.....	21
2.3.3.- Efectos de la patria potestad.....	23
2.3.4.- Excusa, limitación, suspensión, pérdida y recuperación de la patria potestad.....	26
2.3.5.- Extinción y causas de la patria potestad.....	27
2.4.- Concepto de adopción.....	29
2.4.1.- Efectos de la adopción.....	30
2.4.2.- Terminación de la adopción.....	32
2.5.- La tutela.....	32
2.5.1 Clases de tutela.....	33
a) Tutela testamentaria.....	33
b) Tutela legítima.....	33
c) Tutela dativa.....	34
2.5.2.- Ejercicio de la tutela.....	34

2.5.3.-El tutor.....	34
2.5.4.- limitaciones del tutor.....	35
2.5.5., El curador.....	35
2.5.6.- Responsabilidad de los órganos tutelares.....	36
2.5.7.- Extinción y terminación de la tutela	37
2.6.- La mayoría de edad e incapaces.....	37
2.6.1.- Personas incapaces.....	37
2.6.2.- Grados de incapacidad.....	38
2.6.3 Quien tiene la incapacidad natural o legal.....	40
2.7.- Mandato según Eduardo Pallares	40
2.7.1.- Mandato según Pina Vara.....	41
2.7.2.- Poder según Eduardo Pallares	41
2.7.3.- Poder según Pina Vara	41
2.7.4.- Representación Según Pina Vara	42
2.7.5.- Representación Procesal según Pina Vara	42
2.7.8.- Representación Judicial Según Eduardo Pallares.....	42

CAPÍTULO III.- PROCEDIMIENTO PENAL

3.1.- Procedimiento Penal.....	43
3.2.- Averiguación Previa.....	44
3.2.1Requisitos de Procedibilidad.....	44
3.2.2.- Requisitos de procedibilidad.....	45
3.3.- Denuncia.....	45
3.3.1.-Naturaleza jurídica de la denuncia	45
3.2.2.-Elementos de la denuncia	45
3.3.3.- Efectos de la denuncia	46
3.4.- Querella.....	46
3.4.1.- Elementos de la Querella	46
3.4.2.- Efectos de la querella.....	47
3.5.- Función Persecutoria.....	47
3.6.- Principios de la actividad Investigadora.....	47
a) principio de iniciación.....	47
b) Requisito de oficiosidad.....	47
c) Principio de legalidad.....	47
3.7.- Determinación.....	48
3.8.- Consignación.....	49
3.8.1.- Consignación con detenido	49
3.8.1.1.- Formas en que se puede detener a una persona.....	49
a) Por delito Flagrante.....	49
b) Por orden de detención o urgencia.....	49
c) por orden de aprehensión.....	50
3.8.2.- Consignación sin detenido.....	50
3.9.- Periodo de instrucción.....	50
3.9.1.- Auto de Radicación.....	52
a) Requisitos del auto de Radicación.....	52

b) Efectos del auto de Radicación.....	53
3.9.1.1.- Termino Constitucional.....	53
3.9.1.2.- Declaración preparatoria.....	54
3.10.- Auto de formal prisión.....	56
a) Efectos del auto de formal prisión.....	56
3.11.- Auto de Sujeción al Proceso	57
a) efectos del auto de sujeción al proceso.....	57
3.12.- Auto de libertad o soltura por falta de elementos para procesar.....	58
3.13.- Instrucción en sentido estricto	59
3.14.- Medios de prueba	60
3.15.- Cierre de la Instrucción	62

CAPÍTULO IV.- MINISTERIO PÚBLICO

4.1.- Concepto de Ministerio Público.....	63
4.2.- Naturaleza jurídica del Ministerio Público.....	64
4.3.-Atribuciones del Ministerio Público.....	64
4.4.-Características del Ministerio Público	65
4.5.- Principios esenciales del Ministerio Público.....	66
4.5.1.- Principio de Jerarquía.....	66
4.5.2.- Principio de unidad.....	66
4.5.3.- Principio de Indivisibilidad.....	66
4.5.4.- Principio de Buena Fe	67
4.5.5.- Principio de Imprescindibilidad.....	67
4.5.6.-Principio de Independencia	67
4.5.7.- Principio de Irrecursabilidad.....	67
4.5.8.- Principio de Irresponsabilidad.....	68
4.6.- Actividades del Ministerio publico	68
4.6.1.- Función Investigadora.....	68
4.6.2.- Función Acusatoria.....	69
4.6.3.- Función Procesal.....	69
4.7.- El Ministerio Público en el Proceso civil.....	70
4.8.- Calidad del ministerio Público en el Proceso Penal.....	71
4.9.- Funciones del Ministerio Público en investigación de hechos posiblemente delictuosos.....	72
4.9.1.- diligencias Hechas por el Ministerio Público en la Averiguación Previa.....	78
a) Conocimiento del hecho Delictivo.....	79
b) Orden de investigación de los hechos y la intervención de la policía ministerial	80
c) Investigación del modus vivendi.....	80
d) Localización y presentación	81
e) Investigación del modus operandi	81
f) Localización de testigos	81
g) Detención del probable responsable	81
h) Intervención de servicio periciales	82

i) Declaración de la víctima u ofendido	
j) Declaración del probable responsable	84
k) Concepto de víctima y ofendido	85
l) Concepto de cuerpo de delito	87
m) Huellas y objeto del delito	92
n) Procedimiento estricto	95
o) Procedimiento topográfico	96
p) Procedimiento fotográfico	99

CAPÍTULO V.- TEORIA DEL DELITO

5.1.- introducción	101
5.2.- Formas de delincuencia	104
5.3.- Sujeto Activo	104
5.4.- Sujeto Pasivo	105
5.5.- Objeto Material y Objeto Jurídico	105
5.6.- Modelos de concurso ideal o formal y real o material	105
5.7.- Fase interna y externa del delito	106
5.8.- Delito Jurídico Formal y Substancial	109
5.9.- Elementos del delito	109
5.9.1.- Conducta	110
5.9.2.- Tipo	111
5.9.3.- Tipicidad	112
5.9.3.1.- Atipicidad	112
5.9.4.- Antijuridicidad	113
5.6.- Culpabilidad	114
5.6.1 Inculpabilidad	115
5.7.- Imputabilidad	116
5.7.1.- Inimputabilidad	117
5.8.- Punibilidad	118
5.9.- Excusas Absolutorias	118
5.10.- El Secuestro	120
a) Historia del secuestro	121
b) Situación jurídica actual del secuestro	123
c) Impacto Social	130
d) Realidad Social Internacional	134

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Con este trabajo de investigación, pretendo establecer si en el caso de secuestro de un menor de edad , hay un límite de representación de los padres o de aquellos que ejercen la patria potestad, la tutela, la adopción simple o plena , hasta donde pueden intervenir los padres del menor de edad secuestrado , si al poner en conocimiento el hecho ilícito ante el Ministerio Público, se extinguen o suspenden los derechos y obligaciones de los que ejercen la patria potestad, de los tutores, curadores y adoptantes, si su facultad de representación se suspende o se extingue en el supuesto de un secuestro de un menor, tendrá la institución del Ministerio Público la atribución o facultad de suspender o extinguir dicha representación y el Ministerio Público pasara a ser el único representante del menor secuestrado?

CAPÍTULO PRIMERO

1.- LA CONSTITUCIÓN LEY FUNDAMENTAL DE MÉXICO

Toda nuestra organización política descansa sobre esta idea fundamental: La supremacía de la constitución esto quiere decir que ningún poder en México puede estar sobre la constitución ni el gobierno federal ni los gobiernos del estado ni los órganos de los gobiernos federal o local pueden sobreponerse a la constitución por lo contrario toda autoridad esta limitada por esta ley y sometida a ella la constitución es la norma suprema del país y todas las autoridades sea cual fuere su jerarquía deben ejercer su actividad de acuerdo con los mandatos de ella y en concordancia con los principios que establecen. De lo anterior se desprende que México está organizado legalmente, que su ley suprema es la constitución y por eso en consecuencia las autoridades están obligadas a hacer y dejar de hacer únicamente lo que ordena dicha ley, cada poder debe limitarse dentro de los marcos que la constitución señala sin tener facultades para invadir la esfera de los otros poderes o los derechos que están reservados a los particulares.¹

¹ MOTO SALAZAR EFRAIN.ELEMENTOS DEL DERECHO. 48ed... Ed. Porrúa.México 2004.P.p67

1.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Es elemental hacer un estudio más allá del significado etimológico de lo que es una constitución; así como un enfoque más concreto hacia el análisis de los orígenes de nuestra constitución de 1917.

La Constitución Política de un país es de suma importancia para la existencia del mismo. La Carta Magna dicta la organización de un Estado, de una sociedad. Sin la existencia de una Constitución, el Estado no se podría conformar como tal, de ahí la importancia de analizar los aspectos más importantes de una Constitución.

El concepto de Constitución ha sido tratado desde Aristóteles, en la antigua Grecia, así podemos ver que desde hace muchos siglos ha sido necesario para el hombre establecer la organización de un Estado, ya que sin una Constitución, carecería de los elementos necesarios para la supervivencia de una sociedad.

En un esquema muy general podemos señalar que nuestra Constitución se encuentra integrada por nueve capítulos y 136 ciento treinta y seis preceptos, más los artículos Transitorios.

Podemos dividirla de la siguiente manera:

a) Parte Dogmática: Comprende los primeros 29 veintinueve artículos, que establecen los derechos fundamentales del hombre. Quedan inscritos en el Capítulo 1 primero, bajo el nombre de: De las garantías individuales.

b) Parte Orgánica: Son los artículos que regulan el capítulo geográfico, la forma de gobierno, la división de poderes, la distribución de facultades entre los órganos federales y locales, la supremacía de la Constitución y finalmente su inviolabilidad.

c) Garantías sociales. Consagradas principalmente a través de los artículos 27 y 123.

La **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos** de 1917 es la constitución vigente en México. Fue promulgada por el Congreso Constituyente el 5 de febrero de 1917, en la ciudad de Querétaro, habiendo sido convocado por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo, Don Venustiano Carranza en cumplimiento del mandato establecido en el Plan de Guadalupe. La Constitución de 1917 es una aportación de la tradición jurídica mexicana al constitucionalismo universal, dado que fue la primera constitución de la historia que incluye derechos sociales.

El *Día de la Constitución*, 5 de febrero, es considerado como parte de las Fiestas Patrias en México, conmemorando la promulgación de las Constituciones de 1857 y 1917.²

1.2 CARACTERÍSTICAS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

En este texto quedan plasmadas muchas de las ideas que motivaron la Revolución Mexicana, destacando un marcado contenido social y de fortalecimiento del Estado.

La Constitución Mexicana vigente está conformada por dos partes: la dogmática y la orgánica.

En la primera, quedan consignadas las Garantías Individuales y se reconocen derechos y libertades sociales:

- Derecho a la Libertad, aboliendo la esclavitud y otorgando Libertad a cualquier individuo dentro del Territorio Nacional.
- Derecho a la libre expresión, asociación y tránsito, libertades esenciales de la nación mexicana.
- Derecho a la educación, siendo ésta otorgada por el Estado de manera laica y gratuita.
- Derecho a la posesión de armas de fuego para seguridad y legítima defensa.
- Derecho de huelga y organización de los trabajadores en sindicatos.

² www.udec.edu.mx

- Derecho a la libre profesión de cultos.
- Jornada máxima de 8 horas de trabajo.
- Derecho al trabajo digno y socialmente útil.

La parte orgánica corresponde a la división de los Poderes de la Unión y el funcionamiento fundamental de las instituciones del Estado, estableciendo:

- Una forma de gobierno mexicano como una República Federal, Representativa y Popular.
- Que los Poderes de la Unión están divididos en Ejecutivo (Presidencia de la República), Legislativo (Honorable Congreso de la Unión) y Judicial (Suprema Corte de Justicia de la Nación).
- Que la reelección del presidente queda prohibida.
- La creación del Municipio libre.
- La reforma agraria.³

1.3 CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN SEGÚN KELSEN

CONCEPTO MATERIAL Y FORMAL DE LA CONSTITUCIÓN

Según kelsen la constitución puede ser contemplada en dos sentidos en un sentido material y un sentido formal.

En sentido material esta constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales, especialmente, la creación de leyes. Además de la regulación de la norma que crea otras normas jurídicas así como los procedimientos de la creación del orden jurídico; también desde el punto de vista material la constitución contempla a los órganos superiores del estado y sus competencias, otro elemento que contiene dicho concepto material, son las relaciones de los hombres con el propio poder estatal y los derechos fundamentales del hombre .La constitución en sentido material implica pues, el contenido de una constitución.

³ www.udec.edu.mx

La constitución en sentido formal según Kelsen es cierto documento solemne, un conjunto de normas que solo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas. La constitución en sentido formal es el documento legal supremo.⁴

1.3.1 EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN SEGÚN FERNANDO LASSALLE

Fernando Lassalle se propuso encontrar la esencia de una constitución, a partir del análisis realista. Define la constitución como el resultado de la suma de los factores reales del poder, así lo que debe plasmarse en un régimen constitucional son las aspiraciones de las fuerzas sociales y políticas de un estado. Ante ello Fernando Lassalle dice que hay dos tipos de constitución la constitución real y formal. La primera es efectiva por que corresponde a la expresión de los factores reales del poder, y la otra únicamente es una hoja de papel.⁵

1.3.2 CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN SEGÚN IGNACIO BURGOA.

La ley suprema vigente de nuestro país, podemos aventurar una idea de constitución jurídico –positiva de índole político-social, mediante la conjunción de las materias que forman su esfera de normatividad. Así se puede afirmar que dicha constitución es el ordenamiento fundamental y supremo del estado que, a) Establece su forma y la de su gobierno, b) Crea y estructura sus órganos primarios, c) Lo proclama los principios políticos y socio -económicos sobre los que se basan la organización y teleología estatales, y d) Regular sustantivamente y controlar adjetivamente el poder público del estado en beneficio de los gobernados⁶.

⁴ QUIROZ ACOSTA ENRIQUE .DERECHO CONSTITUCIONAL. Ed .Porrúa .México 2002.P.p 35

⁵ IBIDEM.P.p 36

⁶ BURGOA IGNACIO.GARANTIAS INDIVIDUALES.Ed. Porrúa.Mexico 1944.P.p376

1.4 LOS DERECHOS DEL HOMBRE

Los derechos del hombre o derechos humanos se refieren a aquellos principios que se ubican en la esfera jurídica del ser humano y que tienen que ser respetados por las autoridades del Estado.

Dado que existen los derechos humanos en cada persona por el simple hecho de su existencia, para diversas corrientes del pensamiento, es fácil aceptar los derechos humanos sean connaturales a la existencia del ser humano y de ahí que sea aceptado por diversos autores que los derechos humanos corresponden al derecho natural.

Los principios que implican a todos los seres humanos y que deben ser respetados por la autoridad y por el Estado.

Nos dice Jorge Carpizo que son: Los principios de libertad, dignidad e igualdad, por que han sido objeto de lucha por los seres humanos. Históricamente han sido conquistados y son parte del acervo cultural de los pueblos; es decir son principios universales por que la historia de los pueblos coincide en su lucha para hacerlos objetivos.

Por otra parte el artículo 1º primero de la Constitución Mexicana de 1917 señala que en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. Nuestra constitución en vigor no habla de derechos humanos habla de garantías individuales, la garantía individual es la medida en que la constitución protege el derecho humano es decir la Constitución Mexicana quiso precisar que mientras el derecho humano es una idea general y abstracta, la garantía –dice Carpizo- es una idea individualizada y concreta.

La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano se compone de 17 artículos y en el primero de sus artículos nos menciona que los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos, evidentemente es una expresión que implica libertad e igualdad la gran mayoría de las constituciones prevén estos principios.

También otro de los principios importantes que se encuentra consiste en que el límite de la libertad individual es la libertad de los demás miembros de la sociedad, con ello se nos está diciendo que a toda persona se le garantiza su ámbito de libertades, en la medida que no vulnere la libertad del prójimo.⁷

1.4.1 DEFINICIÓN DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos son las facultades que los hombres tienen por razón de su propia naturaleza, de la naturaleza de las cosas y del ambiente en que viven, para conservar, aprovechar y utilizar pero lícitamente sus propias actitudes su actividad, y los elementos de que honestamente pueden disponer a fin de lograr su bienestar y su progreso personal familiar y social.

En los regímenes democráticos o liberales las personas deben tener expedito el ejercicio de sus derechos humanos que a tal efecto deben estar garantizados por los respectivos sistemas legislativo y gubernativo. Esas garantías pueden a su vez definirse así: las garantías de los derechos del hombre son las distintas prevenciones que la soberanía ha impuesto en la ley constitutiva del estado, como limitaciones y obligaciones en la actuación de los órganos gubernativos para que los propios órganos respeten y permitan que las personas disfruten y ejerzan libre y eficientemente dentro del marco de las leyes, los derechos humanos declarados en la misma ley constitutiva⁸.

1.4.2 CALIDAD DE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

Son derechos públicos, puesto que están incorporadas a la constitución, que las instituye en beneficio de las personas y a cargo de las autoridades, como limitaciones en el ejercicio de los órganos gubernativos en general, y cuya satisfacción importa teóricamente al interés social como al individual; y también son derechos subjetivos porque no recaen sobre cosas materiales, sino que simplemente dan una acción personal para lograr que el órgano gubernativo que corresponda respete los derechos garantizados.

⁷ Op.Cit (suprap.p 5) p.p 149-155

⁸ BAZDRESCH LUIS. GARANTIAS CONSTITUCIONALES.5° ed. Ed. Trillas.Mexico 1998.P.p34

Las garantías configuran una relación constitucional, que en un extremo tiene al estado en general y particularmente a todos y cada uno de sus órganos gubernativos, y en el otro extremo están todas y cada una de las personas en que se encuentran en el territorio nacional y que por su sola condición humana son los titulares de dichas garantías; sin embargo, esa relación obliga únicamente a las autoridades, pues les impone en el ejercicio de sus facultades las restricciones que propiamente componen las garantías, en tanto que las personas no necesitan dar ni hacer absolutamente nada para disfrutar plenamente de dichas garantías, por supuesto dentro del marco de los respectivos preceptos constitucionales.⁹

1.4.3 CARACTERÍSTICAS Y EXTENSIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

En su conjunto las garantías constitucionales tienen implícitamente estas características: En primer lugar, son UNILATERALES, por cuanto están exclusivamente a cargo del poder público, a través de sus distintos órganos y dependencias que desarrollan las funciones gubernativas; el poder público que las instituye es el único que debe responder de su efectividad y por tanto es el único obligado, como sujeto pasivo de la garantía, a hacerla respetar para que los derechos del hombre en sus distintas manifestaciones, queden a salvo de la inobservancia total o parcial de la ley; en tanto que las personas no tienen que hacer absolutamente nada para que sus derechos sean respetados por las autoridades, basta que su situación no traspase el marco establecido para cada garantía en la Constitución; Como se ve, no hay obligación mas que de parte de la autoridad.

La segunda característica de las garantías es que son IRRENUNCIABLES; no puede renunciarse al derecho de disfrutarlas, y aun en ciertos casos el artículo 5º de la Constitución prohíbe expresamente el pacto en que se exprese tal renuncia sin embargo, es lícito que el afectado por alguna violación actual de sus derechos es un caso concreto se abstenga de hecho de invocar la garantía violada y de pedir el consiguiente amparo, y aún cabe que

⁹ IBIDEM.P.p 19

expresamente manifieste su conformidad o consentimiento con el acto violatorio, por supuesto siempre que ese consentimiento no esté viciado por alguna causa de derecho; El sistema instituido en la constitución requiere la acción directa, manifiesta, expresa, del individuo afectado por una violación determinada, para que la garantía relativa pueda ser efectiva; esto es, nuestro control de la violación de las garantías no es oficioso; es a petición de parte y el que calla y consiente no padece injuria, según un antiguo adagio jurídico. Tercera característica: Las garantías constitucionales son PERMANENTES, como atributo implícito del derecho protegido, pues mientras ese derecho existe, cuenta con la garantía como un derecho latente o en potencia, listo para accionar en caso de afectación de dicho derecho esto es, que la garantía se actualiza o manifiesta cuando ocurre un acto de autoridad que preciede de las limitaciones impuestas por la soberanía al ejercicio de las funciones públicas, como un valladar originario e imperioso de la actuación de las autoridades en sus relaciones con los particulares.

La cuarta característica es que son GENERALES, por que entre nosotros protege absolutamente a todo ser humano. La quinta característica consiste en que son SUPREMAS, por que las tiene instituidas, nuestra constitución, que es nuestra máxima ley, y por tanto tiene la preeminencia definida en el artículo 133 de la misma constitución. Y finalmente, son también INMUTABLES: tal y como están instituidas en la constitución, así deben observarse, no pueden ser variadas ni alteradas, en mas ni en menos, por una ley secundaria, ni federal ni estatal, pues sería necesaria una reforma constitucional.

La extensión de las garantías en su contenido intrínseco no es absoluta, están limitadas por las modalidades y las restricciones que los preceptos constitucionales que las instituyen especifican por razón del orden público y de la convivencia social, y por una evolución de nuestro derecho, su titularidad se extiende, no únicamente a los individuos humanos, ni comprende tan solo a los mexicanos, pues la garantías protegen también a las personas morales del derecho civil y a todo aquel que esta dentro del territorio de la republica mexicana, aunque sea transitoriamente, y aún más, se extienden a las

personas que están fuera de nuestro territorio, pero resienten alguna lesión de su interés jurídico por la actuación de una autoridad mexicana.¹⁰

1.5 SUSPENSIÓN DE LAS GARANTÍAS

En todo estado de derecho existe la posibilidad de que se presenten circunstancias o situaciones que requieren del auxilio y de la participación de las autoridades en condiciones extraordinarias y cuando decimos en condiciones excepcionales, nos referimos a que el propio régimen jurídico debe prever la posibilidad de que se suspenda alguna de las garantías de los individuos con el objeto de cubrir y atender una situación excepcional que se haya presentado.

Es decir habiendo un régimen jurídico con garantías individuales, con derechos del hombre, el propio régimen jurídico debe proveer circunstancias o situaciones de excepción respecto de esas garantías. La suspensión de garantías implica una razón de Estado. Es un régimen de excepción que establece nuestra constitución, en virtud de la cual, bajo ciertas condiciones se suspende el régimen de garantías individuales de que gozamos con el objeto de atender una circunstancia excepcional que exige una serie de actuaciones estatales y sociales.

La suspensión de garantías, implica la cesación de la vigencia de determinadas normas constitucionales, porque en virtud de esa suspensión, tanto los derechos públicos subjetivos, como las obligaciones estatales, que se derivan o emanan de la relación jurídica que las garantías entrañan, deja de tener eficacia, ejercitabilidad y exigibilidad jurídica y se requiere por lo tanto de una reglamentación para atender esas situaciones de emergencias.

A través de estas situaciones de emergencias se despoja de su imperio normativo a determinadas garantías, siempre y cuando no dejen de tener su carácter transitorio es decir mientras prevalezca la emergencia prevalece la suspensión de garantías. La suspensión de garantías tiene a su vez causas específicas, autoridades que intervienen o participan y también modalidades jurídicas.¹¹

¹⁰ BAZDRESCH. Op.cit. P.p 31-33

¹¹ QUIROZ ACOSTA ENRIQUE.Op.Cit..P.p 173-176

Según el artículo 29 de nuestra ley constitutiva, la vigencia de las garantías constitucionales puede quedar en suspenso por decisión del ejecutivo de la unión, de acuerdo con los titulares de las secretarías de estado, de los departamentos administrativos y de la Procuraduría General de la República y con aprobación del congreso federal o de la comisión permanente del mismo, en los siguientes casos :

- a) Invasión del territorio nacional.
- b) Perturbación grave de la paz pública.
- c) Cualquier situación que ponga a la sociedad en peligro grande (epidemias, desastres)

La referida suspensión debe ser:

Por tiempo limitado.

- a) Por prevenciones generales, que no afecten a individuos aislados ni a grupos determinados.
- b) Total o parcial, de todas o de algunas garantías.
- c) En cierta parte o en todo el país.

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

El presidente de la República es el único que puede solicitarla, ya que tiene la facultad de iniciativa del régimen de suspensión de garantías.

Por otra parte, otra modalidad interesante del régimen de suspensión, es que la suspensión debe indicar a que ámbito o espacio territorio se refiere: Puede ser nacional o estatal o puede ser a una región determinada.¹²

¹² BAZDRESCH. Op.Cit. .P.p38

1.6 LA CONSTITUCIÓN DE MÉXICO Y LOS DERECHOS SUBJETIVOS PÚBLICOS

Nuestra constitución garantiza y protege en sus primeros 28 artículos los derechos subjetivos públicos siguiendo en esto a las constituciones de casi todos los países que dedican casi todos sus primeros capítulos a defender la libertades públicas. El hecho de que nuestra constitución proteja los referidos derechos tiene especial importancia ya que en esta forma los individuos que habitan dentro del territorio nacional están salvaguardados en sus libertades por la ley suprema del país si alguna autoridad, cualquiera que sea su categoría atenta contra los derechos subjetivos públicos será violando nuestra ley fundamental y dicha violación debe ser reparada por los medios que la propia ley señala ¹³

1.7 LAS LIBERTADES PÚBLICAS

Para garantizar la integridad de la persona humana a sido indispensable que el Estado reconozca al individuo una serie de derechos, que hemos llamado subjetivos públicos, y cuyo contenido no es otro que la misma libertad esto quiere decir que los derechos subjetivos públicos son barreras que protegen al individuo frente al Estado y dentro de las cuales existe un campo vedado al mismo Estado, en el que el individuo puede desarrollar sus actividades libremente.

El ejercicio ordenado de toda actividad realizada por el individuo y encaminada al desarrollo de su propia persona es una libertad individual. Las libertades individuales o derechos subjetivos públicos son numerosos y necesitan del respeto de la autoridad pública mediante el ejercicio de dichos derechos el individuo realiza los fines que le son propios.

Los conceptos de derecho subjetivo público y de garantía individual. Por derechos subjetivos públicos debemos entender según lo hemos dicho las facultades reconocidas al individuo por la ley por el solo hecho de serlo, sin atender al sexo edad o nacionalidad. Estos derechos tienen un aspecto positivo

¹³ MOTO SALAZAR EFRAIN. Op.Cit. P.p 80

respecto al individuo y negativo respecto al gobernante. Tiene el primero por que lo individuos puede obrar libremente dentro del campo garantizado tiene el segundo por la obligación que este tiene de respetar los mencionados derechos a menudo se confunden los términos de derechos subjetivos públicos y garantía individual nuestra constitución cae en dicha confusión cuando en sus primeros 28 artículos habla de garantías individuales y no de derechos subjetivos públicos en realidad, se trata de términos distintos los derechos subjetivos públicos son las facultades reconocidas al individuo por la ley , por el solo hecho de ser hombre las garantías individuales son las normas de que se vale el Estado para proteger dichos derechos. Por ejemplo, la libertad corporal es un derecho público el juicio de amparo que es un procedimiento que la misma constitución establece para evitar que libertad corporal sea violada, es la garantía. ¹⁴

1.8 DIVERSOS TIPOS DE RESPONSABILIDAD JURÍDICA

Los funcionarios públicos están sujetos a responsabilidades administrativa, civil y penal, la primera se deriva de la obligación que tiene que guardar la constitución y las leyes que de ella emanen antes de tomar posesión de su cargo (artículo 128 constitucional) y generalmente se hace efectiva mediante sanciones pecuniarias establecidas en los diferentes ordenamientos legales que rigen la actividad de los órganos del estado que los funcionarios personifican o encarnan, incumbiendo su imposición a las distintas autoridades que tales ordenamientos determinen las responsabilidad administrativa se origina , comúnmente el derecho de que el funcionario público no cumple con sus obligaciones legales en el ejercicio de su conducta como tal.

La responsabilidad civil el funcionario público no debemos entender la que contrae, como persona en ocasiones de los actos de su vida civil ya que en este supuesto su investidura de autoridad y el cargo respectivo que desempeñe son irrelevantes. Tan es así, el artículo 114 de la constitución declara que en demanda del orden civil no hay fuero ni inmunidad para ningún funcionario público, sin distinción de categorías. La responsabilidad civil a que nos

¹⁴ IDEM.P.p 80

referimos consiste en la que asume todo funcionario público en el desempeño de los actos inherentes a sus funciones o con motivo de su cargo frente al estado y los particulares, con la obligación indemnizatoria o reparatoria correspondiente. Esa responsabilidad puede provenir de hecho ilícito civil o de delito o faltas oficiales. En el primer caso si el funcionario obra ilícitamente o contra las buenas costumbres en el ejercicio de su actividad publica. Y causa un daño físico moral, tiene la obligación de repararlo con sus propios bienes, pues solo en su puesto de que no los tenga o sean insuficientes para cumplir dicha obligación, el Estado contrae responsabilidad subsidiaria arts. 1910 y 1928 del código civil federal.

En el segundo caso , la responsabilidad está prevista en el artículo 5 de la ley de responsabilidades que invocamos anteriormente , precepto que dispone: La imposición de las sanciones a que se refiere esta ley por delitos o faltas oficiales debe entenderse sin perjuicio de la reparación del daño quedando expedito de su caso, el derecho de la federación o de los particulares para hacerse efectiva o para exigir ante los tribunales competentes la responsabilidad pecuniaria que hubiese contraído el funcionario o empleado, por daños o perjuicios, al cometer los hechos u omisiones que se le imputen esta responsabilidad será exigible, siempre que se comprueben los daños y perjuicios ocasionados con dichos actos u omisiones a un cuando se absuelva a l inculpado en el procedimiento penal .

Es la responsabilidad penal de los funcionarios públicos la que se prevé y regula constitucionalmente, siendo el reglamentario de las disposiciones fundamentales respectivas; Ahora bien en lo que atañe a este tipo de responsabilidad, jurídicamente existe una distinción entre los altos funcionarios de la federación y los que no tiene este carácter , tanto por lo que respecta a la tipificación de los delitos oficiales como el procedimiento para aplicar las sanciones correspondientes a esta clase de delitos de los órganos del Estado competentes para ello.¹⁵

¹⁵ SANCHEZ BRINGAS ENRIQUE.DERECHO CONSTITUCIONAL.Ed.Porrúa.Mexico.1995P.p 633 634

CAPITULO II

DERECHO DE FAMILIA

2.1 DEFINICIÓN: Rama del derecho civil al conjunto de normas jurídicas que rigen la formación, el funcionamiento y los efectos de las relaciones familiares, así como su disolución y la sucesión hereditaria de las personas¹⁶

2.1.1 FAMILIA: Institución social compuesta por un grupo de personas vinculadas jurídicamente como resultado de la relación intersexual, la procreación y la filiación.

2.1.2 DERECHO: La totalidad de las normas jurídicas que rigen la vida de las personas para hacer posible la vida en sociedad.

2.1.3 LA FAMILIA

Concepto la familia es núcleo de personas, que como grupo social, ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la procreación.

La familia es el conjunto de personas en un sentido amplio

(parientes) que procede de un progenitor o tronco común; sus fuentes son el matrimonio la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil) .

Esta relación conyugal paterno filial y de parentesco colateral de origen consanguíneo o simplemente de naturaleza legal establece vínculos entre los componentes de ese grupo familiar, de diverso orden e intensidad (sentimentales, morales, jurídicos, económicos y de auxilio o ayuda recíproca) que no permanecen ajenos al derecho objetivo, sino por el contrario , este afianza , reafirma y consolida atribuyendo a dichos vínculos el carácter de deberes, obligaciones, facultades y derechos, que manifiestan su naturaleza especial y presentan caracteres fundamentalmente distinto en muchos aspectos, de cualesquiera otras relaciones jurídicas .¹⁷

¹⁶ BAQUEIRO ROJAS EDGAR. DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES Ed. OXFORD. Mexico. 2005 p.4

¹⁷ GALINDO GARFIAS IGNACIO. DERECHO CIVIL. 22ed. Ed. Porrúa. Mexico 2003. p447

La familia en el derecho moderno – si bien es cierto que la familia moderna a perdido la extensión y la estabilidad que tuvo en el derecho romano y en la edad media y si bien hay que reconocer que desde el punto de vista económico, a dejado de ser la familia de un grupo productivo de bienes inmediatamente útiles en la economía de una nación (pues en este con respecto a su capacidad de producción a sido sustituida por la gran producción industrial), sigue siendo todavía nuestro país el núcleo principal de formación del hombre , por lo menos en su constitución moral .

Las causas que han originado el proceso de disgregación de grupo familiar son las siguientes:

- a) La dispersión de los miembros de una familia por necesidades de trabajo o por razones de convivencia personal.
- b) La inseguridad económica que sufren los individuos de escasos recursos por la gran producción industrial.
- c) La falta de viviendas suficientes.
- d) El control de la natalidad.

2.2 LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA

El conjunto de disposiciones jurídicas que organizan y estructuraba la familia a través de su evolución histórica se caracterizan principalmente por su naturaleza imperativa e irrenunciable (jus cogens). En efecto por razones de orden público, poco a poco se ha sustraído de la voluntad de los particulares la posibilidad del establecimiento de normas reguladoras en las relaciones de familia.¹⁸

2.2.1 CONCEPTO JURÍDICO: Se entiende a las relaciones derivadas de la unión de los sexos para vía del matrimonio o el concubinato y la procreación conocidas como parentesco así como a las provenientes de las formas de constitución y de organización del grupo familiar, a las que la ley reconoce ciertos efectos: Deberes derechos y obligaciones entre sus miembros hasta cierto límites, de aquí que este

¹⁸IBIDEM. P.p454-456

concepto de derecho de familia se refiere al conjunto de vínculos jurídicos que rigen a los miembros de la familia.¹⁹

2.2.2 CONITENIDO Y DEFINICION DE DERECHO DE FAMILIA

Con ambos conceptos, familia y derecho, se integra la definición que se conoce como derecho de familia, el cual es parte del derecho privado que se vincula en el público para reglamentar las relaciones entre los miembros del conglomerado, en cuanto a su constitución, organización y disolución. De ahí que la definición de derecho de familia responda a la regulación jurídica de los biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio o del concubinato de la filiación y el parentesco. En otras palabras el derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas de orden público y de interés social que regula la constitución, organización y disolución de las relaciones entre los miembros de la familia con el objeto de proteger el desarrollo integral de ellos.

2.2.3 FUENTES DEL DERECHO DE FAMILIA

A partir del concepto señalado, es fácil observar que los hechos biosociales que regulan el derecho son exclusivamente los que se derivan de las instituciones: matrimonio, concubinato y filiación; de aquí que se afirma que estas constituyen las fuentes tanto de la familia como del derecho de familia.²⁰

2.2.4 UBICACIÓN EN EL CAMPO DE OTRAS DISCIPLINAS JURIDÍCAS

Tradicionalmente, la regulación de las relaciones familiares se ha ubicado en el derecho civil en la parte correspondiente a las personas. El concepto de familia sobre entendido en tal regulación lo tuvo una connotación precisa y reconocida por los ordenamientos jurídicos. No fue sino hasta principios del siglo XX cuando

¹⁹ BAQUEIRO ROJAS EDGAR.Op.Cit.P.p.7

²⁰IBIDEM.P. p.9

se inició y una corriente doctrinal cuyo exponente mas significativa fue el italiano ANTONIO CICÚ, quien con el argumento de que el derecho de familia se tutelan intereses superiores por encima de los individuales se pronuncia por la salida de esté derecho del ámbito del derecho privado dado que posee características de derecho público, pero que a pesar de ello no lo ubican en este ámbito, por lo que señala al derecho de familia se le podría asignar un lugar independientemente entre el derecho público y el privado. En Francia, Antonio Cicú fue seguido por los hermanos Mazeaud. Esta corriente definió el concepto de familia como concepto social, en contrapartida al concepto individualista que había imperado en la legislación.

Este cambio de enfoque se tradujo en la popularización de concepto de derecho familiar o de familia. Dicha popularización se a reflejado en la creación de tratados e intentos legislativos y didácticos encaminados a separar del código civil la regulación de las relaciones familiares, a fin de crear una rama autónoma del derecho con lo que se procura no solo independizar el derecho de familia del derecho civil, sino incluso sacarlo del ámbito del derecho privado del cual tradicionalmente a pertenecido.

Para fundamentar la separación se han aludido argumentos que hacen suponer que el derecho de familia, como disciplina, reúne características que lo asemejan al derecho público. Así se dice que:

- a) Es notoria de la intervención del orden público en las relaciones familiares las que no pueden crearse ni resolverse sin la intervención del agente estatal ya sea administrativo, juez de registro civil o judicial , juez familiar .
- b) El concepto de función, propio del derecho público, es característico de las relaciones familiares en las que los derechos son recíprocos y dados para el cumplimiento de los deberes jurídicos correspondientes. Por ejemplo la obligación de dar alimentos es reciproca ya que es deber y derecho, y las facultades del padre de familia las otorga el Estado para que se cumpla la

obligación como tal, en beneficio de sus descendientes y a su vez sea beneficiado por ellos.

- c) Los derechos, deberes y obligaciones otorgados y establecidos mediante una norma jurídica para regular las relaciones son irrenunciables e imprescriptibles. Ello indica que la sola voluntad de los sujetos no puede alertarlos o suprimirlos y además, que muchas facultades no se pierden al simple transcurso del tiempo esto es, no prescriben. Así el Estado, en su afán de proteger a la familia frente a las crisis, la violencia, la falta de asistencia material y moral, tutela la familia regulando los derechos, deberes y obligaciones de sus integrantes, en términos dirigidos tanto al crecimiento como a la superación de estos, reiterando la elevación de su normatividad a las categorías de orden publico e interés social.

En virtud de que las relaciones familiares se dan siempre entre particulares y no con los órganos estatales, algunos doctrinarios ubican al derecho de familia en el ámbito del derecho privado, otros aludieron a la tutela del estado sobre los intereses superiores de la familia sostienen que debe salir del derecho privado colocándolo en el campo del derecho público. Algunos más han pretendido situarlo fuera de los ámbitos del derecho público y del derecho privado y lo han colocado en un tercer grupo intermedio que se ha dado en llamar derecho social (denominación poco atinada a nuestro juicio pues consideramos que todo el derecho social) ; ámbito en el que , además algunos incluyen el derecho laboral y el derecho agrario que a diferencia del derecho de familia ,estos se encuentran su fundamento en la llamada justicia social, en base eminentemente económica .²¹

²¹BAQUEIRO ROJAS EDGAR.Op.Cit.P.p.11

2.3.1 CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD SEGÚN BAQUEIRO

La patria potestad es una institución derivada del vínculo paterno – materno filial que relaciona ascendentes con descendientes. Se concediera un poder concedido a los descendientes para cumplir con sus obligaciones con respecto a la guarda, custodia y educación de sus descendientes, por ello se equipara a una función pública, en nuestros días puede considerarse como una sumisión de los padres a las necesidades de los hijos y de la sociedad.

La patria potestad la entendemos como una función en la que los padres y los hijos cuentan con determinadas facultades o derechos concedidos por la ley, para que den de la persona y bienes de sus descendientes, administren sus bienes y los representen .

La patria potestad se define como el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres con respecto a la persona y bienes de sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o de la emancipación, para su bien y protección mientras son menores, y para que los representen en tal periodo.

En consecuencia la patria potestad, no es renunciable ni transferible ya que voluntariamente el que la tiene (padre, madre y abuelos) no pueden cederla a nadie tampoco es prescriptible ya que el no ejercicio o abandono se sanciona pero no libera de sus funciones a quien la tiene.

En la actualidad la patria potestad debe ejercerse por igual y en forma compartida tanto por el padre como por la madre o en ocasiones de manera exclusiva por alguna de las dos (limitación, suspensión o pérdida) para proteger a los menores. A demás, hoy en día se ha erradicado la idea del poder absoluto para gobernar y administrar los bienes de estos. Por otra parte, a falta de los padres, será el juez de lo familiar el que decidirá quien de los ascendientes del segundo grado (abuelos) la ejercerá. Tratándose de la patria potestad nuestro código civil local pondera los principios de respeto y consideración mutuos, y establece que estos deben imperar en las relaciones entre ascendientes y descendientes para el

ejercicio de sus derechos y cumplimientos de sus deberes y obligaciones, sea que estén juntos o separados.²²

2.3.2 SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD

Los sujetos activos de la patria potestad los que deben desempeñar el cargo. En nuestro derecho, estos son el padre y la madre y a falta de ambos los ascendientes de segundo grado (abuelos), en el orden que determina el juez de lo familiar, de acuerdo con las circunstancias del caso, tomando en consideración el interés superior del menor. En cambio son sujetos pasivos aquellos sobre quienes recae el desempeño del cargo, los que se encuentran en situación de subordinación, es decir, los descendientes menores de 18 años no emancipados. Esto significa que el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores recaerá en el padre y la madre aunque estén separados (separación o divorcio). En tal caso la ejercerán de común acuerdo o en los términos de la resolución judicial que la ordene. A demás, ante cualquier circunstancia que obligue a alguno de los dos a no ejercerla pasara al otro. En caso de adopción tratándose de la adopción simple solo el adoptante puede ejercer la patria potestad sobre el menor adoptado o el adoptante y el progenitor si son esposos o concubinos. En caso de la adopción plena toda vez que el adoptante tiene respecto de la persona y patrimonio de los adoptados los mismos derechos y obligaciones que tienen el padre para con sus hijos, la patria potestad se ejerce en los mismos términos de la filiación consanguínea. Los artículos 416, 417b del código civil para el Distrito Federal no solo establecen las reglas para el ejercicio de la patria potestad cuando los padres están separados sino que también determinan que su ejercicio deberá ajustarse a lo que los progenitores convengan en particular en lo relativo a la guardia y custodia en la que podrán compartir a falta de ese convenio estarán a lo que estipule la resolución judicial respectiva, en la que se habrá tomado en cuenta la opinión del menor y en la que se procurara en lo posible el régimen de custodia compartida salvo peligro grave, pudiendo permanecer el hijo de manera

²²BAQUEIRO ROJAS EDGAR. Op.Cit.P.p.269

plena y limitada con ambos padres. El menor quedara bajo la custodia materna hasta los siete años si no hay riesgo para su integridad física y mental y después de esa edad , el padre que no la ejerza podrá demandar en lo posible para ambos progenitores, en caso de suspenderse el ejercicio de la custodia por el incumplimiento del régimen de convivencia establecido realización de conductas reiteradas encaminadas a evitar la convivencia materna- paterno filial podrá ser recuperada cuando se acredite que se ha vuelto a cumplir de forma constante de dicho régimen. Así mismo es preciso aclarar que la separación entre los padres no extingue las obligaciones en relación a los alimentos, tampoco limita su derecho de convivencia con los menores ni la responsabilidad de educarlos. La reforma del 2000 incorpora en este capítulo el derecho de convivencia de los menores de sus ascendientes que ejercen la patria potestad aunque no tengan la custodia en un afán de que el menor conserve su vinculo filial para su buen desarrollo salvo que exista peligro para ello este derecho debe entenderse como el conjunto de relaciones personales entre el menor y sus ascendientes las cuales solo podrán impedirse por a causa justa y mediante declaración judicial, lo mismo sucede con el derecho para que convivan con sus parientes de ambas líneas (primos, tíos paternos y maternos,) derecho que solo el juez familiar podrá limitar, suspender o quitar. De manera expresa la reforma del 2004 señala como causa de suspensión del derecho de convivencia entre hijos y progenitores el incumplimiento del ascendiente en convivencia con el hijo dispuesta por resolución judicial sin causa justificada. Dicho incumplimiento queda como precedente para no ejercer tal derecho de nuevo con ese hijo mientras sea menor de edad. Con el fin de regular la guardia de los menores que en nuestro medio se deja con mucha frecuencia a los parientes por cualquier causa el articulo 418 dispone que las obligaciones facultades y restricciones establecidas para los tutores se aplicaran a los parientes que tengan la custodia de un menor en el entendido de quien conserva la patria potestad esta obligado a contribuir en todos sus derechos con ese pariente que tiene la custodia y conservara sus derechos de convivencia tal como lo dijo el juez. Esta custodia puede terminar por decisión del pariente que la realiza por decisión de quien o quienes ejercen la patria potestad o resolución judicial.

La obligación de educar de manera conveniente de los menores es la misma para los que ejercen la patria potestad que para los que tienen la custodia. La facultad de corrección de que disponen de quien ejercen la patria potestad o tienen menor bajo su custodia es una atribución limitada es decir, no podrán usar medios correctivos que impliquen para el menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o mental, en los términos a los que aluden los artículos 323, 423 segundo párrafo, del código civil local vigente, de lo contrario se dará aviso al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda además, están obligados a observar una conducta que le sirva de buen ejemplo.²³

2.3.4 EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD

Los efectos de la patria potestad se dividen en efectos sobre la persona hijo y efectos sobre sus bienes. Los efectos de la patria potestad sobre la persona del hijo se refieren tanto a las relaciones personales entre los que ejercen la patria potestad y los menores sometidos a ella como la función protectora y formativa que deben llevar acabo los primeros. En las relaciones personales del menor con quienes ejercen la patria potestad debe de imperar el respeto y la consideración mutuos , y en cuanto a la función protectora y formadora el ascendiente esta obligado a la guarda, custodia, manutención y educación del menor así como la corrección dentro de los límites que prevé el código civil para el Distrito Federal corrección que implica la obligación de observar buena conducta que le sirva de ejemplo, y de ninguna manera, infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica .El concepto guarda , presupone que el menor no puede dejar la casa sin permiso del progenitor. En pocas palabras debe vivir con el, su domicilio legal debe ser el mismo de quien ejerce la patria potestad. La custodia que implica el ejercicio de las facultades y derechos para el cuidado, la guarda la vigilancia y la protección del menor como parte de los fines de la patria potestad, en nuestro derecho, la custodia de los menores de edad no emancipados la tienen los padres que ejercen la patria potestad vivan juntos o

²³ IBIDEM. P.p.271

separados. Los separados la podrán ejercer, preferentemente, de manera compartida, a partir de los 7 años del menor. Con esta forma de ejercer la custodia consideramos que el legislador se propone equilibrar el papel de los dos progenitores a fin de mantener activo, a la vez, el vínculo paterno-materno-filial, indispensable para el buen y normal desarrollo del menor cuando ello no implique riesgo para el hijo. El tiempo que el menor deberá quedar a cargo de cada uno de los progenitores esto es, en la casa de cada uno de ellos lo que ha provocado en nuestro medio que en la gran mayoría de los casos, cuando el menor esta en la casa de alguno de sus padres, el otro temporalmente parece desentenderse de las obligaciones, aunque cumpla con el régimen de convivencia, o con el pago del monto de la pensión, quedando esas para el que está en ejercicio de la custodia, obligaciones que serán retomadas para el que no la tiene en el momento en el que entra en ejercicio de la misma , es decir, cuando el menor pasa a vivir con el, lo que en la realidad no permite un ejercicio equitativo de custodia, de aquí que para nosotros, la custodia compartida vaya mas de la alternancia en la custodia pues para nosotros implica el ejercicio simultaneo de los derechos deberes, y obligaciones de la patria potestad por ambos progenitores independientemente de con quien de los dos este viviendo el hijo . Desde esta perspectiva es innegable que para que haya custodia compartida los progenitores deben reconocerse iguales en derechos y obligaciones para con sus hijos, separando sus conflictos personales de pareja de su relación de padres para con sus descendientes, y superando la percepción de perdedor y ganador que les deja la resolución judicial ; pues lo que busca con la custodia compartida es que el vínculo filial con ambos progenitores se a equilibrado y las dos influyan equitativamente y al mismo tiempo en todos los aspectos del desarrollo de los hijos para su buena formación .El mantenimiento debe atender todas las prestaciones que se señalan en la obligación alimentaría, lo que implica los gastos para educarlo en general y para proporcionarle preparación en algún oficio, arte o profesión, adecuados a sus circunstancias personales que le permita bastarse por si mismo.Por otra parte, el ascendiente esta obligado a representar al menor, quien no puede celebrar actos ni comparecer en juicios sin autorización. El representante, para terminar cualquier

arreglo requiere del consentimiento expreso de la otra persona cuando comparte la otra parte del ejercicio de la patria potestad.

El ascendiente también tiene el derecho de corrección. Este derecho ha evolucionado mucho desde la facultad mencionada de la vida y muerte para los menores que había en el derecho romano, Hasta la tipificación del maltrato de los progenitores a estos como delito. El síndrome del niño golpeado ha sido motivo de estudio no solo entre los penalistas sino también entre psicólogos, educadores, sociólogos y trabajadores sociales. Desde el punto de vista del derecho civil, la violencia familiar es causa de limitación y pérdida de la patria potestad. La educación, incluyendo el derecho de corrección del menor, pero en ningún caso justifica forma alguna de maltrato. Así mismo, los padres que ejercen la patria potestad y sus menores hijos tienen el derecho de convivencia, es decir, a vivir y disfrutarse con afecto seguridad y armonía. En México, el legislador en los últimos tiempos ha privilegiado este derecho para ascendientes y descendientes.

2.3.5 EXCUSA, LIMITACIÓN, SUSPENSIÓN, PÉRDIDA Y RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

En el sistema legal mexicano, la patria potestad es irrenunciable. Sin embargo, puede darse varias hipótesis relacionadas con esta figura jurídica entre las que se destacan las siguientes:

- 1.- Excusa los que la ejercen o deban ejercerla cuando sean mayores de 60 años o cuando, por su mal estado de salud, no puedan desempeñar debidamente el cargo, pueden solicitar al juez de lo familiar, excusarse en su desempeño.
- 2.- Limitación hoy en día, de conformidad con lo que dispone el art. 444 bis del código civil para el Distrito Federal, la patria potestad podría ser limitada en los casos de separación o divorcio. En estos casos el juez de lo familiar será quien resuelva sobre los derechos, las obligaciones y medidas inherentes a la patria potestad limitada.

3.- Suspensión. La patria potestad también se suspende en los casos de que quien debe desempeñarla en estado de interdicción y esta sea declarada judicialmente se le tenga por formalmente ausente por consumo del alcohol , sustancias psicotrópicas y por hábitos de juego; por sentencia condenatoria que le prive de manera temporal de su ejercicio por la responsabilidad de que el padre que ejerza la custodia legal o los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado pongan en riesgo la salud, el estado emocional o la vida de los descendientes menores, o por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente por convenio aprobado judicialmente. La suspensión solo tiene lugar por mandato judicial.

4.- Pérdida. La patria potestad se pierde solo por resolución judicial, lo que está establecido en forma clara en el artículo 444 del ordenamiento sustantivo vigente la pérdida puede ser dictada: a) En juicio penal cuando el que ejerza sea condenado de manera expresa a la pérdida de ese derecho por la comisión de un delito doloso contra la persona o bienes de los hijos, siendo la víctima el menor y cuando haya sido condenado dos o más veces por el delito grave y por malos tratos (violencia familiar) o abandono del menor, que tipifiquen el delito correspondiente. b) el juicio civil de divorcio cuando el criterio del juez el que ejerce deba ser condenado a ello, en juicio ordinario de pérdida del ejercicio de esa facultad en los casos de violencia familiar, incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada, o por abandono por más de 3 meses, sin justificación que pongan en peligro la salud, seguridad o moralidad de los menores. La pérdida de la patria potestad exige prueba plena que produzca en el juzgador la convicción de que es indispensable decretada y no implica la cesación de las obligaciones que tienen los ascendientes respecto a los descendientes, en forma especial la de proporcionar los alimentos.

5.- Recuperación. En la actualidad la patria potestad puede ser recuperada únicamente en los casos en que por cuestiones alimentarias se haya perdido, siempre y cuando se acredite el cumplimiento constante de dicha obligación.

2.3.6 EXTINCIÓN Y CAUSAS DE LA PATRIA POTESTAD

La extinción de la patria potestad equivale a la terminación total de su ejercicio y sus efectos tanto para el sujeto activo como para el sujeto pasivo. Las causas que extinguen el ejercicio de la patria potestad son:

1.- la muerte del ascendente que deba ejercerla al acaecer la muerte de quien debe ejercer la patria potestad y de no haber otra persona en quien recaiga de conformidad con lo que la ley establece sobre el particular. En tal caso, deberá nombrarse un tutor a los menores hasta que ocurra la emancipación o la mayoría de edad.

2.- La emancipación está constituida por el final anticipado de la patria potestad que el menor obtiene por el solo hecho de contraer matrimonio, es decir que por efecto del matrimonio el menor sale de la patria potestad, extinguiéndose esta, con lo que adquiere el gobierno de su persona y de la administración de sus bienes. En nuestra legislación, el menor de 18 años que contrae matrimonio se emancipa es decir adquiere una capacidad menos plena pero que le autoriza a manejar sus asuntos como si fuera mayor, con excepción de dos límites: a) Necesita un tutor para atender sus asuntos legales incluido el divorcio, b) Requiere autorización judicial para enajenar y gravar sus bienes raíces. En caso de disolución del matrimonio, el menor emancipado no recae nuevamente en la patria potestad, aunque requiere autorización para volver a casarse, pues se considera que en su matrimonio existe un interés familiar.

3.- La mayoría de edad; esta se obtiene al cumplir los 18 años por lo que al llegar a ella, se adquiere plena capacidad para el ejercicio de los derechos así como para el uso y disposición de todos los bienes. Con la mayoría de edad se completa en forma automática la extinción de la patria potestad. En el caso de las personas incapaces por causa de enfermedad o discapacidad física o mental que llegan a la mayoría de edad sin poder gobernarse, obligarse a manifestarse por sí mismas, deberán ser sujetas a juicio de interdicción, a efecto de que se les declare

incapaces y de que se les designe un tutor pues la patria potestad solo se ejerce sobre los menores de edad no emancipados.

4.- La adopción del hijo constituye la extinción del ejercicio de la patria potestad de los progenitores biológico con el hijo dado en adopción, pues una vez autorizada la adopción por el juez familiar la patria potestad la ejercerán los padres adoptivos en los términos previstos para los padres consanguíneos, tratándose de la adopción plena, y únicamente por el adoptante tratándose de la adopción simple, extinguiendo se con su ejercicio para los ascendentes biológicos. Por lo tanto adquirida la patria potestad por lo padres adoptivos en la adopción plena a falta de estos la ejercerán los ascendientes en , el orden que el juez de lo familiar determine, como se prever para los hijos consanguíneos, y en caso de la adopción simple solo la ejercerán los padres adoptivos pero a falta de estos y siendo menor de edad al adoptado se le nombrara un tutor.

5.- por entrega del menor para darlo en adopción. Cuando quien ejerza la patria potestad de un menor lo entregue a una institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida para que sea dado en adopción.²⁴

2.4-1 CONCEPTO DE ADOPCIÓN

En términos generales puede plantearse la adopción como una ficción legal cuyo propósito es suplir los vínculos biológicos de la filiación, creando un parentesco cuya fuente es la norma jurídica. La doctrina considera dos tipos de adopción: la simple y la plena, diferenciadas tanto por la mayor o menor amplitud del vínculo filial que se contrae como por los derechos deberes y obligaciones que se derivan de ella entre adoptante y adoptado. Se define la adopción simple como el parentesco civil que da origen a otro parentesco distinto del consanguíneo y del de afinidad. Nuestro código civil vigente para el Distrito Federal define la adopción plena equiparándola con el parentesco consanguíneo.

En general, en la adopción los sujetos intervinientes se denominan adoptantes persona que asume legalmente el carácter del padre y adoptado persona que va

²⁴ BAQUEIRO ROJAS EDGAR.Op.Cit.P.p.276-279

ser recibida de manera legal como hijo del adoptante. Mediante la adopción se crea una relación de filiación legal entre adoptante y adoptado. Sin embargo, mientras que en la adopción simple ambos tienen los mismos derechos, deberes y obligaciones que existen entre padre e hijo, en la adopción plena el adoptante posee, respecto del adoptado los mismos derechos deberes y obligaciones propios del vínculo de parentesco que se tiene con los hijos consanguíneos, lo cual comprende incluso los impedimentos para el matrimonio. En esta adopción, aunque el adoptante muera, el adoptado no queda desamparado debido a que sus parientes por adopción están obligados a proporcionarle alimentos, ejercer la patria potestad o la tutela legítima como si se tratara de un hijo consanguíneo del adoptante. Por lo antes dicho la adopción puede definirse como el acto jurídico de recibir como hijo con los requisitos (condiciones necesarias) y las solemnidades (lo formal, aquello que está revestido con la forma exigida por la ley) establecidas por las leyes al que no lo es naturalmente. La adopción en general constituye la tercera fuente del parentesco. Con la adopción simple se origina el parentesco civil, ya que la adopción plena, si bien por su origen es civil, por sus efectos legales se equipara al parentesco consanguíneo. La adopción es una institución cuya finalidad consiste en proteger a la persona y los bienes del adoptado. Hoy en día, ha sido aceptada casi por la totalidad de los países pero algunos otros la han rechazado con el argumento de que una ficción legal no puede sustituir los vínculos biológicos. El adoptado, por la vía de la adopción simple conserva el derecho de recibir alimentos y de heredar de sus parientes consanguíneos, quienes a su vez pueden recibirlos y heredar de él. En tanto que por la vía de la adopción plena el adoptado adquiere derecho de recibir y dar alimentos así como de heredar, por cuanto al adoptante y a sus parientes como todo hijo consanguíneo en los términos de la ley no así en relación con su familia biológica. La adopción simple puede convertirse en plena cuando el adoptante lo solicite para lo cual deberá obtenerse el consentimiento del adoptado si tiene los doce años cumplidos o del incapaz si estuviere en condiciones de hacerlo. De no tener la edad todavía o la posibilidad en los casos señalados, se requerirá el consentimiento de quien dio su anuencia para la adopción.

Cubiertos estos requisitos de presentaran ante el juez de lo familiar a la celebración de una audiencia verbal con la intervención del Ministerio Público y en un termino de ocho días se resolverá lo conducente. Si ello no es posible, el juez resolverá atendiendo al interés superior del menor.

2.4.2 EFECTOS DE LA ADOPCIÓN

De acuerdo con los sistemas de adopción aquí aludidos, la adopción simple genera un parentesco civil, pero como ya se señaló sus efectos no destruyen los lazos del parentesco consanguíneo del adoptado, quien conserva sus derechos y obligaciones en cuanto alimentos y sucesión respecto de su familia de origen . El adoptado recibe el nombre que el adoptante le de junto con sus apellidos, salvo que por circunstancias específicas no estime conveniente. Por lo que se refiere a la adopción plena, como también ya se expreso, sus efectos si destruyen los lazos del parentesco consanguíneo del adoptado, salvo para los impedimentos del matrimonio ya que esta se equipara al parentesco consanguíneo. En este tipo de adopción, el adoptado obtiene el nombre que le da el adoptante, así como sus apellidos, y recibe tanto de el como de sus parientes no solo el derecho que se le proporcionen alimentos sino también el derecho de heredarlos y a la inversa. Por su parte el adoptante recibe el derecho de terceros sobre el adoptado la patria potestad y la tutela legitima, pues surte todos los efectos legales de la consanguinidad.

En consecuencia, la adopción simple como ya se ha señalado solo produce efectos entre adoptante y adoptado. En este tipo de adopción ambas partes cuentan con los mismos derechos y obligaciones que existen entre padres e hijos, entre ellos el ejercicio de la patria potestad, los alimentos y la sucesión. Mientras subsistía el vínculo, el adoptante no debe tener ninguna relación con los parientes del adoptado ni este con los del adoptante. En cambio la adopción plena, que también ya se ha expuesto que extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores así como el parentesco con las familias de estos, salvo para los

impedimentos del matrimonio produce efectos entre el adoptante, los parientes de éste y del adoptado, por lo que entre ellos se generan los mismos derechos y obligaciones que existen entre los miembros de la familia consanguínea hasta el cuarto grado del parentesco. En el supuesto de que el adoptante este casado con alguno de los progenitores del adoptado no se extinguirán los derechos, las obligaciones y las demás consecuencias jurídicas que resulten de la filiación y prevalecerán entre adoptante y adoptado únicamente los derechos y las obligaciones que hay padre e hijo .La adopción simple solo crea parentesco civil en primer grado; por lo tanto no hay abuelos, tíos, sobrinos ni hermanos adoptivos de manera que no se suscita entre ellos obligación alimentaría ni derechos sucesorios. Tampoco existen impedimentos para contraer matrimonio por el solo hecho de la adopción, ni aun entre los diferentes adoptados por una misma persona, concubinos o matrimonio.

El juez que resuelva que una adopción simple queda sin efectos remitiera al término de 3 tres días, una copia certificada de su resolución al juez del registro civil, para que cancele el acta de adopción y anote la de nacimiento.

2.4.3 TERMINACIÓN DE LA ADOPCIÓN

La adopción termina por revocación o por impugnación. La adopción puede ser revocada por consentimiento del adoptante y del adoptado cuando éste si es mayor de edad conviene en ello. Si el adoptado fuere menor de edad deben consentir en la revocación las personas que prestaron su consentimiento para la adopción. Aunque el adoptado sea mayor de edad, si esta incapacitado, no podrá por ello prestar su consentimiento; será entonces necesario que consientan en la revocación las mismas personas cuya declaración de voluntad se requiere en el caso del menor de edad.²⁵

²⁵ GALINDO GARFIAS IGNACIO.Op.Cit.P.p.685

2.5 LA TUTELA

CONCEPTO

La palabra tutela procede del verbo latino *tueor* que quiere decir defender, proteger. Es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Es un cargo civil de interés público, y de ejercicio obligatorio. El objeto de la tutela es, la guarda de las personas y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interna del incapaz, en los casos especiales que señala la ley.

Es la tutela una manera de dar protección social a los débiles, y un medio de defensa de los menores y de los demás individuos incapaces, no sujetos a la autoridad paterna, o que están abandonados o son maltratados.

La razón fundamental de la tutela es un deber de piedad, que tiene su origen en la debilidad o imperfección del ser humano. El fin fundamental de la tutela, es la protección del incapaz. Es una institución subsidiaria de la patria potestad, diferenciándose de esta fundamentalmente, como lo apunto Clemente de Diego en que la patria potestad deriva del vínculo natural del afecto de los padres hacia sus hijos, en tanto que la tutela ha sido creada y se organiza, exclusivamente sobre la base del derecho positivo.

La tutela por esa razón, tiene límites legales más estrechos que la patria potestad, ya que inspira menos confianza al legislador, y esto tanto en lo que se refiere a su contenido personal, como patrimonial.

2.5.1 CLASES DE TUTELA

a) LA TUTELA TESTAMENTARIA

Es el derecho que la ley otorga a las personas que ella misma autoriza para que establezcan la tutela por testamento, a fin de que surta efectos a la muerte del testador.

b) LA TUTELA LEGÍTIMA

Es la que procede cuando no hay quien ejerza la patria potestad, a falta de designación de tutor por testamento o por causa de divorcio y se confiere por ley de los parientes del menor a quien no les corresponde ejercer la patria potestad, a los parientes del mayor incapacitado que ha salido de la patria potestad y de los incapaces abandonados.

c) LA TUTELA DATIVA

Es la que se establece por disposición del juez a falta de los dos anteriores. Presupone que no existe tutor testamentario ni suspendido temporalmente para ejercer el cargo ni pariente hasta el cuarto grado con obligación de desempeñar la tutela legítima.²⁶

²⁶BAQUEIRO Op.cit. P.p.289

2.5.2 EJERCICIO DE LA TUTELA

El tutor debe cumplir las obligaciones y ejercer las facultades que la ley le otorga y abstenerse de realizar los actos que expresamente se le prohíben. Podemos clasificar las facultades del tutor, en tres grupos:

- a) Respecto de la persona del pupilo
- b) En relaciones a la representación del pupilo
- c) Por lo que se refiere al patrimonio del incapaz

2.5.3 EL TUTOR: Es el órgano básico de la institución, pues es la persona que se encarga del cuidado y la representación de los menores y mayores incapacitados, así como de la administración de sus bienes, por lo tanto, sus deberes tienen que ver con la, persona del incapaz (alimentarlo, educarlo, habitarlo, rehabilitarlo) y con sus bienes (administrarlos procurando el mayor beneficio) .Para ser tutor como persona física se necesita ser una persona en pleno uso de sus facultades y de conducta intachable. Una persona física no puede ser tutor, también excluye la tutela dativa a los funcionarios de la administración de justicia, quienes si podrán desempeñar la tutela testamentaria y la tutela legitima. Tratándose de personas morales para considerádseles tutores, estas deberán tener como fin primordial la protección y atención de los mayores incapaces, sin intereses de lucro.

Las funciones del tutor se resumen en tres facultades que al mismo tiempo, se consideran sus obligaciones.

1.- Cuidado, alimentación, proveer de habitación y educación integral para el pupilo así como la curación de sus enfermedades y rehabilitación. La educación será pública o privada, incluyendo la especializada, de acuerdo con los requerimientos y posibilidades económicas.

2.- La administración de los bienes, respecto de los bienes adquiridos por el pupilo en virtud de su trabajo, esta tarea, así como su disposición le corresponderán a el como en el caso de la patria potestad.

3.- Representación en el juicio y fuera de el en todos los actos civiles, excepto en el matrimonio, en el reconocimiento de los hijos, en el testamento, es decir en los estrictamente responsables.

2.5.4 LIMITACIONES DEL TUTOR

1.- Vender valores comerciales, industriales, títulos de renta frutos del pupilo, por menor valor de que cotice en la plaza el día de la venta.

2.- Contraer matrimonio con el pupilo o la pupila.

3.- Enajenar y gravar los bienes inmuebles y sus derechos anexos, así como los muebles preciosos salvo por absoluta necesidad o evidente beneficio previa confirmación del curador y autorización judicial.

4.- Hacer donaciones en los bienes del pupilo.

5.- Dar fianza a nombre del pupilo.

6.- Recibir dinero prestado a nombre del incapacitado.

7.- Hacer donaciones a nombre del pupilo.

2.5.5 EL CURADOR

Es la persona encargada de la vigilancia de los actos del tutor. A demás de la vigilancia que debe ejercer el juez de lo familiar y el consejo local de tutelas, los actos del tutor están bajo supervisión inmediata del curador, el curador es la persona designada por testamento, por el juez o por el pupilo mayor de 16 años

o por los menores de edad emancipados, para vigilar el comportamiento del tutor especialmente en el manejo de los pupilos o para defender al incapacitado. El ejercicio de la curatela será oneroso y se pagará de conformidad con el arancel para los procuradores cuando intervenga en los casos en que señale la ley.

Los cargos del tutor y curador de un incapaz no pueden ser desempeñados al mismo tiempo por una sola persona, tampoco por personas que guarden relación de parentesco entre sí en cualquier grado de línea recta o dentro del cuarto grado en línea colateral. Las funciones del curador cesan cuando el incapaz sale de la tutela, pero tiene derecho a ser relevado del desempeño del cargo a los 10 años²⁷.

2.5.6 RESPONSABILIDAD DE LOS ORGANOS TUTELARES

La tutela en derecho mexicano reposa y se sustenta en la responsabilidad personal de sus órganos. Así en cuanto a los jueces de lo familiar cuando no cumplan las prescripciones relativas a la tutela, serán responsables de los daños y perjuicios que sufran los incapaces. Respecto a los curadores, cuando no llenen sus deberes, serán responsables de los daños y perjuicios que resulten al incapacitado y en relación al consejo local de tutelas y al Ministerio Público, como funcionarios públicos están sujetos a las responsabilidades que sus atribuciones les imponen. La ley específica y reiteradamente se refiere a las responsabilidades en que puede incurrir el tutor, sancionando los actos que realiza fuera de sus atribuciones.²⁸

²⁷ IBIDEM.P.p.299

²⁸ GALINDO GARFIAS IGNACIO .Op.Cit.P.p734

2.5.7 EXTINCIÓN Y TERMINACIÓN DE LA TUTELA.

En nuestro derecho, la tutela termina con la muerte del pupilo, cuando concluye la incapacidad, al llegar a la mayoría de edad o cuando el menor se emancipa en virtud de contraer matrimonio, también es causa de cese de la tutela la adopción del menor o el reconocimiento hecho por sus padres, con lo que queda sujeto a la patria potestad.

Con la terminación de la tutela, el tutor debe rendir las cuentas generales de la misma en el término de los tres meses contados a partir de que la tutela sea instituida, plazo que el juez puede prorrogar por otros tres meses ante circunstancias extraordinarias que así lo exijan. También debe presentar informe sobre el desarrollo de la persona sujeta a la tutela. Cuando las cuentas le sean aprobadas, le será cancelada la garantía presentada para el ejercicio de la tutela.

2.6 LA MAYORIA DE EDAD E INCAPACES

2.6.1 PERSONAS INCAPACES: La persona física adquiere plena capacidad de ejercicio a partir de los 18 años cumplidos. Antes de llegar a esa edad el menor ejerce sus derechos y cumple sus obligaciones por medio de su representante legítimo (personas que ejercen la patria potestad o tutor). El derecho presume que el menor no tiene el necesario discernimiento, para decidir, por propia voluntad la realización de actos jurídicos. Es jurídicamente incapaz.

La capacidad de ejercicio requiere;

- a) Que la persona tenga el discernimiento necesario, para comprender las consecuencias de sus actos, y
- b) Que no haya sido declarada en estado de interdicción

Los mayores de edad, que han caído en estado de interdicción, se encuentran incapacitados necesitan para la realización de los actos jurídicos la intervención de un tutor.

La incapacidad de ejercicio puede ser natural como la de los infantes, la de los idiotas las de los enajenados mentales; o legal la establecida por la ley para los menores de 18 años, y para quienes hacen uso habitual e inmoderado de bebidas embriagantes o de enervantes y los sordomudos que no saben leer ni escribir, todos ellos son incapaces aun en los periodos de lucidez mental que puedan tener. Por ley, están incapacitados si han sido declarados previamente en estado de interdicción.

Por razón de su corta edad, en el periodo de la primera infancia, el niño no puede manifestar en ninguna manera su voluntad, sufre incapacidad natural, absoluta, semejante a la de los enajenados. Al desarrollarse físicamente, el menor va adquiriendo gradualmente, el uso de su razón y su voluntad; no obstante el ordenamiento jurídico no lo considera capaz, sino después de haber cumplido 18 años.

2.6.2 GRADOS DE INCAPACIDAD

A pesar de que el menor de edad no tiene la capacidad de ejercicio, hay ciertos actos que pueden realizar por si mismo, antes de llegar a la mayoría de edad, a saber:

- a) Pueden contraer matrimonio cuando han cumplido 14 años si es mujer y 16 si es varón; no obstante, necesita el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad sobre el. A falta de esas personas el consentimiento del tutor y a falta de este ultimo el juez de lo familiar de la residencia del menor, suplirá el consentimiento.

- b) El menor de edad, esta capacitado para solicitar de la autoridad administrativa de su domicilio, la suplencia del consentimiento para contraer matrimonio, cuando los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento o revoquen el que hubieren otorgado.

El menor de edad que ha cumplido 16 años, tiene capacidad para hacer testamento.

- c) Puede, si ha cumplido 16 años, designar en su testamento un tutor a sus herederos, si estos son menores de edad o incapacitados.
- d) Tienen capacidad para administrar por si mismo, los bienes que adquiera por su trabajo.
- f) Pueden pedir la declaración de su estado de minoridad.
Puede designar a su propio tutor dativo y al curador, si ha cumplido 16 años; el juez de lo familiar confirmara la decisión sino tiene justa causa para reprobala
- g) Si se encuentra sujeto a tutela, podrá elegir carrera u oficio.
- h) Tiene capacidad para intervenir en la redacción del inventario que debe presentar su tutor, si goza de discernimiento y ha cumplido 16 años.
- i) Así mismo si se encuentra en el mismo caso, deberá ser consultado por el tutor para los actos importantes de la administración de sus bienes.
- j) Pueden validamente reconocer a sus hijos, asistido de quienes ejercen sobre el la patria potestad o de su tutor.
- k) Si ha cumplido 14 años no puede ser adoptado sin su consentimiento.
- m) Los mayores de 16 años, están capacitados para ser sujetos de la relación de trabajo .Los menores de 14 años necesitan el consentimiento de su padre o tutor, del sindicato a que pertenecen, del inspector del trabajo o de la autoridad política.

2.6.3 QUIEN TIENE INCAPACIDAD NATURAL O LEGAL:

1.- Los menores de edad, 2.- Los mayores de edad privados de inteligencia, por demencia, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tenga intervalos lucidos, 3.- Los sordomudos que no saben leer ni escribir; 4.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.²⁹

2-7 MANDATO SEGÚN EDUARDO PALLARES

MANDATO: Acto por el cual se exige de los entes jurídicos vincule su voluntad a los preceptos de la norma o también la declaración de la conducta que debe seguirse, con el carácter de necesaria. Para cumplir con la norma .El concepto de mandato es uno de los conceptos fundamentales del derecho y, por estas circunstancias, talvez sea indefinible en el sentido de que no pueda reducirse a otros conceptos mas generales que lo comprendan por lo demás, en la conciencia de todos está la intuición en lo que significa mandar imponer la voluntad propia a la ajena, etc. Los mandatos pueden ser generales abstractos, concretos y particulares, autónomos y complementarios. El tipo de los generales y de los abstractos de la ley, en la que se ordena algo a un grupo de personas consideradas, no individualmente cada una de ellas, sino como formando parte de un grupo. La ley considera las situaciones jurídicas de una manera abstracta y no en su realidad concreta. Lo contrario acontecen los mandatos concretos e individuales, como son los apercibimientos las sentencias los requerimientos, etc. Son mandatos autónomos aquellos que subsisten por si mismos y no presuponen un mandato diferente del cual dependan y al que completen. Los complementarios son sus opuestos: por ejemplo, la sentencia se basa en una ley cuya eficacia jurídica integra debidamente, en los casos en que aquella es violada CARNELUTTI define el mandato “como la imposición de la regla mediante la fuerza”, pero al hacerlo, confunde la ejecución del mandato con el mandato

²⁹ IBIDEM.P.p 73

mismo, lo que equivale a confundir la sentencia con la vía de apremio o la sentencia penal que impone la pena de prisión, con la prisión misma.³⁰

2.7.1 MANDATO SEGÚN PINA VARA

Contrato por el cual el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante, los actos jurídicos que este le encarga. Orden dada en el ejercicio de un cargo de autoridad o en cumplimiento de uno de carácter particular legalmente justificada. Comisión o encargo.³¹

2.7.2 PODER SEGÚN EDUARDO PALLARES

Lo define carnellutti como “La posibilidad de mandar para lograr la composición de un conflicto de intereses, y lo distingue del derecho subjetivo, porque este es la posibilidad de valerse del mandato para el prevaesimiento de un interés propio. Tanto uno como otro son atributos de la voluntad, pero el poder que significa dominio de la voluntad ajena”.³²

2.7.3 PODER SEGÚN PINA VARA

Autorización en virtud de la cual una persona ejerce en nombre de otra los actos jurídicos que esta le encargue.

Instrumento notarial o carta en que se otorga la facultad de representación.

Conjunto de las atribuciones conferidas por la ley a un órgano de autoridad.

Imperio dominio o jurisdicción que se tiene para ordenar, mandar o hacer una cosa y que la esfera política se manifiesta como poder ejecutivo, legislativo y judicial.³³

³⁰ PALLARES EDUARDO . DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL.27ed.Ed. Porrúa .México 2003.p.557

³¹ DE PINA VARA RAFAEL.DICCIONARIO DE DERECHO.32ed.Ed.Porrúa. México 2003.p409

³² IBIDEM

³³ DE PINA VARA RAFAEL.Op.Cit.P.p 441

2.7.4 REPRESENTACIÓN SEGÚN PINA VARA

Institución en virtud de la cual una persona puede realizar un acto jurídico por otra, ocupando su lugar.

2.7.5 REPRESENTACIÓN PROCESAL SEGÚN PINA VARA

Facultad conferida legalmente a una persona para representar a otra en juicio.³⁴

2.7.6 REPRESENTACIÓN JUDICIAL SEGÚN EDUARDO PALLARES

Las partes que tiene capacidad procesal pueden comparecer en juicio personalmente o por medio de un representante, que tiene el nombre de mandatario judicial o procurador judicial. (Art. 46) en nuestro derecho no existe como en el español, la obligación de comparecer por medio del procurador judicial, según queda expuesto en el capítulo relativo a la capacidad procesal. Las personas que no gozan de ella comparecen por sus representantes legales que son de padres ascendientes en ejercicio de la patria potestad y tutores de diversas clases. Estos a su vez, pueden comparecer personalmente o por medio de un procurador judicial. A las sociedades civiles o mercantiles los representan sus gerentes, directores, o administradores; a las sucesiones hereditarias los albaceas, a los concursos y quiebras los sindicatos, y así sucesivamente, El ministerio público representa a las personas que no están en el lugar del juicio y carezcan de representante legal cuando la diligencia sea urgente o perjudicial la dilación lo que bien consideramos equivale a lo mismo. La representación judicial única es forzosa, en los casos en que dos o más personas ejerciten una misma acción u opongan una misma excepción. La representación única se lleva a cabo por medio de un representante común.³⁵

³⁴ IBIDEM.P.p.444

³⁵ PALLARES EDUARDO. Op.Cit.P.p 707-711

CAPÍTULO TRES 3

EL PROCEDIMIENTO PENAL

3.1 PROCEDIMIENTO PENAL: Conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tienen por objeto determinar que hechos pueden ser calificados como delito, para en su caso aplicar la sanción correspondiente.³⁶ Se debe mencionar que dentro del procedimiento penal intervienen dos clases de autoridades, una autoridad administrativa perteneciente al Poder Ejecutivo y una autoridad Judicial o Jurisdiccional que como su nombre lo indica pertenece al Poder Judicial y es el Juez.

JUAN JOSE GONZALEZ BUSTAMANTE ,manifiesta que el procedimiento penal es el conjunto de actividades y formas regidas por el Derecho Procesal Penal , que se inicia desde que la autoridad publica interviene al tener conocimiento de que se ha cometido un delito y lo investiga, y se prolonga hasta el pronunciamiento de la sentencia , donde se obtiene la cabal definición de las relaciones del derecho penal .³⁷

COLIN SANCHEZ GUILLERMO: Dice que el Procedimiento Penal es el conjunto de actos y formas legales que deben ser observados obligatoriamente por todos los que intervienen, desde el momento en que se entabla la relación jurídica material del derecho penal, para hacer factible la aplicación de la ley.³⁸ El procedimiento Penal se divide en etapas según el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato en su artículo segundo que a la letra dice:

El procedimiento penal tiene cuatro periodos:

I.- El de Averiguación Previa a la consignación a los Tribunales, que comprende las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita acción penal.

II.- El de Instrucción, que comprende las diligencias practicadas por los Tribunales con el fin de averiguar la existencia de los delitos, las circunstancias en que hubieren sido cometidos y la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculpados.

³⁶ RIVERA SILVAMANUEL. EL PROCEDIMIENTO PENAL. TRIGESIMA TERCERA ed.Ed. Porrua.Mexico.2003.p 5

³⁷ GUTIERREZ NEGRETE FRANISCO. APUNTES DE PROCESO PENAL.2007

³⁸ COLIN SANCHEZ GUILLERMO.DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.Ed.Porrua.Mexico 1990.p59

III.- El de juicio, durante el cual el ministerio publico precisa su acusación y el acusado su defensa, ante los tribunales, y estos valoran las pruebas y pronuncian sentencias definitivas;

IV.- El de ejecución que comprende desde el momento en que causa ejecutorial la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas.

Para entender con mayor claridad la división de los periodos , hemos de pensar que nuestro procedimiento tiene una estructuración basada en que una vez que se tiene el conocimiento de un hecho posiblemente delictuoso, se procede a dar aviso a la Autoridad Investigadora para que esta averigüe y acuda al órgano jurisdiccional a quien le han consignado, y este buscara justificar la responsabilidad de los sujetos y después con la aportación de los medios probatorios , si encuentra estas circunstancias , se aplicara el derecho .

3.2 AVERIGUACIÓN PREVIA

Este periodo de la averiguación previa, también es conocido como fase preparatoria de la acción penal.

Colin Sánchez Guillermo , nos da un concepto de la preparación de la acción penal y dice que esta se realiza en la averiguación previa , etapa procedimental en que el Ministerio Público, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal , debiendo integrar, para esos fines , el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.³⁹

La finalidad de la averiguación previa es recabar los datos y pruebas para poder acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y comprobados estos entonces ejercitara acción penal.

3.2.1 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

El procedimiento penal se inicia con el requisito de procedibilidad, los cuales se denominan de esa manera por que sin ellos el Ministerio Público no podrá actuar, estos son la denuncia o la querrela, y dándose cualquiera de estos dan origen a la Averiguación Previa, que es la actividad investigadora e indagadora del Ministerio Público.

³⁹ IBIDEM,p.243

3.2.2 REQUISITOS DE INICIACIÓN

La iniciación del procedimiento penal o de la función persecutoria no queda al arbitrio del órgano investigador, sino que es necesario, para que pueda darse la iniciación, como requisitos legales o de procedibilidad la presentación de denuncia o de la querrela.

3.3 DENUNCIA

La denuncia es la relación de actos que se suponen delictuosos hecha ante autoridad investigadora con el fin de que esta tenga conocimiento de ellos, misma que puede ser realizada por cualquier persona.⁴⁰

También se puede afirmar que la denuncia es el relato de hechos constitutivos de algún delito de persecución oficiosa que hace cualquier persona ante el Ministerio Público.

La denuncia es útil para hacer del conocimiento del Ministerio Público lo que se sabe acerca de un delito, ya sea que el propio portador de la noticia haya sido el afectado o bien, que el ofendido sea un tercero, de tal consideraron que la denuncia puede ser presentada por cualquier persona.

3.3.1 NATURALEZA JURIDICA DE LA DENUNCIA

La denuncia es un deber de toda persona, y en su justificación esta en el interés general para conservar la paz social, puesto que es un deber de toda persona que tenga el conocimiento de un delito que se persiga de oficio de denunciarlo ante el ministerio publico o cualquier otra autoridad, quien a su vez lo hará lo antes posible ante el ministerio publico.

3.3.2 ELEMENTOS DE LA DENUNCIA

Entre los elementos de la denuncia encontramos que debe saber una relación de actos que se estimen delictuosos, también encontramos otro elemento el cual nos dice que debe ser hecha ante órgano investigador y por ultimo que pueda ser hecha por cualquier persona.

1.- Relación de actos consistentes en una simple exposición de lo acaecido, esta exposición no requiere la presencia de la queja, o sea el deseo de que se persiga al autor de esos actos y puede hacerse en forma oral o escrita,

2- La relación de actos debe ser hecha ante el órgano investigador, es decir ante el ministerio publico.

⁴⁰ RIVERA SILVAMANUEL. Op.Cit. (supra 43) P,p 7

3.- Por lo que alude a que la denuncia puede ser hecha por cualquier persona, es decir que la puede presentar cualquier persona sea o no el ofendido.

3.3.3 EFECTOS DE LA DENUNCIA

El principal efecto que trae consigo la denuncia es que obliga al ministerio público a proceder de oficio a la investigación de los delitos siempre y cuando no se trate de infracciones que requieran para su persecución, el cumplimiento de algún requisito de placibilidad o que venza un obstáculo procesal que impida iniciar el procedimiento o la prosecución del mismo.

3.4 QUERELLA

La querella es el derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido.

La querella se puede definir como la relación de hechos expuesta por el ofendido ante el órgano investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito.

Tratándose de los delitos que se persiguen a petición de parte ofendida, no solamente el agraviado, sino también su legítimo representante, cuando lo estimen necesario, pondrá en conocimiento del ministerio público la comisión del hecho delictuoso, para que este sea perseguido.

3.4.1 ELEMENTOS DE LA QUERELLA

Dentro de los elementos indispensables de la querella encontramos el primero que es una relación de hechos, un segundo elemento indica que esta relación de hechos sea hecha por la parte ofendida y por último que manifieste la queja.

1.- Como primer elemento de la querella tenemos que debe ser una relación de los actos delictuosos hecha ante el ministerio público en forma verbal o escrita. Así pues la querella no es únicamente acusar a una persona determinada que ha cometido un delito o pedir que se castigue, sino un medio para hacer del conocimiento de la autoridad la exigencia de un delito, exige una exposición de actos que viene a integrar el acto u omisión sancionados por la ley.

2.- Requisito indispensable es que sea hecha por la parte ofendida, pues en los delitos que se persiguen por querella, se ha estimado que entra en juego un interés particular cuya intensidad es más vigorosa que el daño sufrido por la sociedad con la comisión de estos delitos.

3.- El tercer elemento es que haya una manifestación de la queja, ya que la querella es un medio para hacer del conocimiento de la autoridad de un delito para que por desearlo así el ofendido, se persiga al autor.

3.4.2 EFECTOS DE LA QUERELLA

El principal efecto que trae consigo la querella es que obliga al ministerio público a proceder de oficio a la investigación de los delitos.

3.5 FUNCIÓN PERSECUTORIA

Es facultad del ministerio público perseguir los delitos, y esta función persecutoria consiste en investigar el delito y demostrar la probable responsabilidad, esta función persecutoria implica dos momentos, la actividad investigadora y el ejercicio de la acción penal.

- 1) Actividad Investigadora (como un contenido) en esta investigación debe probar que hay un delito y que hay una probable responsabilidad.
- 2) Ejercitar la acción penal (como una finalidad) El término de la prescripción es la única limitante que tiene el ministerio público para ejercitar la acción penal.

3.6 PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD INVESTIGADORA

Los principios de la actividad investigadora son los requisitos de iniciación, principio de oficiosidad y el principio de legalidad los cuales versan en lo siguiente:

a) PRINCIPIO DE INICIACIÓN

Este principio se presenta a través de la denuncia o de la querella.

b) REQUISITOS DE OFICIOSIDAD

Este consiste en que una vez que el ministerio público tiene conocimiento de que ha cometido un delito debe llevar a cabo de manera oficiosa la investigación, es decir tiene la obligación de investigar de oficio sin que las partes lo insten, excepto cuando los delitos son de los considerados dentro de la querella.

c) PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Toda la actividad del ministerio público debe estar dentro de la normatividad, esto es que la investigación debe ajustarse a las normas establecidas.

3.7 DETERMINACIÓN

En la determinación el ministerio publico va exponer los razonamientos jurídicos en los que expresara el por que considera que con las pruebas recabadas en la averiguación previa, se encuentra comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. Y es que para poder cumplir con el ejercicio de la acción penal se necesita que este integrado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad este demostrada.

Así mismo en la determinación se va ordenar que se ejercite la acción penal en contra del o los individuos y por el o los delitos comprobados en la averiguación previa.

+ Con la determinación surgen 4 supuestos

- 1) Que aun no se haya comprobado la existencia de un delito o la probable responsabilidad de un sujeto, en este dicho supuesto se procede a la reserva o al archivo de la averiguación previa, según sea el caso.

Reserva.- Esta se presenta cuando las diligencias practicadas no se comprueba la existencia de un delito o la responsabilidad de un sujeto, pero aun quedan por practicarse algunas diligencias, entonces se decreta la reserva de la averiguación previa.

Archivo.- Cuando habiéndose practicado todas las diligencias que solicita la averiguación, no se comprueba la existencia de un delito o la responsabilidad de un sujeto, y se decretara el archivo de la averiguación.

- 2) Que se estime comprobada la existencia de un delito y probable responsabilidad de un sujeto que no esta detenido , se procederá a realizar la consignación y se pedirá realizar orden de aprehensión, siempre y cuando se trate de un delito que merezca pena privativa de libertad y cumpla con algunos requisitos como lo son :
 - Que exista previa denuncia o querella
 - Que la denuncia o querella se refiera aun delito que merezca pena privativa de libertad.
Que la denuncia o la querella sean apoyadas por los medios de prueba
 - Que sea pedida por el ministerio público.

- 3) Que se estime comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de una persona que no esta detenido, se procederá a consignar y se pedirá girar orden de comparecencia, esto en caso de que el delito no merezca pena privativa de libertad.
- 4) Que se estime comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de un sujeto que se encuentra detenido, en este caso se pondrá a disposición del juez.

3.8 CONSIGNACIÓN

Para poder ejercitar la acción penal es necesario que el ministerio publico realice la consignación; por lo que la consignación alude al momento en que el ministerio publico ejercita la acción penal en con el fin de que el juzgador resuelva sobre el indiciado; y en esto técnicamente el ejercicio de la acción penal, el paso del expediente del ministerio publico al juez.

Existen dos formas en que el ministerio puede llevar acabo la consignación, ya sea consignar con detenido o sin detenido.

3.8.1 CONSIGNACIÓN CON DETENIDO

Cuando se consigna con detenido en la acción penal, el ministerio publico esta poniendo al indiciado a disposición del juzgador , y lo primero que tiene que hacer el juez es revisar si la detención ha sido hecha conforme a derecho, si no es así, tendrá que dar la libertad .

3.8.1.1 FORMAS EN QUE SE PUEDE DETENER A UNA PERSONA.-Puede ser por el delito flagrante, por orden de detención o urgencia y por orden de aprehensión.

a) Por delito flagrante .- Su fundamento lo encontramos en el artículo 16 párrafo IV de nuestra constitución política de los Estados Unidos Mexicanos , el delito flagrante consiste en sorprender al sujeto activo del delito al momento de cometer el delito o bien cuando el sujeto esta huyendo. Y en este caso cualquier persona puede detener al indiciado, pero inmediatamente debe ponerlo a disposición de la autoridad y esta a su vez con la misma prontitud al ministerio público.

b) Por orden de detención o urgencia.- se encuentra inserto en el artículo 16 párrafo V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La orden de detención se da en plena averiguación previa del ministerio público es decir que el ministerio público se encuentra facultado para detener a una persona en

plena averiguación previa para poder girar la orden de detención se necesitan los siguientes requisitos:

_ Exclusivamente que se trate de delito grave.

_ Solo en caso de urgencia.

-Que por razón de la hora lugar o circunstancia no se puede recurrir ante la autoridad jurisdiccional.

_Que se tenga la sospecha y el riesgo fundado de que el indiciado se pueda sustraer a la acción de justicia.

c) Por orden de aprehensión.- Esta proviene exclusivamente del juez y su fundamento se encuentra en el artículo 16 de la Carta Magna .Los requisitos para solicitar la orden de aprehensión son los siguientes:

- Debe provenir exclusivamente de una autoridad judicial.
- Debe existir denuncia, acusación o querrela de parte.
- Que este hecho este señalado por la ley como delito sancionado cuando menos con pena privativa de libertad.
- Que existan datos que acrediten los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

3.8.2 CONSIGNACIÓN SIN DETENIDO

Cuando no hay detenido el ministerio público goza de todo el tiempo que quiera para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, solo estará pendiente de que no le prescriba la acción penal, por que si prescribe el indiciado se liberar de obligaciones, las formas en que puede prescribir la acción penal son las siguientes:

- En tratándose de delitos que merezcan pena privativa de libertad la acción penal prescribirá en un plazo igual al del termino aritmético de la sanción señalada para el delito que se trate, pero que nunca será mayor de tres años.
- Tratándose de delitos que no merezcan pena privativa de libertad la acción penal prescribirá en un año.
- En los delitos que se persigan por querrela la acción penal prescribirá en dos años

3.9 PERIODO DE INSTRUCCIÓN

Con la consignación de los hechos al órgano jurisdiccional, se inicia la actividad y con ello la instrucción. Satisfechos los requisitos legales que gobiernan la averiguación previa, en su caso el ministerio público estará en posibilidad de provocar la actividad jurisdiccional; a partir de ese momento se darán los actos persecutorios que se caracterizan el periodo de instructorio.

Cabe hacer mención, que en casos de urgencia o flagrancia cuando se consigna con detenido, el juez que reciba esta deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de la ley; tal como lo establece el párrafo VI de el artículo 16 constitucional. Por lo que realizada la consignación la autoridad judicial revisara si esta fue hecha conforme a derecho.

La instrucción es una consecuencia del ejercicio de la acción penal.

La fracción II del artículo 2 del código de procedimientos penales para el Estado de Guanajuato, establece que el segundo periodo del procedimiento penal es el de instrucción, el cual comprende las diligencias practicadas por los tribunales con el fin de averiguar la existencia de los delitos, las circunstancias en las que hubieren sido cometidos y la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculcados. La instrucción es la etapa procedimental en donde se llevarán a cabo actos procesales, encaminados a la comprobación de los elementos del delito y al conocimiento de la responsabilidad o inocencia del supuesto sujeto activo; el órgano jurisdiccional a través de la prueba conocerá la verdad histórica y la personalidad del procesado, para estar en aptitud de resolver en su oportunidad la situación jurídica planteada.⁴¹

La instrucción cuenta con dos periodos; uno el que va desde que el indiciado es puesto a disposición del juzgador y que termina con el término de las 72 horas cuando se resuelve la situación jurídica de este, ya sea dictando un acto de formal prisión, o un auto de sujeción al proceso, un auto de libertad o soltura por falta de elementos para procesar; y el segundo periodo de instrucción, es llamado instrucción en sentido estricto, el cual inicia cuando se dicta el auto de formal prisión o de sujeción al proceso, ya que es donde inicia el proceso penal propiamente dicho.

La instrucción en sentido amplio, es la fase preparatoria a juicio que tiene por objeto la reunión de las pruebas y el uso de procedimientos y formalidades para poner un negocio en estado de ser juzgado es la primera parte del proceso, en donde se recogen y coordinan las pruebas de sujeción a las normas procesales,

⁴¹ COLIN SANCHEZ GUILLERMO. Op. Cit. P. p243-277

se perfecciona la investigación y se prepara el material indispensable para la apertura del juicio.⁴²

Se considera la instrucción como el trámite, curso o formalización de un proceso o expediente, reuniendo pruebas, citando y oyendo a los interesados, practicando cuantas diligencias y actuaciones sean necesarias para el órgano jurisdiccional este en posibilidad de fallar o resolver el asunto de que se trate en definitiva.⁴³

3.9.1 AUTO DE RADICACIÓN.

La primera etapa de la instrucción se inicia en el momento en que se ejercita la acción penal a cargo del ministerio público, se dicta el auto de radicación o auto de entrada, también llamado comúnmente auto cabeza del proceso. Es decir, que la instrucción constituye un todo que se inicia con el auto de radicación o sea desde que el órgano de acusación demanda del órgano jurisdiccional que se avoque al conocimiento de un negocio determinado y termina con el mandamiento en que el juez declara cerrada la instrucción.

El auto de radicación es el primer acto de imperio del juez. A partir del auto de radicación, la instrucción habrá de realizarse rápidamente, a fin de que el procesado sea juzgado con prontitud.

Cuando el juez recibe la consignación del ministerio público, debe actuar inmediatamente, debe ordenar que es lo que se hace y por lo mismo debe pronunciar inmediatamente una resolución, y esta resolución es el primer auto del proceso, es el primer mandato judicial dentro del procedimiento penal.

a) Esta resolución judicial, que es el auto de radicación debe contener fundamentalmente los siguientes requisitos:

- La fecha y hora en que se recibió la consignación.
- El nombre del juez que lo pronuncia.
- El lugar, año, mes, día y hora en que se dicta.
- La orden para que se registre en el libro de gobierno y den los avisos correspondientes, tanto al superior como al ministerio público adscrito, para que este último intervenga, de acuerdo con sus atribuciones.
- Y la orden para practicar las diligencias señaladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el código de procedimientos penales para el Estado de Guanajuato, si hay detenido; cuando no lo hay, deberá ordenar el juez que se hagan constar solo los datos primeramente

⁴² GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE. PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL MEXICANO. 8ª ed. Ed Porrúa. México. 1985. p. 296

⁴³ DE LA CRUZ AGÜERO LEOPOLDO. PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. 6ª ed. Ed Porrúa. México 1998. p. 147

citados para que, previo estudio de las diligencias, este en aptitud de obsequiar la orden de aprehensión, o negarla.

b) El auto de radicación trae como consecuencia los siguientes efectos:

- Fija la jurisdicción del juez, es decir, que el juez admite que es competente para conocer el delito.
- Vincula a las partes a un órgano jurisdiccional, de tal forma que una vez que el juez admite su competencia todas las personas que intervengan en ese proceso están vinculadas a ese órgano.
- Abre el periodo de preparación al proceso.

3.9.1.1 TÉRMINO CONSTITUCIONAL

El término constitucional, empieza a correr para el juez desde el momento en que el detenido queda a su disposición.

A partir de que el indiciado es puesto a disposición del juzgador se toman 48 horas, para que el juez pueda tomarle al indiciado su declaración preparatoria en audiencia pública.

A fin de que el juez, tras haber estudiado la consignación del ministerio público y las pruebas presentadas por este, decidirá si se reúnen o no los elementos constitucionalmente indispensables para someter a un proceso penal; es decir que previa apreciación jurídica de los hechos acreditados hasta las 72 horas, el juez resolverá sobre la situación jurídica del indiciado, ya sea dictando el auto un auto de formal prisión, un auto de sujeción al proceso o un auto de libertad o soltura por falta de elementos para procesar.

El término de las 72 horas podrá ser duplicado a 144 horas, nuestra Carta Magna establece en su artículo 19 párrafo II, que exclusivamente se podrá duplicar dicho término cuando así lo solicite el inculcado, en la forma en que lo señale la ley, y el código de procedimientos penales para el Estado de Guanajuato en su artículo 151 párrafo II establece que también su defensor podrá solicitar que se duplique el término de las 72 horas, al momento de la declaración preparatoria, es decir, dentro de las 48 horas, siempre que sea con la finalidad de desahogar pruebas que en esa misma diligencia se ofrezcan.

Es necesario hacer mención que por disposición de la ley, en el artículo 19 párrafo II de la constitución de la República, se le concede al carcelario 3 horas más cuando dentro del plazo antes señalado, es decir dentro de las 72 horas no ha recibido la copia autorizada del auto de formal prisión, o bien de que se haya

duplicado el término y no se le haya notificado, por lo que le reclama esto al juez , y si no recibe la constancia antes mencionada dentro de las 3 horas siguientes, quedara en libertad el inculpado.

3.9.1.2 DECLARACIÓN PREPARATORIA

La declaración preparatoria, es el acto a través del cual comparece el procesado ante el órgano jurisdiccional, con el objeto de hacerle conocer el hecho punible por el que el ministerio público ejercito la acción penal en su contra para que pueda llevar a cabo sus actos de defensa y el juez resuelva la situación jurídica del indiciado, dentro del termino constitucional de las 72 horas. Declarar significa exponer hechos, en una manifestación del ánimo o de la intención o la deposición que hace un inculpado en causas criminales. Preparar quiere decir prevenir, disponer de alguien para una acción que se ha de seguir. En este sentido, la declaración preparatoria tiene por finalidad informar al inculpado sobre el procedimiento judicial insaturado en su contra para que conteste los cargos.⁴⁴

La declaración preparatoria como garantía constitucional se encuentra inserta en el artículo 20 fracción III de la Constitución Política de la Republica Mexicana, el cual a la letra establece que: “En todo proceso de orden penal, el inculpado, la victima o el ofendido tendrá las siguientes garantías:

A. Del inculpado. Fracción tercera: se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las 48 horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo , rindiendo en este acto su declaración preparatoria “.

Del contenido de este precepto se desprenden las siguientes garantías:

= Que el procesado conozca los hechos motivo de la acusación y en esa forma pueda preparar su defensa, la cual se iniciara, ya sea con su declaración preparatoria o con los actos se lleve a cabo su defensor.

= La de tiempo, es decir, que dentro de las 48 horas declare ante el juez. Lo que en un aspecto solo son las garantías para el procesado, en otro se convierten en obligaciones para el órgano jurisdiccional, ya que dentro del término de las 48 horas siguientes a la consignación, el juez esta obligado a darle a conocer:

- Los hechos

⁴⁴ COLIN SANCHEZ GUILLERMO.Op.Cit.P.p287

- El nombre de su acusador y causa de la acusación
- A oírle en defensa
- A tomarle su declaración preparatoria.

La forma de llevar a cabo la diligencia en donde se tome la declaración preparatoria, esta prevista en el código de procedimientos penales para el Estado de Guanajuato en los artículos 144 y 145, los cuales señalan las obligaciones del juez en relación con el procesado y son las siguientes:

- Se le hará saber que tiene derecho a obtener su libertad provisional bajo caución o protesta en los términos del artículo 20 fracción I de la Constitución Política Mexicana y los artículos 387 y 406 del código de procedimientos penales. Para el estado de Guanajuato.
- Requerirlo para que nombre defensor, haciéndole saber de que no hacerlo, se le designara de oficio.
- Forzosamente la audiencia será pública, sin embargo, se impedirá que permanezcan en el juzgado, las personas que tengan que ser examinadas como testigos.
- La declaración preparatoria comenzara por los generales del inculcado, en donde se incluirá también los apodosos que tuviere.
- Se le designara un traductor cuando el inculcado no hable o no entienda suficientemente el idioma español.
- Se le impondrá del motivo de su detención y se le hará conocer la querrela si la hubiere, así como los nombres de las personas que le imputen la comisión del delito.
- Se le facilitaran todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.
- Se le recibirán las pruebas que ofrezca, en los términos legales, ayudándole para obtener la comparecencia de los testigos que solicite.
- Se le informara que podrá carearse en presencia del juez con quienes depongan en su contra, siempre que el o su defensor lo solicite.
- Y por ultimo informarle que será juzgado antes de cuatro meses si se trata de delitos que no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor tiempo para su defensa.

De tal información, se dejara constancia en actuaciones sobre los derechos mencionados al inculcado. Posteriormente, si lo desea declara sobre los hechos que se le imputan.

En la declaración preparatoria, también se formara la relación jurídica procesal, por que aquí es donde se cumple con los requisitos de esta.

3.10 AUTO DE FORMAL PRISIÓN

Ahora procederemos a desentrañar las formas de resolver la situación jurídica del indiciado, en la cual primeramente trataremos del auto de formal prisión.

De acuerdo como lo preceptuado en el artículo 19 constitucional, el auto de formal prisión es la resolución del juez, en donde resolverá la situación jurídica del procesado, al vencerse el término constitucional de las 72 horas, por estar comprobados los elementos del cuerpo del delito que merezca pena privativa de libertad y los datos suficientes para presumir la responsabilidad, siempre y cuando no este comprobada a favor del procesado, una causa de justificación que extinga la acción penal, para así determinar el delito o los delitos por los que ha de seguirse el proceso.⁴⁵

Según se deduce del primer párrafo del artículo 19 de nuestra carta magna, el auto de formal prisión debe contener indispensablemente, requisitos de fondo y requisitos formales.

Los requisitos señalados como elementos de la forma que deberán expresarse en los autos de formal prisión, son los siguientes:

- El delito que imputa al acusado y sus elementos constitutivos.
- Las circunstancias de ejecución de tiempo y de lugar.
- Y los datos que arroje la averiguación previa.

Y como requisitos de fondo, nuestra constitución política establece lo siguiente:

- Que los datos sean suficientes para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculgado.

Por otra parte, el mismo precepto indicado ordena que “Ninguna detención podrá exceder del termino constitucional de 72 horas sin que justifique con un auto de formal prisión”. Esta prevención indica que nadie puede permanecer privado de su libertad, por más del tiempo citado, si no se ha dictado el mencionado proveído judicial, cuya falta origina la liberación del detenido en todo caso.

⁴⁵ IBIDEM 301

En lo que respecta a nuestro código de procedimientos penales para el estado de Guanajuato, en su artículo 151, nos establece además de los requisitos señalados, una serie de elementos adicionales, que se conforman de la siguiente manera:

- Que se haya tomado la declaración preparatoria del indiciado en los términos de la ley o bien que se haya asentado en autos su negativa de declarar.
- Que este comprobado el cuerpo del delito.
- Que este comprobada la probable responsabilidad.
- Que el delito merezca pena privativa de libertad.
- Que no exista ningún eximente de responsabilidad, cabe señalar que los eximentes de responsabilidad son las causas de justificación, es decir, las partes o aspectos negativos del delito, que son: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad, excusas absolutorias e inculpabilidad.

Por ultimo los efectos que trae consigo el auto de formal prisión son los siguientes:

- Constituye la base del proceso penal, ya que el párrafo III del artículo 19 de la Constitución Política de la Republica, nos establece que todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión, y es que si en la secuela de un proceso apareciere que ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de una averiguación por separado.
- Fija tema al proceso, es decir, que nos va a decir de que se va a tratar este proceso.
- Justifica la prisión preventiva, que es la privación de la libertad ambulatoria durante el procedimiento penal, desde la averiguación previa, la cual se encuentra establecida en el artículo 18 párrafo primero de la carta magna
- Suspende las prerrogativas del ciudadano ofendido, las cuales se encuentran insertas en el artículo 38 fracción II de nuestra constitución, y dice que por estar sujeto ha un proceso criminal por un delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión.
- Define o determina el plazo para dictar sentencia, establecido en la fracción VIII del artículo 20 constitucional, ya que a partir del auto de formal prisión corren los términos para que el juez dicte sentencia, puesto que por el inculpado será juzgado antes de 4 meses si se tratare de delitos que la pena no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa.

3.11 AUTO DE SUJECCIÓN AL PROCESO

Dado que nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos solo establece, que por delito que merezca pena corporal habrá lugar a la prisión preventiva, resulta que nada dice respecto a quienes son procesados por delitos que no merezcan pena privativa de libertad, o bien que son sancionados con la pena alternativa por lo que entra en acción nuestro código de procedimientos penales para el Estado de Guanajuato, para establecernos en su artículo 152, disponiendo que, cuando el delito cuya existencia se haya comprobado no merezca privación de libertad, o este contemple sanción alternativa, se dictara auto con todos requisitos del auto de formal prisión, sujetando a proceso a la persona contra la cual aparezcan datos suficientes que hagan probable su responsabilidad, para el solo efecto de señalar el delito por el que deba perseguirse el proceso por lo que estamos obligados a señalar que el auto de sujeción al proceso, debe reunir determinadas características del mandato de formal prisión, pero esa exigencia solo deviene de leyes secundarias.

El auto de sujeción al proceso es la resolución dictada por el juez, por medio de la cual tratándose de delitos sancionados con pena no corporal o alternativa, previa comprobación del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad, se resuelve la situación jurídica del procesado, fijándose la base del proceso que debe seguirse.⁴⁶

Por lo que el auto de sujeción al proceso contiene todos los requisitos del auto de formal prisión, exceptuando únicamente que el delito no debe merecer pena privativa de libertad, es decir, que el auto de sujeción a proceso significa que el procesado no esta privado de su libertad, pero si el sujeto a proceso y con ello sometido a la jurisdicción respectiva.

a) El auto de sujeción a proceso tiene o trae consigo efectos como:

- Sujeta al indiciado al proceso sin que pise la cárcel, ni siquiera en la averiguación previa.
- Se señala el delito o los delitos por los que se va a procesar.
- Constituye la base del proceso.

⁴⁶ IBIDEM,p.304

3.12 AUTO DE LIBERTAD O SOLTURA POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR

El auto de libertad o de soltura por falta de elementos para procesar, también es llamado auto de libertad por falta de meritos, auto de libertad con reservas de la ley y auto de libertad por falta de elementos para continuar el proceso.

El auto de libertad por falta de elementos para continuar el proceso, es la resolución dictada por el juez al vencerse el término constitucional de 72 horas, en donde se ordena que el procesado sea restituido en el goce de su libertad, en virtud de no estar integrado el cuerpo del delito, ni la probable responsabilidad, o que habiendo se dado lo primero, no exista lo segundo.

La falta de esos requisitos provoca esta determinación, sin embargo, el ministerio público posteriormente aporta nuevos datos que satisfagan las exigencias legales, se procederá nuevamente en contra del supuesto sujeto activo del delito, se ordenara su captura.

Dentro de nuestro código de procedimientos penales para el estado de Guanajuato, se encuentra el artículo 157, el cual a la letra dice "Si dentro del término legal no se reúnen los requisitos para dictar auto de formal prisión o el de sujeción al proceso, se dictara auto de libertad por falta de elementos para procesar o de no ejecución al proceso en su caso, sin perjuicio de que, si procediere el ministerio público perfeccione el ejercicio de la acción penal.

La resolución en estudio lo único que determina es que si hasta las 72 horas no hay elementos para procesar, es decir que no se pueda comprobar el cuerpo del delito o la probable responsabilidad, mas no resuelve en definitiva, sobre la existencia de algún delito o la responsabilidad de un sujeto. Por tanto la misma resolución no impide que datos posteriores permitan proceder nuevamente en contra del inculpado. En este sentido que guarda la frase ya consagrada "Con las reservas de la ley".

El auto de soltura podrá provenir de un delito que merezca pena privativa de libertad o de uno que no merezca pena privativa de libertad.

3.13 INSTRUCCIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

El periodo de la instrucción en sentido estricto puede durar, dependiendo de la penalidad del delito de que se trate, que nuestro artículo 138 del código de procedimientos penales para el Estado de Guanajuato, a la letra dice “La instrucción deberá terminarse en el menor tiempo posible. cuando exista un auto de formal prisión y el delito tenga señalada una pena máxima que exceda de dos años de prisión, se terminara dentro de 10 meses, si la pena máxima es de dos años de prisión o menor o hubiere dictado auto de sujeción al proceso, la instrucción deberá terminarse dentro de los 3 meses . Los términos a que se refiere, se contarán a partir de la fecha del auto de formal prisión o del auto de sujeción al proceso según sea el caso “

Por lo que se deduce, la instrucción en sentido estricto durara ya sean tres meses para la penalidad menor y 10 meses la penalidad mayor.

Dentro de la instrucción en sentido estricto se van a ofrecer y desahogar pruebas, una vez desarrolladas el juez, examinara el expediente y vera que todas las pruebas estén desahogadas y así procederá a dictar un auto en donde se declare agotada la instrucción. Dentro de este auto entra en acción el artículo 41 del código de procedimientos penales para el Estado de Guanajuato, el cual a la letra dice “Cuando el tribunal considere agotada la averiguación, mandara poner por tres días y por otros tres a la del acusado y su defensor, para que promuevan las pruebas que estimen pertinentes y que puedan practicarse dentro de los 15 días siguientes al en que se notifique el auto que recaiga a la solicitud de la prueba, transcurridos o renunciados los plazos a que se refiere este artículo o sino se hubiere promovido prueba, el tribunal de oficio declarara cerrada la instrucción. “

Es decir, en este auto en el que se declara agotada la instrucción, se da vista a las partes por tres días a cada una, para que le digan si todavía hay pruebas que ofrecer y desahogar o ya no hay, y si todavía hay pruebas, el juez da 15 días adicionales para que desahoguen esas pruebas .Por lo que ofrecidas y desahogadas las pruebas el juez dictara otro auto en donde declara cerrada la instrucción y dará vista al ministerio público para rinda sus conclusiones.

3.14 MEDIOS DE PRUEBA

Antes de emitir un concepto sobre la prueba, es conveniente recordar que, vine de probandum, cuya traducción es: Patentizar, hacer fe, derivado del viejo derecho español.⁴⁷

⁴⁷ IBIDEM,p.316

Para Vicente Caravantes, prueba del adverbio probe, significa honradamente, por que se piensa que toda persona, al probar algo, se conduce con honradez.

Gramaticalmente, es un sustantivo que alude a la acción de probar, es decir a la demostración de que existió la conducta o hecho concreto.⁴⁸

Ahora bien, tomando en cuenta los aspectos generales antes mencionados, prueba es, todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y personalidad del delincuente, para de esa manera estar en aptitud de definir la pretensión punitiva estatal.

En la prueba pueden distinguirse tres elementos el medio de prueba, el órgano de prueba y objeto de prueba.

- 1) Medio de prueba.- El medio de prueba es la prueba misma es el modo o acto por medio del cual se lleva el conocimiento verdadero de un objeto.

El medio de prueba es el puente que une al objeto por conocer con el sujeto cognoscente. Es un vehículo para alcanzar un fin. Esto significa que, para su operancia, debe existir un órgano que le imprima dinamismo, y así, a través de uno o más actos dictaminados, se actualice el conocimiento.

Existen diversas clasificaciones de los medios probatorios, siendo los principales las siguientes: nominados e innominados, autónomos y auxiliares, mediatos e inmediatos, y naturales y artificiales.

- Nominados e innominados; Los primeros son aquellos a los que la legislación les concede un nombre específico y los segundos, son los que no tiene denominación especial en la ley.
- Autónomos y auxiliares; Los autónomos son aquellos que no necesitan de otros medios de prueba para su perfeccionamiento mientras que los auxiliares tienden a perfeccionarse con otro medio probatorio. En nuestro sistema jurídico todos los medios son auxiliares, por que unos a otros se reforman.
- Mediatos e inmediatos; Los mediatos requieren a una persona física portadora de la prueba y en los inmediatos es el juez el que directamente se allegan al objeto de la prueba.
- Naturales y artificiales; Son medios probatorios naturales, todos los que llevan el objeto sin mediación de inferencia o procesos lógicos, y los medios artificiales son los que entregan el objeto de manera indirecta por mediación de procesos lógicos.

La carga de la prueba, o sea la determinación de la persona obligada a aportar pruebas, en materia penal opera solamente para el ministerio público, por lo que podemos decir que en materia penal no existe la carga de la prueba para el

⁴⁸VICENTE Y CERVANTES. Cit. Por colin IBIDEM.p.317

indiciado, el objeto de llevar pruebas por parte de la defensa es destruir los elementos que aporó el ministerio público.

- 2) Órgano de la Prueba .- El órgano de prueba es la persona física que suministra al órgano jurisdiccional en su calidad de tal , el conocimiento del objeto de la prueba

Es decir que el órgano de prueba, es la persona física portadora de un medio de prueba. En esta persona física se dan dos momentos, el de percepción y aportación ; el de percepción fija el instante en que el órgano de prueba toma el dato que va a ser objeto de la prueba, y el momento de aportación alude cuando el órgano de la prueba , aporta al juez el medio probatorio .

Cabe manifestar que hay medios probatorios que por su misma calidad lo excluyen, llegando al juez sin objeto de mediación de ninguna persona y otros que no pueden concebirse sin el órgano de prueba.

- 3) Objeto de Prueba: El objeto de prueba es todo lo que puede ser motivo de conocimiento por medio de los sentidos, es decir darse cuenta de algo.

El objeto de la prueba es que hay que probar demostrar y acreditar en el procedimiento, es decir probar que se dio una conducta, demostrar la modificación que el mundo exterior ha experimentado con la ejecución de esa conducta, y acreditar la idiosincrasia del sujeto autor de la conducta.

Nuestro código de procedimientos penales para el Estado de Guanajuato, en su artículo 194 establece lo que a la letra dice “Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente y no vaya contra derecho a la moral, a juicio del juez o tribunal cuando la autoridad judicial lo estime necesario, establecer la autenticidad del objeto mismo.”

3.13 CIERRE DE LA INSTRUCIÓN

Después del auto en que se declara agotada la etapa de instrucción que anteriormente tratamos, y desahogadas las pruebas y transcurrido el periodo de ofrecimiento de estas; se dicta el auto que declara cerrada la instrucción. Y es así como la instrucción en sentido estricto concluye con esa resolución en la que se declara el cierre de instrucción. La resolución citada surte el efecto de declarar cerrado el segundo periodo de instrucción y así poder dar vista al ministerio público y a la defensa para que rindan sus conclusiones.⁴⁹

⁴⁹ RIVERA SILVAMANUEL.Op.Cit.P.p203

CAPÍTULO CUARTO IV

EL MINISTERIO PÚBLICO

4.1 CONCEPTO DE MINISTERIO PÚBLICO

Se debe recordar que el estado vela por la armonía social , evitando la comisión de los delitos o aplicando las consecuencias que la ley establece en los casos en que se cometen delitos y que el ministerio público representa a la sociedad y vela por los intereses de esta, buscando la aplicación de las consecuencias previstas por la ley.

Con lo anterior ya podrá comprenderse que el Ministerio Público actúa en cuanto tiene noticias de la comisión de un acto reputado como delictuoso e inicia el ejercicio de la acción penal cuando de la investigación que ha perfeccionado , infiere la existencia de un delito y la posible responsabilidad de un sujeto.

El Ministerio Público es el representante de la sociedad ante los tribunales, para reclamar el cumplimiento de la ley y el restablecimiento del orden social cuando ha sufrido un quebranto.⁵⁰

El Ministerio Público es una institución dependiente del estado que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignan las leyes.⁵¹

El Ministerio Público es un órgano del estado, que ejerce por conducto del Procurador de Justicia, y busca la aplicación de las normas jurídicas emitidas por el propio Estado para la persecución de los presuntos delincuentes y en los demás previstos en aquellas en las que expresamente se determina su intervención a los casos concretos.

⁵⁰ RIVERA SILVAMANUEL.Op.Cit.P.p.60

⁵¹ COLIN SANCHEZ GUILLERMO.Op.Cit.P p.77

4.2 NATURALEZA JURIDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público es una institución creada por la Constitución Política Mexicana, y cuya naturaleza es polifacética, por eso en el cumplimiento de sus funciones actúa como autoridad administrativa, colabora en la función jurisdiccional, es PARTE en la relación procesal, representa los menores, a los ausentes al Estado, a la sociedad.⁵²

4.3 ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos instituye al Ministerio Público y precisa su atribución esencial; las leyes orgánicas lo estructuran y organizan, señalándole además con cierto detalle las actividades que le corresponden; aunque en el artículo 21 veintiuno constitucional se desprende su atribución fundamental en la vida práctica no solo persigue el delito, su actuación también se extiende a otras esferas de la administración pública.

Podemos decir que dichas funciones específicas son: a) el derecho penal b) el derecho civil, c) el juicio constitucional y d) como consejero auxiliar y representante legal del ejecutivo.

- A) En el derecho penal; primordialmente debe preservar a la sociedad del delito y, en ejercicio de las atribuciones como representante de la misma, ejercitar las acciones penales, dentro de este campo realizará las siguientes funciones específicas: 1.- Investigatoria, 2.- Persecutoria y, 3.- En la ejecución de las sentencias.
- B) En el derecho civil.- En materia civil, tiene encomendada fundamentalmente, una función derivada de las leyes secundarias en aquellos asuntos en los cuales el interés del Estado debe manifestarse para la protección de ciertos intereses colectivos o por cuando estos mismos requieren por su naturaleza y trascendencia, de una tutela especial.
- C) En el juicio Constitucional y como Consejero y Auxiliar del Ejecutivo.- Estas funciones solo podemos referirlas en forma concreta al Ministerio Público Federal, aunque es pertinente hacer notar que el procurador de Justicia del Fuero Común en algunas entidades federativas tiene también asignadas las funciones de Consejero Jurídico del Ejecutivo Local.

⁵² IBIDEM, p. 83

4.4 CARACTERÍSTICAS DEL MINISTERIO PÚBLICO

A la institución del Ministerio Público se le atribuyen las siguientes características:

I. Constituye un cuerpo orgánico: La Institución del Ministerio Público constituye una entidad colectiva, carácter que principia a apuntarse en un Código de Procedimientos Penales de 1880 y se señala con precisión en la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1903.

II. Actúa bajo una dirección: A partir de la Ley Orgánica en 1903, el Ministerio Público actúa bajo la dirección de un Procurador de Justicia.

III. Depende del Ejecutivo: El Ministerio Público depende del poder ejecutivo, siendo el Presidente de la República el encargado de hacer el nombramiento de Procurador General de Justicia.

IV. Representa a la sociedad: A partir de la Ley Orgánica de 1903 el Ministerio Público se estima como representante de los intereses sociales y es el encargado de defenderlos ante los Tribunales. Así pues, actúa independientemente de la parte ofendida.

El Ministerio Público aunque tiene pluralidad de miembros, posee indivisibilidad en sus funciones, en cuanto que todas ellas emanan de una sola parte: La sociedad. Uno de sus miembros puede sustituirse en cualquier momento por otro, sin que tal hecho exija cumplimiento de formalidades.

Es parte de los procesos: Desde 1903 el Ministerio Público dejó de ser un simple auxiliar de la administración de la justicia para convertirse en parte.

Tiene a sus órdenes a la Policía Investigadora Ministerial: A partir de la Constitución de 1917 deja de ser miembro de la Policía Judicial y desde ese momento es la Institución a cuyas órdenes se encuentra la propia Policía Investigadora.

Tiene el monopolio de la acción procesal penal: Correspondiendo exclusivamente al Ministerio Público la persecución de los delitos es lógico que dicha Institución tenga el monopolio de la acción procesal penal, por lo que la intervención del Ministerio Público es imprescindible para la existencia de los procesos.

Es una Institución Federal: Por estar prevista la Institución del Ministerio Público en la Constitución de 1917 están obligados todos los estados de la Federación a establecer dicha Institución.

3) De acuerdo con Colín Sánchez, el Ministerio Público es una institución dependiente del Estado, específicamente del 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.

4.5 PRINCIPIOS ESENCIALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

En relación con el funcionamiento del Ministerio Público en México, de la doctrina y de la ley, se desprenden los siguientes principios esenciales, que lo caracterizan:

- + De jerarquía
- + De unidad
- + De indivisibilidad
- + De buena fe
- + De impresindibilidad
- + De independencia
- + De irrecusabilidad
- + De irresponsabilidad.

4.5.1 PRINCIPIO DE JERARQUIA

El Ministerio Público está organizado jerárquicamente, bajo la dirección y estricta responsabilidad del Procurador General de Justicia, en quien residen las funciones. La ley Orgánica del Ministerio Público del Estado de Guanajuato, en su artículo cuarto, el cual nos establece a la letra lo siguiente. “La función ministerial recaerá en el Procurador, los Subprocuradores, los directores de

Averiguaciones Previas, Control de Procesos. de impugnaciones, jefes de zona y los agentes del ministerio público.”

4.5.2 PRINCIPIO DE UNIDAD

Se dice que el Ministerio Público es uno porque representa a una sola parte, la sociedad.

Los representantes del ministerio Público que intervengan en una causa pueden ser muchos y de diferentes adscripciones y aun diferentes jerarquías; pero su personalidad y representación es siempre única e invariable, porque es la misma y única la persona representada.

4.5.3 PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD

Esto, se nota sobresaliente de los funcionarios del Ministerio Público porque, al actuar no lo hacen a nombre propio, de tal manera que, aun cuando varios de ellos intervengan en un asunto determinado, lo hacen en cumplimiento de lo ordenado en la ley, y el hecho de separar a la persona física de la función específica que le está encomendada, no afecta ni menoscaba lo actuado.

Por medio de este principio se determina que el ministerio Público es indivisible, dado que ante cualquier Tribunal y por cualquier oficial que la ejercite dicha institución representa siempre a una sola y misma persona, la sociedad. A la pluralidad de miembros corresponde la indivisibilidad de la institución.

4.5.4 PRINCIPIO DE BUENA FE

Se dice que la misión del Ministerio Público es de buena fe, en el sentido de que no es su papel el de ningún delator, inquisidor, ni siquiera perseguidor o contendiente forzoso de los procesados.

Su interés no es necesariamente el de la acusación o la condena, sino simplemente el interés de la sociedad, la justicia.

Debe ser respetuoso de los derechos y de las garantías de los individuos que conforman una sociedad determinada.

4.5.5 PRINCIPIO DE IMPRESCINDIBILIDAD

Ningún Tribunal Penal puede funcionar sin que haya algún Agente del Ministerio Público en su adscripción. Ningún proceso puede seguirse, ni aun prácticamente iniciarse sin la intervención del Ministerio Público.

El Ministerio Público es parte imprescindible en toda causa criminal en representación de la sociedad.

4.5.6 PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA

El Ministerio Público es en sus funciones, independiente de la jurisdicción a que esta adscrito, de la cual, en razón de su oficio no puede recibir ordenes ni censuras porque en virtud de una prerrogativa personal, ejerce por sí solo, sin intervención de ningún otro la acción pública.

Si bien es cierto que el ministerio Público depende del Poder Ejecutivo, pero este a su vez es independiente y libre en su actuación. El poder Ejecutivo no puede arrogarse la representación de la sociedad, cuya defensa en juicio corresponde al Ministerio Público.

4.5.7 PRINCIPIO DE IRRECUSABILIDAD.

Esta es otra prerrogativa acordada por la ley al Ministerio Público, por que de no ser así su acción que es incesante e interesa directamente a la sociedad, podría ser frecuentemente entorpecida si al inculpado se concediera el derecho de reacusación, sin embargo los agentes tienen el deber de excusarse por los

motivos establecidos en el código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, motivos que la ley califica de impedimentos. Por lo que dentro de este

en su artículo cuatrocientos cincuenta y uno a la letra dice “Los funcionarios del ministerio Público deben excusarse en los asuntos en que intervengan, por cualquiera de las causas de impedimento que señale la ley orgánica respectiva.”

4.5.8 PRINCIPIO DE IRRESPONSABILIDAD

La irresponsabilidad tiene por objeto proteger al Ministerio contra los individuos que el persigue en juicio a los cuales no se les concede ningún derecho contra los funcionarios que ejercen la acción penal, aun en el caso de ser absueltos .Pero esto no quiere decir que pueden obrar a su capricho o que no se les pueda perseguir por violación a la ley o infracciones de sus deberes.

4.6 ACTIVIDADES DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público, de manera principal, tiene tres funciones o actividades en materia penal, que son:

- + Función investigadora
- + Función acusatoria
- + Función procesal

4.6.1 FUNCIÓN INVESTIGADORA

El Ministerio Público como función previa a la de ejercitar la acción penal, tiene el deber de realizar una serie de actividades investigadoras dirigidas a justificar el correcto ejercicio de la acción penal. El Ministerio Público desarrolla esta función antes del proceso penal, en la fase conocida como averiguación previa.

En esta fase el representante social no actúa como parte, sino como autoridad, por lo cual se le reconoce cierto imperio. En el desempeño de esta función la institución ministerial cuenta con el auxilio de una policía (policía ministerial) , la cual estará bajo su autoridad y mando inmediato , como lo dispone el artículo veintiuno constitucional .

Esta actividad investigadora tiene como finalidad comprobar la existencia del cuerpo del delito y determinar la presunta responsabilidad del indiciado.

Tal como lo establece el artículo tres del código de Procedimientos Penales vigente para el Estado de Guanajuato, al Ministerio Público en la averiguación previa le corresponderá:

- I.- Recibir las denuncias o querellas que le presenten en forma oral o escrita sobre hechos que puedan constituir delito;
- II.- Practicar y ordenar la realización de todos los actos contendentes a la investigación de los hechos denunciados o querellados y en su caso comprobar el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado , así como las conducente para procurar la reparación del daño;
- III.- Solicitar a la Autoridad Jurisdiccional las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo que resulten indispensables para la averiguación previa, así como las conducentes para procurar la reparación del daño;
- IV.- Acordar la detención o retención de los indiciados cuando así proceda;
- V.- Dictar todas las medidas y providencias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas;
- VI.- Determinar el archivo, la reserva o el ejercicio de la acción penal;
- VII.- Conceder o revocar, cuando proceda, la libertad provisional del inculpado;
- VIII.- En caso procedente, promover la conciliación entre el inculpado y el ofendido;
- IX.- Las demás que señalen las leyes.

4.6.2 FUNCION ACUSATORIA

Cumplida la fase de investigación, el Ministerio Publico tiene el deber por mandato constitucional de ejercitar acción penal, inserta en el artículo veintiuno de nuestra Carta Magna.

El Ministerio Publico en la averiguación previa es Autoridad, y cuando ejercita la consignación, pierde su calidad de Autoridad y se vuelve parte acusadora.

En la consignación, el Ministerio Publico debe determinar, de manera precisa, la pretensión punitiva que debe estar fundada y motivada específicamente en todas y cada uno de los dispositivos o tipos penales que fijen la situación jurídica del caso y que se encuentre en la ley sustantiva penal.

4.6.3 FUNCIÓN PROCESAL

Ejercitada la acción penal , ya ante el órgano jurisdiccional , el ministerio Publico seguirá , como parte del proceso y actividad procesal, por toda la secuela de la instancia hasta que se agote o bien se dicte la correspondiente sentencia definitiva .

Esta función le viene de ser el sujeto activo de la relación procesal penal.

Dentro de la función procesal, le corresponderá promover la conducente para la aplicación de la sanción de todo el acto ilícito por lo cual haya ejercitado la acción penal.

4.7 EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO CIVIL

El Ministerio público intervine en el proceso civil tanto como actor , como en los casos , por ejemplo de la exigencia de elementos de cuestiones relativas a los derechos de los menores de edad y también puede ser demandado como en aquellos casos en que el Ministerio Público en su actuación pudiera haber causado un daño civil y que pudiera ser reclamable en un proceso civil , desde luego pues tendremos que ser cautelosos al decir que puede ser también en aquellos casos en cuanto a que por reclamaciones que pudieran realizarse contra la Institución por razones de daño moral lo que se encuentra apenas en sus albores y algunas decisiones de la suprema Corte de Justicia de la Nación, indican que esto es posible ya reclamarlo contra algunas autoridades .

Ahora bien, en cuanto al Ministerio Público ya vemos que puede intervenir como parte, pero aparte de intervenir con esa calidad lo puede hacer por razón de que las partes o el propio juez pidan que se le de vista al Ministerio Público por la comisión de algún delito o el juez le da vista o intervención por que así lo mande la ley sustantiva por tratarse de aquellas situaciones que tiene una especial situación y donde debe intervenir el Ministerio Público o también puede ser su intervención cuando se trate de cuestiones contra el estado o de derechos del estado que necesiten tener esa salvaguarda no debemos y tendremos que acentuar que la actividad del juez debe continuar imparcial en su postura independiente de cualquier dictamen y petición que hiciera el Ministerio Público ya que el juez debe continuar siendo neutral cualquier otra situación tendría que ser para que fuere atendible por el juez por cuanto se dieran los elementos formales y materiales que llenaran los requisitos del artículo 14 constitucional y sus garantías.⁵³

Dispone el artículo 8 del código de procedimientos civiles del estado que “ El Ministerio Público tendrá dentro del procedimiento judicial , la misma situación que otra parte cualquiera salvo las disposiciones especiales de la ley; pero estará exento de prestar las garantías que este código u otras leyes le impongan a las partes

De aquí surgen dos cuestiones muy importantes , la primera discutida en la doctrina y en la jurisprudencia , es la relativa a que el Ministerio Público goza de la misma situación jurídico-procesal que tiene cualquier otra parte formal del proceso, esto es que puede accionar , excepcionarse ,promover, ofrecer pruebas, interponer recursos .Esto es que puede actuar como si fuera el actor o el demandado dentro del juicio , con la consideración especial de que ; salvo en los

⁵³ REYES RENATA PEREZ GIL J. IGNACIO.EL PROCEDIMIENTO CIVILEN GUANAJUATO.Ed.Universidad de Guanajuato, Mexico 2006.p.43

casos en que represente los intereses del Estado o de su Gobierno ; o en los específicos de intereses de menores , de ausentes o incapacitados el Ministerio Publico obra en defensa de los intereses del orden público que son la observancia de la ley, en cuanto a la aplicación de la misma, así como su estricto cumplimiento. La segunda cuestión es que la misma ley debe imponer las limitaciones a la actuación del Ministerio Publico , en los juicios civiles , con las limitaciones que establece la ley , el hecho de que , en el cumplimiento de la misma , el Tribunal competente ordene “ dar vista “ , “dar intervención “ , “correr traslado “ al Ministerio Publico , implica llamarlo al juicio para que se involucre en este , sin olvidar que sus intereses no son particulares , sino de orden publico y por lo tanto debe pugnar aun mas porque estos sean observados ; teniendo por tanto , a su alcance los medios de defensa que la ley concede a cualquier parte dentro del proceso .

Podríamos concluir que, el Ministerio Publico interviene en los procesos civiles en representación de ausentes menores o incapacitados, también tratándose de quiebras y suspensión de pagos, así como en los asuntos de familia y del Estado Civil de las

Personas, y lo hace ya sea como parte accesoria o subsidiaria o como simple asesor de los Tribunales al formular una opinión cuando existe interés público o social en el asunto correspondiente.

4.8 LA CALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL

Esta Representación Social , tiene como función principal en el procedimiento penal , el representar a la persona que fue victima de algún delito , ya sea en la investigación de los hechos calificados como delitos y la obtención de los elementos de convicción para demostrar la responsabilidad de los inculpados , esto no con la calidad de autoridad investigadora ; así mismo una vez ejercida la acción penal el Ministerio Publico actúa como parte acusadora en el proceso propiamente dicho , es decir el que se desarrolle ante el juez de la causa.

El Ministerio Publico en el proceso penal es de gran importancia, al igual que en la averiguación previa ejerce un monopolio, aunque en el proceso penal propiamente hablando lo ejerce en calidad de parte y no como autoridad función que representa hasta la primer etapa o periodo del procedimiento penal, que es en donde el Ministerio Publico adquiere la calidad de parte acusadora.

Así mismo el Ministerio Publico en el procedimiento penal, por disposición de nuestra carta magna tiene a cargo la investigación y persecución de los delitos, es decir, es el órgano encargado de la función persecutoria, que comprende la función investigadora y el ejercicio de la acción penal, también continua ejerciendo

sus funciones en la segunda fase o periodo del procedimiento penal, aun que ya como parte actora.

4.9 FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO E INVESTIGACION DE HECHOS PROBABLEMENTE DELICTUOSOS.

La principal función del ministerio publico es la investigación y persecución de los delitos y, como consecuencia, su actuación como parte acusadora en el proceso penal, en segundo plano la de representar determinados intereses sociales que se consideran dignos de protección especial en otras ramas de enjuiciamiento. Accesoriamente se le han conferido otras, como la asesora de los jueces y tribunales, y una que solo forzadamente entra en esa esfera, pero que se debe al modelo norteamericano.

Por lo que respecta al Ministerio Público del distrito federal, la ley orgánica respectiva en su artículo 2 las siguientes atribuciones:

- a) Perseguir los delitos del orden común cometidos en el distrito federal;
- b) Proteger los intereses de los menores, incapaces, así como los individuales y sociales en general, en los términos que señalan las leyes.
- c) velar por la legalidad en la esfera de su competencia como uno de los principios rectores de la convivencia social, promoviendo la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia; y
- d) Cuidar la correcta aplicación de las medidas de política criminal, en la esfera de su competencia.

El Ministerio Público federal posee facultades más amplias y de muy diversa índole que se encuentran enumeradas de manera desordenada, la ley orgánica respectivas en su artículo 2 las siguientes atribuciones:

- a. Perseguir los delitos del orden federal;
- b. promoviendo la pronta, expedita y debida procuración de justicia, e intervenir en los actos que en esta materia prevenga la legislación acerca de la plantación del desarrollo;
- c. Vigilar los principios constitucionales y de legalidad en su ámbito de competencia, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan a otras autoridades jurisdiccionales y administrativas, dar cumplimiento a las leyes, tratados y acuerdos de alcance internacional en que se pretenda la intervención del gobierno federal, en asuntos concernientes a las atribuciones de la institución, y con la participación, en su caso, de otras dependencias; y
 - d) Prestar consejo jurídico al gobierno federal, así como representarlo, previo acuerdo con el presidente de la republica, en actos en que deba intervenir la federación ante los estados de la republica, cuando se trate de asuntos relacionados con la procuración e impartición de justicia.

Todas las funciones se han comprendido dentro de una expresión que se utiliza cada vez con más frecuencia la procuración de justicia, para distinguirla de otra denominación la administración de justicia, que también se emplea para calificar la Función jurisdiccional, que en realidad debe designarse como impartición de justicia.

La frase procuración de justicia tiene un significado muy genérico y se puede aplicar a todos los organismos del estado que realizan funciones de gestoría, investigación y representación de los intereses sociales en colaboración o auxilio de los tribunales, pero no existe otra denominación para calificar el conjunto tan vasto de facultades que se le confieren al ministerio publico de nuestro país.

La función esencial de la institución, puesto que la misma tiene encomendada no solo la investigación de los hechos calificados como delitos y la obtención de los elementos de convicción para demostrar la responsabilidad de los inculpados. En primer lugar, el Ministerio Público interviene en la etapa preliminar calificada en nuestro ordenamiento como "averiguación previa", pero además, una vez ejercitada la acción penal, el Ministerio Público actúa como parte acusadora en el proceso penal propiamente dicho, es decir el que se desarrolla ante el juez de la causa.

De acuerdo a lo anterior existen dos etapas:

a) En primer lugar el ministerio publico esta encargado de realizar las investigaciones previas y reunir los elementos necesarios para el ejercicio de la acción penal, lo que efectúa mediante la instancia que se ha calificado en nuestro derecho como consignación. A fin de que el ministerio pueda acudir ante el juez, es preciso, que en primer lugar, exista denuncia, acusación o querrela en los términos del artículo 16 de la carta federal y, en segundo termino, debe reunir los elementos probatorios para demostrar de manera preliminar los elementos objetivos del delito y la presunta responsabilidad del inculpadado, aun cuando tiene la posibilidad de aportar mayores elementos dentro de las setenta y dos horas del que dispone el juez para dictar el acto llamado auto de formal prisión o sujeción a proceso, conforme a lo establecido por el artículo 19 de la carta magna.

Ya hemos señalado que en nuestro ordenamiento dicha etapa previa al ejercicio de la acción penal se califica como averiguación previa. Esta etapa es esencial, pues los errores u omisiones en la investigación repercuten posteriormente en el proceso penal ante el juez de la causa. Sin embargo en la práctica este periodo ha presentado numerosos defectos, tanto por lo que respecta a la labor de la policía judicial como la del ministerio publico, propiamente dicho. En efecto, ya que la citada policía esta bajo la autoridad y ordenes del ministerio publico, por lo que es este el que debe dirigir la investigación y no viceversa.

b) La segunda función del Ministerio Público en el proceso penal es el de la parte acusadora, inicia cuando ejercita la acción por medio de la consignación. Esta instancia debe apoyarse con la aportación de elementos así sea de carácter preliminar, que pueden perfeccionarse tanto en la etapa previa a la resolución del juez sobre la formal prisión o sujeción a proceso y durante el juicio, que permitan acreditar los aspectos materiales del delito y la presunta o definitiva

responsabilidad del inculpado. El Ministerio Público actúa durante todo el proceso como acusador.

Las funciones del Ministerio Público no terminan con la sentencia de primera instancia, sino continúa en la apelación, e incluso en el juicio de amparo, el cual no puede ser interpuesto por el mismo pero tiene la atribución de formular alegatos como tercero perjudicado en los términos del artículo 180 de la ley de amparo.

Por ejemplo el artículo 16 constitucional, en su párrafo segundo, cuando alude a los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión, simplemente señala que "no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y probable responsabilidad del indiciado"; pero no refiere a que previamente al pronunciamiento de la orden de aprehensión deba de existir el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni señala cuándo debe ejercitarla.

Todos sabemos que, el Ministerio Público tiene una función muy importante dentro del procedimiento penal, en cuanto a que, es el titular de la acción penal.

La acción penal tiene por objeto provocar la función jurisdiccional, para que en la sentencia se realice en forma concreta el poder punitivo, imponiéndole al delincuente las sanciones merecidas, las medidas de seguridad apropiadas y la condena a la reparación del daño, según proceda.

La acción penal tiene un doble contenido, el procesal que es la de provocar la función jurisdiccional, y el material que estriba en la pretensión punitiva que se trata de declarar y realizar mediante la sentencia.

La titularidad de la acción penal por parte del Ministerio Público la deducimos del artículo 21 constitucional, cuando dispone que la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público.

El Ministerio Público realiza principalmente su función investigadora dentro de la etapa de la averiguación previa, donde desahoga todas aquellas diligencias necesarias para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. En esta fase del procedimiento el Ministerio Público actúa como autoridad.

Cuando el Ministerio Público decide ejercitar la acción, asume un carácter distinto al desarrollado en la averiguación previa, ya no es autoridad y sus actos se encuentran sujetos a la apreciación del órgano jurisdiccional. Es parte dentro del proceso penal. Así lo reconocen diversos criterios jurisprudenciales.

Nótese que el artículo 21 constitucional tampoco nos habla de la acción penal, ni de su ejercicio, tampoco de cuándo debe intentarse.

Para ello tenemos que recurrir a la jurisprudencia, los tribunales del poder judicial de la federación, son los que nos explican las funciones del Ministerio Público, la cual puede variar según los criterios que predominen en determinadas épocas. Lo cual considero que afecta la seguridad jurídica de los gobernados, porque no se precisan los requisitos que deben reunirse para que el

Ministerio Público pueda ejercitar la acción penal como titular de esa facultad, sobre todo cuando se niega a hacerlo.

Sería más eficaz la norma constitucional si fuera más explícita, y que su aplicación no quedara sujeta a los diversos criterios interpretativos que pudieran expresarse.

Igualmente, la legislación secundaria y la jurisprudencia acepta que la acción penal puede ser objeto de mutaciones, en torno a la denominación del hecho delictivo, expresado por el Ministerio Público en la averiguación previa, al hacer la consignación, de acuerdo al resultado de la apreciación llevada a cabo por la autoridad judicial de los hechos consignados.

Se parte de la base que el Ministerio Público al ejercitar la acción penal "consigna hechos" a la autoridad judicial, y que es a ésta a la que corresponde clasificarlos y determinar qué delito configuran para el desarrollo del proceso.

En consecuencia, los hechos probados por el Ministerio Público en la averiguación previa, se encuentra sujeto a la apreciación de la autoridad judicial.

Como puede advertirse en esta etapa del proceso, el órgano jurisdiccional cuenta con un amplio arbitrio judicial para ubicar los hechos delictuosos en el tipo penal que corresponda, por las razones de impunidad y de legalidad que ya he mencionado, incluyendo las modalidades y calificativas del delito.

Lo cual confirma que el Ministerio Público cuando ejercita acción penal a través de la consignación de la averiguación previa, deja de ser autoridad, y se transforma en parte dentro del proceso, al igual que el inculpado y el ofendido, con los mismos derechos sobre todo en lo que concierne a la carga de la prueba.

Así los códigos procesales por lo general establecen que corresponde al Ministerio Público dentro del proceso penal, comprobar los elementos constitutivos del tipo penal y la responsabilidad de los inculpados, exigir la reparación del daño cuando deba ser hecha por el acusado. (Artículo 55 del código de procedimientos penales).

El inculpado y su defensor deben acreditar plenamente en el proceso las defensas y excepciones que opongan (artículo 255 del código de procedimientos penales). El ofendido puede constituirse en parte civil por sí o por su representante legítimo, para rendir o intervenir en todas las pruebas sobre la existencia del delito, la probable o la plena responsabilidad penal, la situación económica del inculpado y para demostrar los daños y perjuicios que se le hayan causado por el delito, a fin de justificar el monto de la reparación que exija el Ministerio Público. (Artículo 64 del código de procedimientos penales). Ahora bien, no obstante la facultad que ejerce la autoridad judicial acerca de la apreciación de los hechos consignados con la averiguación previa, pudiendo reclasificarlos; no se encuentra expresamente señalado en el artículo 21 constitucional del cual se hace derivar el orden jurídico para el Ministerio Público y la autoridad judicial, deduciéndose que aquel es el titular de la acción penal que ejercita para la investigación y persecución de los delitos, y que a esta le corresponde la imposición de las penas.

Tal atribución se desvanece y cambia radicalmente en el período procesal que pudiéramos denominar del juicio o de la acusación.

La atribución de que el Ministerio Público sea el titular de la acción penal, de que a él le corresponda su ejercicio, no le confiere una posición procesal más ventajosa o que esté por encima de la potestad de la función del Juzgador. Porque al Juez le corresponde en el desarrollo de la función jurisdiccional, resolver, decidir la controversia de carácter penal, substituyéndose a la voluntad de las partes, a fin de determinar sobre la existencia o no del delito, y si es o no imputable al acusado pero con la libertad de analizar cabalmente los hechos demostrados, con independencia de las conclusiones del Ministerio Público. Únicamente de esta manera podría entenderse la función del órgano jurisdiccional dentro del proceso penal.

Uno de los aspectos más controvertidos y sujetos a debate en nuestra doctrina y jurisprudencia se refiere a la exclusiva facultad del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y, por tanto, de intervenir como parte en el proceso penal, lo que excluye la participación del ofendido o sus causahabientes calidad de parte en el mismo proceso.

En lo concerniente al ejercicio de la acción penal, la sociedad percibe entre otros aspectos tres que resultan relevantes:

1.- Salvo los casos flagrantes con detenido, la mayoría de otros asuntos que se conocen en averiguación previa ya sea federal o local, parecieran estar sujetos a diversas actividades burocráticas que avanzan únicamente en virtud de una tasación económica.

2,- La intermediación que el Representante Social tiene en el proceso penal entre víctima y juez, en la mayoría de las ocasiones se percibe antieconómica por las largas esperas a consecuencia del volumen del trabajo y molesta por el malentendido "visto bueno" que se exige para cualquier solicitud.

3.- La elaboración del escrito de agravios que está obligado a realizar el Ministerio Público, para impugnar las resoluciones sobre las cuales los derechos de la víctima o la propia secuela procesal han sido violados.

Sobre el punto primero, los titulares de las diversas Procuradurías, están obligados a corregir mediante visitas e inspecciones, y sobre todo con mejores remuneraciones; las anomalías relativas al costo y avances de las averiguaciones previas.

El segundo aspecto acontece por un lado, debido a una doble visión de los aplicadores de la Ley sobre los derechos de la víctima y su adecuada participación procesal, aunque por otro lado, la necesidad de suprimir la intermediación ministerial, obedece fundamentalmente a un aspecto normativo constitucional que debe ser modificado y por su amplitud pertenece a un estudio diverso y;

El tercer aspecto del agravio penal, es motivo de la preocupación generalizada, sobre el elevado porcentaje de deserción e inoperancia, por el defecto técnico de la impropia impugnación; aspecto al que nos referimos.

El monopolio de la acción penal corresponde exclusivamente al estado y el único órgano estatal a quien se encomienda su ejercicio es el Ministerio Público. De conformidad con el pacto federal, todos los estados de la república deben ajustarse a las disposiciones constitucionales, estableciendo en sus respectivas entidades la institución.

Como titular de la acción penal, tiene todas las funciones de acción y requerimiento, persiguiendo y acusando ante los tribunales a los responsables de un delito, pues el juez penal no puede actuar de oficio y necesita la petición del Ministerio Público.

La Policía Investigadora Ministerial tiene a su cargo la investigación de los delitos, la búsqueda de las pruebas y el descubrimiento de los responsables, y debe estar bajo control y la vigilancia del Ministerio Público, entendiéndose que dicha corporación constituye una función, que cualquier autoridad administrativa facultada por la ley, puede investigar delitos pero siempre que esté bajo la autoridad y mando inmediato de los funcionarios del Ministerio Público. Los jueces de lo criminal pierden su carácter de policía judicial, no están facultados para buscar pruebas por iniciativa propia y sólo pueden desempeñar funciones decisorias. Los particulares no pueden ocurrir directamente a los jueces como denunciadores o como querellantes, deben hacerlo ante el Ministerio Público, para que éste, dejando satisfechos los requisitos legales, promueva la acción penal que corresponda.

Dos son las funciones del Ministerio Público que competen tanto al Ministerio Público Federal como al Local:

- La investigación de hechos posiblemente delictuosos, y
- El ejercicio de la acción en el proceso penal

El Ministerio Público lleva a cabo su función investigadora en la etapa preliminar del proceso penal denominada de Averiguación Previa con el auxilio de la Policía Investigadora Ministerial.

La investigación es básica en el Ministerio Público para poder determinar si hubo delito y encontrar al culpable y ejercer la acción penal, asimismo al ejercer la actividad de investigación actúa como autoridad ya que la Policía Investigadora Ministerial está bajo su mando inmediato como lo ordena el artículo 21 constitucional.

El Ministerio Público del Distrito Federal, al tomar conocimiento de hechos de competencia federal, deberá practicar las diligencias más urgentes y necesarias.

La investigación se inicia a partir del momento en que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho posiblemente delictivo, a través de una denuncia, una acusación o una querrela, y tiene por finalidad optar en sólida base jurídica: Por el ejercicio o la abstención de la acción penal, no necesariamente ejercer la acción penal.

La Averiguación Previa como su nombre lo indica consiste en indagar, investigar antes, por lo que se considera la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y después optar por el ejercicio o abstención penal.

El titular de la Averiguación Previa es el Ministerio Público según lo que establece el artículo 21 constitucional, evidente que el Ministerio Público tiene la atribución de orden constitucional de averiguar los delitos y esta atribución la lleva a cabo mediante dicha averiguación, por lo tanto, la titularidad de esta etapa corresponde al Ministerio Público.

Toda Averiguación Previa se inicia mediante una noticia (jurídicamente llamada denuncia o querrela) que hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de un hecho posiblemente constitutivo de delito, tal noticia puede ser proporcionada por un particular, una institución, un agente o un miembro de una corporación policiaca o cualquier otra persona que tenga conocimiento de la ejecución de un hecho presumiblemente delictivo.

El Ministerio Público al integrar una Averiguación Previa debe observar y respetar íntegramente en todos los actos que realice, las garantías constitucionales establecidas para todos los individuos de manera que la averiguación se efectúe con absoluto apego a derecho y no afecte la seguridad y la tranquilidad de los individuos.

Las bases legales de la función investigadora del Ministerio Público son: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 14, 16, 19 y 21; Código de Procedimientos Penales y la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado

4.9.1 DILIGENCIAS HECHAS POR EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Existen dos tipos de integrar una averiguación previa que son:

- Con detenido: Esta es cuando una(s) persona (s) se encuentran a disposición del Ministerio Público por estar involucradas o haber participado en algún hecho probablemente delictuoso y están sujetas a una investigación.
- Sin detenido: Esta es cuando no se conoce al probable responsable o conociéndole no fue detenido en flagrancia por tal motivo este no puede ser detenido, sin que esto sea un impedimento para el Ministerio Público para continuar investigando los hechos probablemente delictuosos.

EN MATERIA LOCAL:

A. CONOCIMIENTO DEL HECHO DELICTIVO

El investigador puede tomar conocimiento del hecho de distintas formas:

1. Conocimiento directo: Por medio de denuncia o querrela. El conocimiento de los hechos delictivos en forma directa, es cuando cualquier ciudadano que ha sido víctima de algún delito se presenta ante la autoridad a solicitar auxilio.
 - a. Denuncia: Es el acto procedimental mediante el cual se pone en conocimiento de la autoridad, la comisión de un delito perseguible de oficio, la palabra denunciar o el verbo denunciar, desde el punto de vista gramatical, significa aviso, poner en conocimiento de la autoridad competente, verbalmente o por escrito, lo que se sabe respecto a la comisión de hechos que son o pueden ser delictivos. La denuncia implica hacer del conocimiento al Ministerio Público la comisión de un hecho presumiblemente constitutivo de un delito que se persigue de oficio.
 - b. Querrela: Se define como la manifestación de la voluntad del ofendido, o de su legítimo representante, con el fin de que el ministerio público tome conocimiento de un hecho posiblemente constitutivo de delito no perseguible de oficio y se inicie la averiguación previa respectiva.
2. Conocimiento indirecto: A través de algún medio de comunicación como pueden ser:
 - a. Radiocomunicación: Dentro de la procuraduría, es la forma de comunicación más utilizada por la policía judicial, en virtud de que se cuenta con unidades equipadas con dicho sistema y es muy útil para entrelazar la información entre dos o más elementos investigadores, cuando el hecho lo amerita, sirviendo de complemento para el mismo las claves utilizadas en el medio policial. En la institución existe un sistema mediante el cual la ciudadanía puede recibir atención inmediata y, a su vez, cuando se tiene una llamada

De auxilio, es posible informar a las unidades que se encuentren en la zona para dar respuesta oportuna.

Teléfono: Es el medio por el cual se acortan las distancias y se trasmite la información necesaria para el conocimiento de un hecho, teniendo como ventaja que se puede realizar un diálogo directo y aclarar con ello posibles dudas. Se recomienda que el emisor tenga capacidad de síntesis y claridad para dar la noticia.

Medios masivos de comunicación: Regularmente, por estos medios, se tiene conocimiento de hechos posiblemente delictuosos y perseguibles de oficio (televisión, radio y prensa).

B) ORDEN DE INVESTIGACIÓN DE LOS HECHOS Y LA INTERVENCIÓN DE LA POLICIA JUDICIAL

Cuando el agente del ministerio publico tiene conocimiento de la realización de un hecho probablemente constitutivo de un delito, inmediatamente inicia la averiguación previa correspondiente y da intervención a la policía judicial para que investigue la forma como ocurrieron los hechos, debiendo precisar con exactitud lo que se le requiere para la integración del cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

La policía judicial tiene el carácter de auxiliar directo del Ministerio Público, lo que significa que es una cooperación que atiende las necesidades que surjan en la integración de la averiguación previa. El fundamento legal de la intervención de la policía judicial lo encontramos en el artículo 21 constitucional así como en los artículos 265 del código de procedimientos penales, así como en los artículos 23, 24 y 26 de la ley orgánica de la institución.

La función investigadora del agente policía judicial comienza desde el momento en que el agente del ministerio publico le da la intervención para la investigación de un hecho delictivo, ya sea mediante llamado o por oficio, aquí este deberá abocarse a la investigación de personas, objetos y su relación con el hecho, para lograr con esto, la debida integración de la averiguación previa, es decir, aporte al ministerio publico los datos suficientes, para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de un sujeto en el hecho delictivo.

C) INVESTIGACIÓN DEL MODUS VIVENDI

Cuando el agente del ministerio publico ha iniciado una averiguación previa con detenido, dentro de su integración, es importante dar intervención a los agentes de la policía judicial, a efecto de que realice una investigación sobre el modus vivendi del probable responsable, con el objeto de contar con mayores elementos de prueba para resolver sobre la situación jurídica definitiva, es decir, sobre el ejercicio de la acción penal enconara, o en su caso, para otorgarle su libertad. Esta orden deberá contener la solicitud a la policía judicial, para que realice una investigación exhaustiva e informe a la brevedad posible, al ministerio publico, sobre los siguientes datos:

- a. Nombre completo y apodo.
- b. Edad.

- c. Nombre, edad y ocupación de su cónyuge o concubina, así como de sus hijos o parientes con quien cohabite.
- d. Domicilio y personas con quien cohabita.
- e. Si es propio o rentado y en su caso el costo de la renta mensual.
- f. Referencia de vecinos.
- g. Razón social o denominación y domicilio del lugar donde labora.
- h. Referencias de sus jefes y compañeros de trabajo.
- i. Antigüedad en su trabajo y sus percepciones.
- j. Si cuenta con órdenes pendientes de aprehensión, reaprehensión o comparecencia.

D) INVESTIGACIÓN DEL MODUS OPERANDI (CON DETENIDO)

Se refiere a la forma en que actuó el o los sujetos activos del delito, así como establecer las armas utilizadas, el lenguaje empleado, el lugar geográfico, la hora y día de perpetración, la forma de intervención de cada uno de los sujetos, así como la manera en que se retiraron del lugar.

E) LOCALIZACIÓN Y PRESENTACIÓN

Una de las funciones más importantes que tiene el agente de la policía judicial, consiste en la localización de personas involucradas en un hecho delictivo, ya sea como testigos o como participantes directos. La identificación y localización de los involucrados, están estrechamente relacionadas con la

Adecuada información que obtenga el investigador durante sus indagatorias.

En algunos casos la identificación de estos sujetos se facilita en virtud de que aún se encuentran el lugar del hecho o del hallazgo, sin embargo, la mayoría de las veces, la localización obedece a un adecuado método de investigación y por lo tanto, a un correcto análisis de la información.

Otra función de vital importancia del agente de la policía judicial, es la dirigida a la localización y presentación ante el Ministerio Público, de los inculpados con los datos obtenidos en su investigación inicial.

F) LOCALIZACIÓN DE TESTIGOS

En este sentido el agente de la policía judicial, una vez lograda la identificación y localización de posibles testigos de los hechos, mediante la técnica de la entrevista y obtenidos los datos necesarios para la investigación, debe invitarlos a que rindan su declaración ante el agente del Ministerio Público.

G) DETENCIÓN DEL PROBABLE RESPONSABLE (CASOS ESPECÍFICOS)

El supuesto de la detención de un probable responsable por caso urgente en la comisión de un delito, sólo se puede presentar en el caso previsto por el

Código Penal vigente. El cual debe estar determinado como tal en el ordenamiento punitivo.

H) INTERVENCIÓN DE SERVICIOS PERICIALES

"Los **servicios periciales** actuarán bajo la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público, sin perjuicio de la autonomía técnica e independencia de criterio que les corresponde en el estudio de los asuntos que se sometan a su dictamen". Art. 25 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del DF.

Formas de intervención

Existen tres medios para requerir la intervención de los peritos que colaboran en la Dirección General de Servicios Periciales.

Oficio de petición: Es el escrito que se envía al titular de la Coordinación General de Servicios Periciales y que suscribe la autoridad competente.

Llamado: Realizar el llamado telefónico, es algo por demás sencillo pero es importante que dicho llamado telefónico sea recibido por el jefe de oficina de la Coordinación General de Servicios Periciales de la Fiscalía Desconcentrada correspondiente.

Con expediente y oficio de petición: Hay ocasiones en que el agente del M P requiere conocer más opiniones o considera necesario completar sus investigaciones con mayores exámenes periciales. En estos casos, la autoridad hace la petición formal a la Coordinación General de Servicios Periciales, para ser atendido con prontitud y con el propósito de contar con elementos de base se hace necesario que se envíe el expediente correspondiente.

Dictamen o informe

Dictamen. Es el juicio con fundamento técnico-científico que emite un especialista de una rama de la ciencia o el saber, dirigida a una autoridad y que responde a un planteamiento determinado.

El dictamen se emitirá por escrito, a fin de que tenga validez oficial. Responderá a cuestiones específicas aplicables a un caso controvertido y que tenga injerencia en una averiguación previa o una actuación judicial.

En la práctica es indispensable que al dar fe de dicho dictamen por lo menos se transcriban las conclusiones que al respecto emita el perito, así como el nombre del o los peritos que lo emiten.

Informe. Es la notificación mediante la cual el perito que interviene en atención a un requerimiento de la autoridad, comunica a aquella que solicitó su intervención, que no existe posibilidad de emitir un dictamen, en virtud de que no se lograron reunir los elementos suficientes y necesarios que hubieran permitido asentar la opinión del perito con fundamentos técnico-científicos.

1. Médico legista.

Para la integración de la indagatoria por el delito de lesiones los médicos legistas que intervienen son los adscritos a las fiscalías desconcentradas los cuales pertenecen a la Dirección de Servicios Médicos del Gobierno del DF., que tienen el cargo oficial de peritos médico forense y conforme a las diversas fracciones del artículo 122 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del DF., entre sus funciones principales se encuentran:

- Asistir a las diligencias de fe de cadáver.
- Redactar el informe médico forense relacionado con la investigación.
- Hacer el certificado de lesiones, la descripción y la clasificación legal provisional o definitiva de las mismas.

2. Médico forense.

Por tradición a los médicos adscritos al Servicio Médico Forense, se les da esta denominación, aunque como ya se analizó tienen funciones similares, a excepción de la práctica de las necropsias las cuales deberán practicarse en las instalaciones del Servicio Médico Forense.

A nuestros peritos médicos adscritos a Servicios Periciales, podemos solicitarles las siguientes intervenciones en el delito en estudio:

Mecánica de lesiones.

Posición víctima victimario.

Clasificación de las lesiones.

El acta médica.

3. Odontología forense.

Se limita a la identificación de las personas, pudiendo determinar también si algunos hematomas o contusiones fueron causados por mordeduras humanas, bien sea en los cadáveres o en los individuos vivos. El análisis odontológico resulta muy útil en los casos de lesiones porque en base a la arcada dental el perito odontólogo al tomar una muestra al probable responsable, puede determinar al realizar el estudio correspondiente si pertenece a su arcada dental la mordedura que presenta la víctima.

En otro caso en el que puede intervenir este perito, es cuando por la pérdida de piezas dentales en forma parcial en la víctima es necesario que nos precisen si la inutilización orgánica fue total o parcial.

4. Fotografía forense.

Resulta una valiosa técnica en la aplicación de la criminalística, la que debe de cumplir con dos condiciones fundamentales que son: exactitud y nitidez, lo anterior con la finalidad de obtener el material filmico adecuado, registrando y conociendo datos que posiblemente pasarían desapercibidos durante la observación de personas lesionadas.

5. Perito criminalista.

Al criminalista le podemos solicitar una mecánica de hechos de la forma en que se produjeron las lesiones y una reconstrucción de hechos para corroborar la veracidad de los dichos de las personas que intervinieron en los mismos.

I.- En el caso del delito de lesiones, los juzgadores exigen que se describa debidamente la mecánica de cómo se causaron las lesiones, misma que debe de ser acorde con los certificados médicos que las describen.

II.- Cuando el ofendido presenta lesiones y estas son clasificadas en días posteriores a la fecha en la que ocurrieron los hechos, los jueces valoran con especial interés la mecánica de los hechos, de tal manera que si no coincide con las lesiones descritas en el certificado médico y este a su vez no es acorde con la fe ministerial de lesiones, la orden es negada".

I) DECLARACIÓN DE LA VICTIMA U OFENDIDO, DENUNCIANTES O QUERELLANTES Y TESTIGOS DE LOS HECHOS.

La protesta es la acción y efecto de protestar; promesa de hacer alguna cosa. Mediante la protesta de decir verdad que por disposición de la ley se otorga ante los tribunales, ya sea por las partes individualmente o por otros sujetos procesales como son los testigos, en que la hace se obliga a declarar con verdad acerca de algún hecho o circunstancia y de no hacerlo así el Código Penal determina las penas en que incurrir quienes declaran falsamente.

En general el Código de procedimientos Penales para el DF. no distingue en forma expresa la manera en que se debe protestar en términos de ley a los denunciantes, querellantes, víctimas u ofendidos. Sin embargo establece: "Toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes, deberá ser examinada como testigo, siempre que pueda aportar algún dato para la averiguación del delito y el Ministerio Público o el Juez estimen necesario su examen", de donde se desprende que los denunciantes, querellantes, víctimas u ofendidos en términos procedimentales tienen el carácter de testigos y por tanto se deben observar formalidades aplicables a los mismos.

J) DECLARACIÓN DEL PROBABLE RESPONSABLE

El probable responsable Dentro de sus garantías que tiene es la de declarar o no declarar sobre los hechos que se le imputan, para hacerlo con posterioridad por escrito, tal y como se desprende del artículo 20 constitucional.

La declaración es un relato sucedieron los hechos que se le imputan al probable responsable así como la realización de preguntas directas hechas por el agente del Ministerio Público.

K) CONCEPTOS DE VICTIMA Y OFENDIDO

VICTIMA:

Se considera víctima al ofendido por el delito. Así como también se puede decir que es aquella persona que ha sufrido el menoscabo a sus derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En los delitos cuya consecuencia fuera la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiese ejercer los derechos que la ley le concede, se considerará víctima en el siguiente orden de prelación para los efectos de su intervención en el procedimiento:

1ro. Al cónyuge y a los hijos.

2do. A los ascendientes.

3ro. A la conviviente.

4to. A los hermanos.

5to. Al adoptado o adoptante.

OFENDIDO:

I. (Del latín offendere, participio pasado del verbo "ofender".) Ofendido es quien ha recibido en su persona, bienes o, en general, en su status jurídico, una ofensa, daño, ultraje, menoscabo, maltrato o injuria.

II. Dentro del proceso penal reciben el nombre de ofendido la víctima del hecho delictivo, así como quienes, a causa de la muerte o de la incapacidad ocurrida a la víctima a resultas del ilícito penal, le suceden legalmente en sus derechos o les corresponde su representación legal.

Las funciones que al ofendido se asignan dentro del enjuiciamiento penal derivan, fundamentalmente, del sistema que se adopte en materia de acusación. En México, de modo claro a partir de la C de 1917, la facultad de acusar -ejercicio de la acción penal- se ha reservado al Ministerio Público en su carácter de órgano estatal encargado de la "persecución de los delitos" (C., «a.» 21). Dado que tal facultad constituye un "monopolio", y que la reparación del daño se concibe como "pena pública", el ofendido tiene en nuestro proceso penal un papel asaz limitado. No reconociéndose hoy día la posibilidad de que el particular ofendido por un hecho delictivo ejercite ante los tribunales competentes la pretensión punitiva, la ley le asigna funciones procesales de carácter secundario. Suele justificarse lo

reducido de su papel aduciéndose que el otorgarle mayores facultades que las que hoy se le asignan contribuiría a introducir en el proceso el afán de venganza.

A pesar de lo limitado de su función y de lo mal encuadrada que se encuentra la figura dentro de nuestra legislación procesal penal, el ofendido es un interviniente en el proceso a quien le corresponde ejercitar diferentes facultades en las varias etapas en que se descompone el enjuiciamiento penal.

III. Por lo que hace a la fase de averiguación, el ofendido se encuentra facultado por la ley para denunciar los delitos de que se estima víctima. Debe tenerse presente, sin embargo, que esta facultad se le reconoce no en razón de haber sufrido en su persona o en su patrimonio los efectos del hecho ilícito, sino en tanto que la facultad de denunciar se reconoce a todo individuo que tiene conocimiento de tales hechos. En la práctica debe reconocerse que son precisamente los ofendidos quienes más frecuentemente intervienen ante las autoridades con el carácter de denunciadores aportando la noticia criminis sobre la que habrá de realizarse la averiguación previa.

Además de poder presentar denuncias, nuestra legislación procesal penal confiere al ofendido el "monopolio de la querrela", cuando se exige el cumplimiento de tal requisito de procedibilidad como una condición sine qua non para el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, tal y como sucede respecto a los delitos de estupro, rapto, difamación, etc. Dentro de la propia averiguación previa el ofendido, sea que intervenga como denunciante, como querellante o como simple ofendido puede poner a disposición del Ministerio Público los datos que contribuyan a establecer la culpabilidad -rectius: presunta responsabilidad- del indiciado, así como aquellos que permitan al órgano de la acusación reclamar la reparación del daño -moral y material- resultante de la conducta atribuida al presunto responsable («CPP» «a.» 9).

IV. Dentro de la instrucción el ofendido cuenta con una mayor cantidad de atribuciones. De modo particular, en tratándose de la reparación del daño, la ley procesal lo considera como coadyuvante del Ministerio Público en cuanto a la responsabilidad civil directa; como tal, tiene derecho a que se le notifique por parte del juzgador sobre las resoluciones que en materia de responsabilidad se dicten y puede poner a disposición del juzgador cualesquiera elementos relevantes para la determinación de la responsabilidad y de su monto. Si la reparación del daño derivado del hecho ilícito se hace valer en contra de persona distinta del indiciado en razón de estarse en alguno de los supuestos previstos por el «a.» 32 del «CP», el ofendido adquiere el carácter de actor, en el sentido pleno de la expresión, dentro del incidente de reparación («CPP» «aa.» 532 y ss.). Al ofendido corresponde, igualmente, el solicitar ante el juzgador el embargo precautorio de bienes del presunto responsable a fin de asegurar la reparación del daño. Tal facultad se confiere al ofendido y al propio Ministerio Público en forma indistinta, no existiendo, por tanto, subsidiariedad («CPP» «a.» 35). Con independencia de que en el proceso se reclame responsabilidad civil, el ofendido puede solicitar al juzgador que se le restituya en el goce de sus derechos, cuando los mismos han sido menoscabados por el hecho delictivo («CPP» «a.» 28). Finalmente, el «CPP» previene que el ofendido puede solicitar, dentro de la instrucción, la acumulación

de procesos en cualquier caso en que se dé alguna de las hipótesis prevenidas por el «a.» 10 del «CP».

V. De mayor relieve resultan las facultades atribuidas al ofendido dentro de la audiencia. Tanto dentro del procedimiento ordinario, como en el sumario e, incluso, en el seguido ante el jurado popular, la ley reconoce en favor del ofendido el derecho de comparecer a la audiencia en que se tendrá por vista la causa, contando con la facultad de formular en ella los alegatos que estime pertinentes («CPP» «aa.» 70, 360 y 379). Debe tenerse presente que no obstante que su facultad de intervención se reconoce en términos análogos a la del defensor y del Ministerio Público, es solo éste último quien puede hacer valer la pretensión punitiva; si se trata de un delito perseguible sólo a instancia de parte agraviada (querrela), el ofendido puede otorgar su perdón en dicha audiencia, siempre y cuando lo haga antes de que el Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias. Nuestra legislación reconoce en favor del ofendido dos facultades más: una primera consistente en la posibilidad de solicitar la revocación de la libertad provisional del reo cuando este le amenaza («CPP» «a.» 568, «fr.» III), y una última relativa a la posibilidad de solicitar se tenga por extinguida anticipadamente la pena impuesta al sentenciado, siempre y cuando se trate de delitos perseguibles a instancia de parte agraviada (querrela).

En términos generales, el sistema de monopolios acusador del Ministerio Público por el que ha optado nuestra legislación procesal penal da origen a una muy reducida intervención del ofendido dentro del proceso. Si se exceptúan las hipótesis referidas a la reparación del daño y a la querrela, el papel del ofendido es esencialmente pasivo. Carece de facultades requirentes propias y su posibilidad de aportar pruebas y formular alegatos depende en buena medida del grado de coadyuvancia que en el caso concreto el Ministerio Público esté dispuesto a otorgarle. De lege ferenda se ha venido insistentemente propugnando por una mayor intervención del ofendido en el proceso; las propuestas van desde la de otorgarle la facultad de acción en forma paralela a la hoy reconocida al Ministerio Público -tal y como ocurrió entre nosotros durante la vigencia de la Constitución de 1857- hasta aquellas que se limitan a reforzar su posición de coadyuvante haciendo que ciertas determinaciones y decisiones que el Ministerio Público toma durante el proceso resulten inválidas si no se recaba el consentimiento del ofendido. De particular importancia resultan los casos en los que el órgano acusador opta por el no ejercicio de la acción penal, en los que al particular ofendido no se confiere recurso alguno de modo que pueda iniciar por sí el proceso.

L) CUERPO DEL DELITO

Ningún otro concepto en los tiempos recientes, ha creado tal polémica como el del cuerpo del delito; aclamado por unos afirmando la evolución hacia el tipo penal, o VIII penado por quienes afirman incluso con marcación cronológica, que tal cantidad de años se han retrocedido por haber vuelto al manejo de dicho concepto.

Existe una realidad ineludible: Por disposición constitucional toda polémica sobre el particular queda eliminada, y en un orden de aprehensión, formal procesamiento, o sentencia de condena; debe acreditarse el cuerpo del delito, que procesalmente tiene 3 tipos de elementos; objetivos, subjetivos y normativos. A éste respecto cabe puntualizar la siguiente interrogante ¿Estos elementos son de cuño reciente o siempre han existido como parte integrante del cuerpo del delito? Algo tan sencillo como es una conducta humana, siempre tendrá una connotación interna o subjetiva que impulsa la acción misma, y que al llevarse a cabo en los hechos se exterioriza material u objetivamente, de ahí que se afirme que desde siempre, toda conducta humana tiene elementos objetivos y subjetivos, y cuando es relevante al Derecho penal, los elementos jurídico normativos que lo acompañan. Esta simpleza cuando los profesionistas de la Ley se elevan en múltiples teorías, es frecuentemente olvidado y se presenta un extravío en las disertaciones, que cuando la realidad de los casos concretos se presenta a sus ojos, ésta última los obliga al abandono del extravío y los coloca ante la evidencia indiscutible: La conducta humana aunque sea penalmente relevante tiene elementos objetivos y subjetivos, amén de los normativos que la norma penal añade. Aunque la normatividad penal positiva reconoció tales aspectos apenas hace algunos años, dichos elementos ya existían con antelación y este aspecto pertenece a la fenomenología de la evolución de tal concepto. Por ser parte fundamental el cuerpo del delito, en las principales actuaciones ministeriales como lo son: el pliego de consignación, el pliego de conclusiones y consecuentemente la estructura del agravio; se realizan las precisiones siguientes:

Mario Estuardo Bermúdez Molina, en una conferencia publicada en los anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en abril de 1990, ilustró objetivamente la evolución histórica de este concepto identificándolo en sus orígenes como: "Corpus Instrumentorum" (Instrumento o cosas con las cuales se cometió del delito) o "Corpus Probationem" (Las piezas de convicción, huellas, vestigios o rastros dejados por el delito, verbi gratia la pistola, navaja, la lesión causada, el objeto desapoderado, la sangre producto del disparo de arma de fuego), resaltando este concepto que cuando fue creado, sirvió de freno a la primitiva práctica de que cualquier conducta pudiera haber sido considerada como delito, y con posterioridad a éste concepto, en forma garantista se exigió el acreditamiento de cuando menos la evidencia material del delito, de ahí deviene la falsa percepción de que el hecho delictuoso o cuerpo del delito, únicamente estaba constituido por elementos o evidencias objetivas o materiales. Esta identificación errónea del cuerpo del delito igual a elementos materiales, ha provocado en la mente de muchos profesionistas de la ley Penal tal confusión, que ha provocado el diferimiento del avance de ésta disciplina jurídica por las polémicas estériles en que se han enfrascado.

Eduardo Herrera Lasso y G. en un estudio publicado desde el año de 1973, en la revista Criminalia, titulado "El cuerpo del delito", haciendo gala de extraordinaria síntesis, identificó lo que la doctrina extranjera, doctrina nacional, norma positiva y, precedentes jurisprudenciales, señalaban como contenido de lo que era el cuerpo

del delito; concluyendo en 1973, lo que muchos años después en 1993 fue considerado en México como una novedad: Que el cuerpo del delito en cuanto a su ejecución, comprendía:

- A) el sujeto activo,
- B) el sujeto pasivo,
- C) conducta,
- D) resultado material,
- E) nexo casual y
- F) objeto material.

Existiendo a su vez diversas circunstancias del cuerpo del delito, a saber:

- 1) Referentes al sujeto activo,
- 2) Referentes al sujeto pasivo,
- 3) Referentes a la conducta y al resultado como lo son:
 - a) medios comisivos,
 - b) modos (elementos subjetivos del injusto, dolo o culpa),
 - c) lugar,
 - d) tiempo y
 - e) ocasión;
- 4) Referentes al objeto material (cosa mueble, inmueble, etc.).

Se identifican con claridad los actuales elementos objetivos, subjetivos y normativos del cuerpo del delito, encontrando en el cuerpo del delito y el juicio de tipicidad una vinculación indisoluble al afirmar que: "podemos afirmar que entre cuerpo del delito y juicio de tipicidad la relación es de antecedente a consecuente", y siguiendo el orden de las ideas plasmadas por Herrera Lasso, podemos añadir que cuerpo del delito y tipo penal, es una misma cosa, expresada con dos nombres distintos y basta para ilustrar esto con las expresiones positivas contenidas en la Ley.

Antes de 1984, se afirmaba en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal que: "el cuerpo de los delitos que tenga señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción"; tal expresión normativa que obedecía a la época en que fue emitida muchas décadas con antelación al citado año, pertenece a la interpretación de cuando fue creado el concepto del cuerpo del delito, en donde no debía castigarse un delito con pruebas arbitrarias de los hechos, sino cuando en forma mínima se acreditaran los elementos materiales (CORPUS INSTRUMENTORUM O CORPUS PROBATIONE, DE LA ÉPOCA CASI MEDIEVAL).

La interpretación del cuerpo del delito que se hacía antes de 1984, lo era en forma gramatical y por lo tanto parcial, pues se afirmaba que sólo se constituía por los elementos objetivos o materiales del delito; pero si la interpretación tenía su

fundamento en un esquema sistemático del conocimiento jurídico-penal de la época (doctrina extranjera, doctrina nacional, disposiciones normativas vigentes y criterios jurisprudenciales positivos), la conclusión era que el delito tiene elementos objetivos, subjetivos y normativos, de la manera pulcra en que Eduardo Herrera Lasso lo había puntualizado, con varios lustros de antelación. Quienes no querían verlo de esa manera eran tan cortos de vista, que el Legislador para enmendar la confusión derivada de lo que se consideraba como cuerpo del delito, a partir de 1984 estableció que: "el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la Ley Penal", haciendo alusión velada a los elementos materiales u objetivos, subjetivos y normativos, según lo pidiera la Ley; recordando que descripción de los delitos en algunos casos imponen la exigencia única de elementos objetivos, en otros ilícitos se complementa también con elementos subjetivos, en tanto que otros exigen el tercer elemento normativo, sin que implique que por necesidades los tres tipos de elementos tengan que coexistir en todos los cuerpos de los delitos o tipos penales que la Ley establezca.

Finalmente, resultó insuficiente la reforma de 1984, pues la forma de pensar generalizada, respecto de los que debe acreditarse en un hecho delictuoso fue confusa, pues no logró cambiar la forma de pensar de los Abogados Penalistas, hasta que nuevamente el Congreso de la Unión que en esa fecha tenía el encargo de la elaboración de las Leyes en el Distrito Federal, reformó la codificación penal en el año de 1993, en los ámbitos sustantivo y adjetivo en lo que se denominó " la mayor reforma hecha desde la promulgación del Código de 1931", y entre las muchas modificaciones que se hicieron, lo fue el cambio del acreditamiento del evento delictuoso, a través del cuerpo del delito sustituyéndolo por el concepto de tipo penal, que fue de los mas significativos por introducirse en los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales en el Distrito Federal, la ejemplificación de los elementos que deben acreditarse en la conducta-tipo penal, que fueron:

I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión en su caso el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido.

II.- La forma de interdicción de los sujetos activos; y

III.- La realización dolorosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditará si el tipo lo requiere:

A) las calidades del sujeto activo y del pasivo;

B) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión;

C) objeto material;

D) los medios utilizados;

E) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;

F) los elementos normativos;

G) los elementos subjetivos específicos y

H) las demás circunstancias que la ley prevea.

De la información anterior podemos afirmar, que la interpretación sistemática que Eduardo Herrera Lasso, hizo en el año de 1973 respecto de los elementos que integran el cuerpo del delito y lo que el Legislador en el año de 1993 estableció como tipo penal y los elementos que lo constituye; son una misma cosa, pues ambos conceptos se refieren en última instancia a los elementos que acreditados constituyen una conducta delictiva; de ahí que cuerpo del delito, tipo penal y conducta delictiva, tengan una equivalencia de contenido óntico-temático, pudiéndose afirmar con relatividad del caso que se trata de una sinonimia. Claro está, que en un sentido técnico el cuerpo del delito evolucionó con mayor rigor científico a los que se conoce como tipo penal, pero por más argumentos racionales que se invoquen para decir que son dos cosas distintas, una realidad inobjetable se opone a su separación, y es que ambos conceptos se refieren a lo mismo: A la conducta delictiva, y esto los vuelve a colocar en una equivalencia sinonímica.

La acertada reforma de 1993, por eliminar la confusión existente sobre el contenido de los elementos del cuerpo del delito, pues llevaba de la mano el jurista penal y, le indicaba el camino de lo que era necesario acreditar para que un delito existiera y en esto no había vuelta de hoja, antes de esa fecha, sólo los intérpretes profundos como Herrera Lasso, conseguían derivar de la descripción legal, todos estos elementos; criterio que chocaba con la interpretación mediocre basada en la simple lectura gramatical de la Ley. Se suponía que esta reforma eliminaría la confrontación de los penalistas, pudiendo coloquialmente advertir un llamado de "no se hagan bolas", estos son los elementos de la conducta delictiva y no otros. Sin embargo, la disputa en vez de concluir, se exacerbó al polarizar a los turistas penales en dos grupos: Por un lado los teóricos de la ley penal que hablaban en forma insostenible de la transición de teorías, donde se había abandonado "el causalismo", y se dejaba paso a un "finalismo", y con argumentos técnicos confusos, pretendieron exigir a los aplicadores de la Ley Penal, un cambio de mentalidad; un cambio en las formas de plasmar los argumentos en las resoluciones penales, y un cambio también de apreciación de las conductas delictivas, multiplicando las exigencias de los medios de prueba para acreditar un hecho (no de los elementos del delito, pues siempre fueron los mismos; objetivos, subjetivos y normativos). El resultado fue un caos, en donde la sociedad advirtió con espanto, que los penalistas posiblemente habían extraviado la razón, y el origen de esto parecía estar en el cambio de conceptos que el cuerpo del delito, y del tipo penal y de las teorías que nacían de éste último, así como de las múltiples polémicas que encarnizadamente sostenían los unos (teóricos confusos) y los otros (aplicadores de la Ley que teniendo contacto directo con la realidad, percibían una disfunción entre teoría y práctica). El legislador intérprete de la voluntad popular, escuchó el clamor social para poner fin a la disputa entre los penalistas y diciéndoles entre líneas "no se sigan haciendo bolas", pone fin a las absurdas polémicas teóricas, y en el año de 1999 modifica lo relativo al acreditamiento de tipo penal y lo regresa al acreditamiento del cuerpo del delito, simplificando los requisitos, señalando que los elementos del delito son: objetivos, subjetivos y normativos; y como si esto fuera una solución

mágica, las polémicas y los teóricos parece que desaparecieron, y la cordura regresó al foro, penal mexicano.

Algunos afirman un retroceso en la disciplina penal por éste último cambio, y les asiste la razón, en cuanto a la evolución temporal de los conceptos únicamente, pues lo confuso de las ideas penales de la última década del siglo XX en México, logró consolidar en los hechos, que los abogados cuando analizan un delito por ejemplo, el robo, dicen que se integra: Por los elementos:

OBJETIVOS:

- 1.- Conducta de apoderamiento,
- 2.- Sujetos activo y pasivo,
- 3.- Resultado material, cuando el objeto sale de la esfera del pasivo o se pone en peligro,
- 4.- Nexo causal, entre conducta y resultado,
- 5.- objeto material y bien jurídico tutelado,
- 6.- Forma de participación,
- 7.- Circunstancias de modo, tiempo, lugar y ocasión;

SUBJETIVOS:

- 8.- Dolo, intención o propósito de apropiación,

NORMATIVOS:

- 9.- Cosa mueble y ajena,
- 10.- Apoderamiento sin consentimiento ni derecho.

En éste orden de ideas afirmamos que el avance de la cultura jurídica que ganamos con la reforma de 1993, no se perdió ni hubo retroceso por la reforma de 1999, pues la manera de interpretar a la conducta delictiva-cuerpo del delito-tipo penal, se ha establecido en forma mas o menos uniforme a nivel nacional, y se hace en términos similares al ejemplo reseñado. Por fin las disputas teóricas volvieron a ser objeto de estudio del ámbito académico y no de farragoso experimento social.

M) HUELLAS Y OBJETOS DEL DELITO

Entre las diligencias urgentes, ocupa el primer plano la realización de la inspección ocular a cargo del funcionario investigador, para estar en condiciones de documentar, a través del sumario de prevención todo cuanto le corresponde, disponiendo como primera

medida que no haya alteración alguna de todo cuanto se relaciona con el objeto del crimen y el estado del lugar donde se cometió. Una vez que el funcionario investigador ha adoptado todas las medidas adecuadas para que no se altere nada relacionado con el objeto del crimen y el estado del lugar donde se cometió, debe arbitrar los medios para facilitar la inmediata intervención del equipo de

auxiliares técnicos, para que sean ellos los primeros en visitar la escena del delito en procura de los indicios que les suministraron "los testigos mudos", tendientes a constatar que realmente se ha cometido un hecho considerado delictuoso por la legislación penal vigente y todo aquello que conduzca a la positiva identificación de su autor o autores. Ese equipo de auxiliares técnicos del investigador no actúa en forma indiscriminada, sino siguiendo un ordenamiento que permita su actuación ponderable y eficaz para alcanzar e mejorar de los resultados.

El orden es el siguiente:

Fotógrafo: Para documentar fidedignamente todo cuanto se relaciona con la escena del delito y sus adyacencias, antes de que se toque o remueva nada; porque de lo contrario, difícilmente se podrán de acuerdo los funcionarios intervinientes para determinar que lugar ocupa cada cosa removida antes de su documentación fotográfica total o en detalle.

Planista: Intervendrá para tomar por sí y verificar todas las medidas que le permitan confeccionar con exactitud y fidelidad los diversos croquis que, completándose con la fotografía, brindaran al magistrado y a las partes, todo cuanto sea de utilidad para alcanzar la verdad en el proceso penal.

Médico legista: (si se investiga un homicidio) para que informe sobre la causa y la hora de la muerte, si allí donde se encuentra el cadáver es realmente el lugar donde recibió la última ofensa que le causó la muerte, por la existencia o inexistencia de rigidez cadavérica en relación con la hora de la muerte, sobre la determinación de los orificios de entrada y salida si presenta heridas provocadas por proyectiles de armas de fuego, etc.

Especialista en rastros papilares: para examinar todos los objetos o lugares idóneos para captar los dejados por el delincuente y que conducirán a establecer su identidad por medios directos.

El perito en balística: que establecerá la distancia del disparo, la fecha del disparo si allí se encontrare el arma y, posteriormente, si esa o cualquier otra arma fue la empleada, por su identificación con el o los proyectiles que allí se encuentren o que se extraigan luego del cuerpo de la víctima al practicarse la necropsia.

Simultáneamente el perito químico: que cosechara toda clase de manchas (sangre, esperma, materia fecal, etc.) que aportaran elementos de juicio para el establecimiento de la identidad del procesado por medios indirectos.

El odontólogo legal: para la identificación de las mordidas, si existieran en el cuerpo de la víctima o en otros elementos (manzanas, manteca, chocolate, etc.

Vale decir que intervienen una serie de especialistas bien definidos pero todas colaborantes, para, en un caso dado, resolver la incógnita o aportar al investigador los detalles indispensables para que alcance el éxito en el hecho investigado.

1. Inspección Ocular

Al practicarse la inspección ocular, el investigador debe estar imbuido de que son necesarias 2 condiciones fundamentales para que sea eficaz su intervención:

- a. La minuciosidad: Significa que el investigador no debe subestimar nada de lo que se encuentre en la escena del delito, por más insignificante que parezca de entrada, por que puede ser la clave decisiva en el proceso investigativo; y que no debe dejar nada por observar y considerar en la escena del delito y en sus adyacencias, porque de todo ello puede extraer conclusiones para determinar si esta en presencia de un hecho real o simulado.
- b. La imparcialidad: Significa que no debe rechazar nada por si o por medio de sus auxiliares técnicos por el solo hecho de que se oponga a la hipótesis que inicialmente se formulara con respecto al hecho investigado; por que esa hipótesis puede ser falsa y, si no ha cosechado todo cuanto oportunamente estuvo a su alcance cosechar, difícilmente podrá contar con posterioridad con los elementos que le señalen la verdadera senda investigativa.

Si la investigación de un homicidio se traduce en un fracaso, la causa de ello en términos generales radicara en la investigación inadecuada que se practique en el lugar de los hechos.

Se puede decir que el éxito de la diligencia dependerá de cómo se actué en los primeros 15 minutos.

Todas las medidas que toma el funcionario investigador para tomar la intervención de sus auxiliares técnicos a través del registro y documentación fotográfica y planimetría del estado originario de la escena del delito y sus adyacencias con todo su contenido y de la posición, ubicación y características de los testigos mudos determinados y/o revelados por los distintos especialistas y que han de permitir suministrar la evidencia del hecho criminal, viene a conformar lo que se ha dado en llamar el retrato del lugar del hecho.

El croquis o plano viene a constituir el esqueleto y la fotografía el músculo que permite conformar el retrato esa entidad que se llama lugar del hecho o escena del delito; tanto mas fielmente logrado, cuanto más estrictamente se observen los procedimientos fotográficos y topográficos.

Dada la gran variedad de actuaciones, no es posible estatuir un procedimiento rutinario, aplicable a todos los casos; pero si es procedente enumerar las normas y principios básicos, sujetos desde luego a experimentar las modificaciones que requiera cada caso en lo particular.

Las diversas etapas que integran que integran una investigación son:

Procedimiento preliminar:

Al recibir la denuncia, de inmediato debe anotar

1. La fecha
2. La hora exacta en que se recibió la llamada
3. Medio por el cual se recibió la llamada
4. Nombre del delincuente o el de la persona que tuvo conocimiento de los hechos

Al llegar al lugar de los hechos deberá anotar:

1. Hora exacta de llegada
2. La dirección correcta
3. Una información breve acerca del estado del tiempo.

El agente investigador procederá a obtener la certidumbre de que el sujeto está realmente muerto. En la mayoría de los casos la confirmación es fácil, pero en ocasiones la muerte es el resultado de actividades que no la hacen fácilmente identificables, tales como la sofocación, la asfixia por sumersión, la electrocución, etc. en esos casos se procederá a realizar tan pronto como sea posible maniobras resucitatorias, como puede ser la respiración artificial y se solicitará la presencia del personal destinado a impartir con eficiencia los primeros auxilios.

Protección del lugar de los hechos: establecida la convicción de que el sujeto está realmente muerto, el investigador, tomara las precauciones necesarias para proteger la integridad del escenario, incluyendo desde luego la posición del cadáver. La necesidad de aislar el lugar de los hechos se impone con vista a preservar el cadáver y lo que lo rodea, tal como se encontraba cuando acaeció la muerte. De no actuar así, los objetos serán removidos, los muebles quedarán colocados en sitios diferentes, se removerán pruebas valiosas o se imprimirán huellas dactilares que no corresponden a los presuntos indicios. Si el cadáver se encuentra en un espacio abierto, al aire libre, las circunstancias que concurren en la investigación pueden variar considerablemente, pero las precauciones y los objetivos siguen siendo los mismos.

Descripción del lugar

Se realiza mediante tres métodos o procedimientos Topográfico Escrito y Fotográfico

N) Procedimiento escrito

Satisfechas las tareas preliminares, el investigador procederá a formular por escrito una descripción completa del cadáver y de lo que lo rodea. Esta labor se realiza sin mover el cadáver, los objetos y los muebles, sin alterar las huellas y los indicios. La descripción tomara en cuenta el sexo, la edad aparente, la complexión, el color de piel del cabello de la cabeza y de otras regiones con población pilosa, las características de las prendas de vestir y las señales particulares que sean accesibles a la inspección. Si hay sangre se anotara su condición de fresca o de seca. Las soluciones de continuidad en la ropa pueden corresponder a desgarros, o bien, al paso de los agentes vulnerantes, ya sean estos proyectiles de armas de fuego o armas blancas. Las manos de las víctimas deben ser objeto de minucioso examen, se tomara nota si están empuñando armas u otros objetos, o bien, si estos se encuentran en sus inmediaciones, asimismo, si presentan evidencia de lesiones, de desperfectos en las uñas o de manchas de sangre.

Por lo general, a la descripción del cadáver sigue la del lugar en donde se encuentra, consignando lo referente a las puertas, ventanas y muebles, sus relaciones entre sí y con respecto al cadáver. Las armas deben ser descritas sin

tocarlas.

Se revisaran las paredes, el techo, el piso y otros dispositivos mobiliarios al llevar a cabo una búsqueda de impactos, ya sean de proyectiles de armas de fuego o de otras armas u objetos arrojados.

No se descuidara lo relativo a la presencia y ubicación de cápsulas vacías. Ante las posibilidades de envenenamiento por más remotas que sean, es de elemental previsión examinar los vasos, tazas, botellas u otras recipientes, así como los envases de medicamentos u otras sustancias.

Es conveniente enfatizar que nunca se escribe demasiado al describir minuciosamente y detalladamente todo lo que se encuentre en el lugar de los hechos.

A veces mucha más importancia que la inspección del espacio concreto en el que se desarrollo la tragedia, tiene la de sus alrededores y cercanías.

A pesar de ser el más antiguo de los procedimientos nunca debe aplicarse por si solo si se quiere dar 1 versión exacta del lugar del hecho.

Muchas veces el funcionario policial se ve constreñido a aplicar el exclusivo procedimiento escrito por no contar con el auxilio de técnicos que le brinden su colaboración para apelar los procedimientos topográficos y fotográficos.

Lo menos que pueden hace el investigador es confeccionar un croquis de urgencia o de emergencia y/o tomar fotografías con maquinas de manipuleo elemental.

Cuando se trata de hechos delictuosos cometidos en el interior de un edificio, el retrato debe hacerse desde afuera hacia adentro, primero se consigna la calle y numero que le corresponde, calles linderas y dependencias, indicando si existe algún rastro o huella reveladora del acceso del delincuente y por ultimo con mas lijo de detalles, el lugar o dependencia donde se consumo el hecho.

Ñ) Procedimiento topográfico

El técnico debe actuar en estrecho contacto con el investigador al realizar la inspección ocular o escuchar su realización, para luego hacerse su propia composición del lugar y saber que es lo que debe respetar a través del croquis y por que. Se debe procurar el desarrollo mental del croquis antes que su desarrollo topográfico.

El investigador a continuación elaborar un esquema del lugar de los hechos procediendo de la siguiente manera: trazara un boceto de la habitación incluyendo las puertas, las ventanas, la chimenea y las demás características que ofrezca después con trazos convencionales se ubicaran los muebles, tales como el piano, las sillas, la cama, etc. finalmente se delinearara el cadáver de acuerdo con la relación que guarde con lo anotado. Se procederá a continuación a medir las dimensiones de la habitación y de los detalles que le son inherentes, así como las distancias que guarda el cadáver con respecto a ellas y a los muebles y objetos que haya en el inventario de la habitación.

Distintas clases de croquis Dos clases de croquis pueden confeccionarse a levantarse:

1. El de urgencia o de emergencia
2. El regular

1. El de urgencia o de emergencia: Es el que se levanta o debe levantar el propio investigador al realizar la inspección ocular, para consignar en el todas las medidas, ubicación de cosas o elementos vinculados al hecho delictuoso investigado: rastros, manchas, etc. para contar con 1 elemento que le permita recordar todo cuanto ha de consignarse en el relato por medio del procedimiento escrito, a fin de no omitir nada que pueda resultar de importancia, ya que no debe fiarse exclusivamente de su memoria para llenar cumplidamente su objetivo, por que ella es falible. Es por eso que a este croquis también se le ha denominado la ayuda memoria del investigador. Para la confección de este croquis, el investigador deberá contar con lápiz, papel milimetrado o cuadriculado de medidas conocidas, metro plegable y una regla graduada en centímetros para con tales elementos, ver facilitado su tarea de representar lugares y objetos, con acotación de las medidas exactas que tome por si mismo o que le facilite el planista cuando, pudiendo contar con su colaboración, actúan simultáneamente en la inspección ocular.
2. El croquis regular: es el que debe confeccionar el técnico planista, observando todos los requisitos y exigencias topográficas, con la utilización de instrumental adecuado: brújula, cinta métrica, regla graduada en centímetros y milímetros, para todos los datos que debe cosechar en el lugar del hecho; mesa de dibujo, escuadras, reglas T, compases, en las oficinas técnicas, para la confección a escala del plano definitivo y la observancia de todos los requisitos.

Reglas de Hans Gross.

1. El plano debe estar orientado de acuerdo a los puntos cardinales que también figuran en él.
2. El planista debe por si mismo tomar y verificar las medidas, no pudiendo confiar esta operación de otra persona extraña a la especialidad.
3. El plano no debe estar sobrecargado, no debe contener nada que no este directamente vinculado con el hecho investigado ya que la fotografía se encarga de registrar y documentar el contenido total de la escena del delito y de sus adyacencias.
4. El planista no debe confiar en su memoria para acotar o enmendar algo que debe figurar en el croquis. Todo debe anotarlo en el lugar mismo, porque la memoria humana es falible.
5. El croquis debe ser hecho a escala. La escala varia con la mayor o menor extensión del lugar a representar a través del plano. A mayor extensión, menor escala, a menor extensión, mayor será la escala. La escala aplicada debe consignarse en el plano para su total y mejor interpretación.

De acuerdo a esto, se pueden confeccionar 3 tipos de planos que, yendo de afuera hacia adentro en relación a la escala del delito y sus adyacencias, son los siguientes:

1. Croquis de la localidad: Debe contener la ubicación de la casa, edificio o lugar donde se cometió el hecho delictuoso, consignando la calle y número, casa linderas, calles transversales, si fuera una zona urbanizada. Si la casa o edificio estuvieran rodeado de baldíos o campos, hay que ubicar puntos de referencia que pueden estar constituidos por: cursos de agua, puentes, árboles, caminos de acceso, fondos linderos, etc. amén de los puntos cardinales. Todo esto es fundamental para dar una idea exacta de ubicación del inmueble o lugar, para que sea posible su precisa determinación en cualquier momento y cualquier situación. En caso necesario puede emplearse signos convencionales de uso común. Se señalan rastros, huellas, etc. indicativos de desplazamiento del individuo delincuente.
2. Plano de finca: Contendrá la representación del edificio o casa con el esquema de sus diversos pisos, sus diferentes dependencias, jardines, habitaciones, con señalamiento del lugar, local, etc. donde se consumó el hecho delictuoso para su exacta localización.
3. Plano de la escena del delito o de detalle: Este se limita exclusivamente a registrar la escena del delito, representando su conformación, el lugar ocupado por el cadáver, el sitio donde se encontró el arma empleada, los muebles u objetos removidos, las impresiones, rastros, manchas y huellas diversas dejados por el autor, señales de impacto, etc.; vale decir, todo aquello directamente relacionado o vinculado al hecho investigado.

En muchos casos es aconsejable no aplicar el exclusivo dibujo lineal sino recurrir al plano llamado de proyección horizontal o de proyección cúbica o con abatimiento o de Kenyers, denominación esta última que responde al nombre de su autor.

Se llama plano con abatimiento porque la habitación se presenta con trazados lineales totalmente en un plano, como si se abatieran las paredes y el techo o cielo raso para que queden a un mismo nivel con el piso. De ahí su denominación plano con abatimiento y también horizontal.

Este plano se confecciona sobre cartulina y una vez terminado, se le hacen incisiones en las uniones del piso con las paredes y de una de estas con el techo. Al plegarse las distintas partes tendremos perfectamente reproducido el interior de la habitación.

Si queremos observar su contenido, levantamos las partes correspondientes al techo o abatimos la cartulina que representa una de sus paredes. Se emplea la misma técnica que se enseña a los niños en la escuela para construir el cubo, poliedros, etc. De ahí que también a este plano se le llame de proyección cúbica.

Algunos autores, como Soderman y O'Connell, le llamaron también proyección horizontal plástica.

La proyección horizontal es la que se usa únicamente para confeccionar el plano de la escena del delito o de detalles.

El plano de proyección horizontal es el que se usa únicamente para confeccionar el plano de la escena del delito o de detalles.

El plano de proyección cúbica reúne material extraordinario por su gran valor representativo y reconstructivo, ya que además de fijarse meticulosamente y al milímetro todos los detalles que aparecen en la escena del delito y que están directamente relacionados con él, brinda la oportunidad de hacer la representación objetiva de la trayectoria de los proyectiles cuando, habiéndose empleado armas de fuego, tales elementos se encuentran depositados sobre el piso después de haber huellas de impactos o rebotes sobre las paredes o techos de la habitación.

Todos los planos deben contener indispensablemente las referencias para que se pueda entrar en conocimiento del significado de cosas representadas y señaladas con las correspondientes llamadas.

Para confeccionar estos planos, ordinariamente se aplica el método de las coordenadas, mediante el cual se puede fijar la posición de puntos determinados, estableciendo sus distintas perpendiculares a 1 línea que sirve de base común.

También puede aplicarse los siguientes métodos: el de las coordenadas polares, el transversal, el polar o radical y el de la triangulación.

O) Procedimiento fotográfico

La utilización adecuada de la cámara fotográfica es siempre de gran importancia. No debe olvidarse que las buenas intenciones no sustituyen a la experiencia y al adiestramiento.

La fotografía adecuada en este tipo de trabajo requiere la intervención de un experto provisto de un equipo adecuado. Es preferible esperar una o varias horas y lograr su cooperación a confiar en un aficionado.

El cadáver debe ser fotografiado desde todos los ángulos posibles recurriendo en su caso al uso de una lente gran angular o bien a una escalera. Los orificios correspondientes a los proyectiles ya sean que estén en las paredes o en los muebles pueden requerir el uso de una cámara de doble fuelle para lograr máxima precisión.

Las impresiones fotográficas útiles requieren tiempo suficiente y el auxilio de un experto en esta clase de trabajo.

El registro y documentación fotográfica de una escena del delito y sus adyacencias, debe hacerse cubriendo las mismas etapas señaladas al hablar de los procedimientos escrito y topográfico. Tal operación debe llevarse a cabo desde afuera hacia adentro y en sentido de las agujas del reloj, en forma espiral, tratando de documentar todas las etapas cubiertas por el delincuente: de donde vino, de que medios se valió para llegar al lugar, que paso dio y como hizo para introducirse al interior del edificio, que desplazamiento tuvo luego de llegar al local donde concretaría sus designios delictuosos y, una vez en la escena, como actuó para llegar a concretarlos; todo ello perfectamente acreditado por la captación de los indicios materiales extrínsecos cosechados por los técnicos especializados que actúan como auxiliares del investigador.

Con el procedimiento fotográfico se trata de alcanzar una reconstrucción ideal del hecho delictuoso cometido.

Las fotografías deben tomarse con una cámara de doble fuelle. Se tomaran placas antes de que se limpie la sangre, las suciedades; se tomaran obras de las lesiones después de haber limpiado cuidadosamente la piel circunvecina. Las impresiones se tomaran a corta distancia para precisar sus detalles.

Las tomas a distancia no ofrecen gran utilidad en casos de heridas por bala o arma blanca.

Es de particular importancia sobre todo cuando se fotografían las heridas que se tome la precaución de colocar en un lugar adecuado un fragmento de cinta métrica, para comprobar fácilmente la real extensión de las heridas y de algunos otros elementos accesorios cuya interpretación es trascendente.

También cuando no se ha podido identificar el cadáver de la víctima de un hecho delictuoso, por medio de sus impresiones digitales o por el reconocimiento de sus allegados nada mas indicado que tomar fotografías, en condiciones tales que le comuniquen la mayor apariencia de vida.

Esta operación es lo que se conoce con el nombre de aliño del cadáver y consiste en que después de haberse cumplido las etapas ineludibles del registro y documentación de su posición en la escena del delito por medios fotográficos y topográficos y el medico legista se procede a ubicarlo sobre una silla como si estuviera naturalmente sentado; seguidamente, se le coloca sobre la cara una crema común de tocador para contrarrestar la lividez cadavérica, se le da un leve color en los labios y mejillas; luego se abren los párpados, se le levantan los ojos arrojándoles suero fisiológico con una jeringa y se le inyecta aceite de resino o glicerina para comunicarles brillo.

Estando bien aliñado el cadáver se procede a tomarle varias fotografías para escoger los mejores y luego exhibirlas o hacerlas conocer al grueso del público a través de publicaciones periodísticas o proyecciones televisivas.⁵⁴

⁵⁴ MARTINEZ GARNELO JESUS.LA INVESTIGACION MINISTERIAL PREVIA.2da.ed.Ed.O.G.S.Mexico1994.P.p. 950_970

CAPÍTULO QUINTO V

TEORIA DEL DELITO

5.1 INTRODUCCIÓN

En este capítulo vamos a poder comprender como se dan los delitos no importa de qué forma, ya sea que allá sido por una acción o por omisión de un individuo, pues esta siempre será una conducta cuyos resultados ya se tienen previstos en la ley, tipificados, cada uno de ellos según sea la circunstancia.

En la historia mencionaremos la teoría del delito en Alemania se planteo en tres épocas:

La clásica, la neoclásica y el finalismo y donde se planteaban tres categorías para decir que era un delito, acción, tipicidad, culpabilidad y punibilidad.

a) La teoría clásica del delito.- Nace de las ideas propuestas por Carrara en Italia donde nos dice “acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena”, esto tenía dos puntos fundamentales- el proceso material causal para, y el contenido objetivo de la voluntad, las dos situaciones producen su impacto en desarrollo del sistema y en las construcciones dogmáticas derivadas del mismo. Donde todo se resume en que la causa de la causa es causa de lo causado, por ende, la acción es ciega que lo podríamos definir como una acción compuesta por un movimiento corporal y la consecuente modificación del mundo exterior que es el resultado, se unen por la relación de la causalidad.

b) La teoría neoclásica propuesta por Liszt y Beling, basada en la teoría teleológica del delito. Su máxima aportación es la introducción de la idea del valor, abandonando un enfoque naturalista positiva, prestando atención a lo normativo porque pensaban que no era posible estudiar el delito como un método de ciencias naturales; aquí los autores mencionaban que se podía hacer una línea divisoria entre los elementos, haciendo modificaciones como lograr, demostrar, que alguno de estos elementos no son tan objetivos como se pensaba. Debilitándose la concepción mediante el uso del término comportamiento lo que era en la actuación de la voluntad del ser humano en un mundo exterior, pretendiendo suprimir el concepto de acción e iniciar el análisis de la estructura del delito por la tipicidad.

c) La teoría del finalismo esta concepción final de la acción iniciada por Welzel apoyado en las ideas de Weber y Wolf, viniendo por diferentes bases desde su origen en la segunda década del presente siglo y confirmándose diez años

después hasta lograr su actual desarrollo. Este planteamiento se vio determinado por la separación entre lo real y el derecho a la realidad del ser social. De dicho modo la estructura de esta teoría es la acción humana apoyándose en forma inmediata en observaciones de la moderna psicología sobre el comportamiento de los actos psíquicos. Siendo que se debe ser incondicionado, el sujeto responsable, el carácter ordenado del actuar éticos social y la concordancia de los ordenes éticos sociales. Aquí la acción no es ciega, sino final, negando la posibilidad de que existan acciones ciegas,(me refiero a una finalidad determinada de obrar consistente.).

Antiguamente los actos delictivos se confundían en una sola existencia: eran los de culpabilidad y los antijurídicos.

Puesto que solo se tomaba en cuenta el aspecto material, y al aspecto moral, que se refiere a la imputabilidad que ahora lo aplicamos para la culpabilidad. En la ley existen varias clasificaciones de delitos los cuales cuentan cada uno con sus sanciones respectivas. No importa si solo se intento, se planeo, se llevo a cabo con o sin éxito, o se logro el cometido, todo absolutamente todo está considerado con su pena correspondiente para que nuestra sociedad viva con una seguridad.

Para Eugenio Cuello Calón la teoría del delito constituye la ciencia que estudia al delito como un fenómeno jurídico, al delincuente como un sujeto activo y por tanto, las relaciones que se derivan del delito como: violación al orden jurídico, y de la pena como reintegración del orden.

La frase TEORIA DEL DELITO es un sistema que se forma de los estudios del comportamiento humano que se han realizado en el área jurídico penales que nos establece la existencia del delito y estas a su vez nos permiten poder calificar cuando un hecho es delito o no, pues al mostrar los elementos, categorías o condiciones específicas que nos resultan fundamentales, ya nos podemos dar cuenta que tipo de delito calificaremos. Y la función de esta es ser el instrumento para obtener un resultado justo después de un análisis en la aplicación de la ley penal, donde se desarrollan diversas categorías designadas de los siguientes elementos de un delito son: conducta, acción, tipicidad atipicidad, antijuricidad, causas de justificación, culpabilidad e inculpabilidad, los cuales se exponen más adelante. Veremos las diferentes teorías para calificar, evaluar o tipificar los delitos la cuales son varias y nos dan específicamente los factores que influyen en cada caso. Lo cual podemos entender en relación con, delincuente, pena y medidas de seguridad, el derecho sistematiza estos para lograr una noción universal. Así mediante la aplicación de un método jurídico, se abarque el delito como un fenómeno social y jurídico, al delincuente como un ser corpore y la pena como una consecuencia social aplicada según los fines que con ella se persiguen.

- A) La teoría causa lista del delito es el querer por parte de un sujeto activo de cometer un delito teniendo algunos elementos como la consecuencia, voluntad, intención, movimiento corporal, y siendo perceptible por los sentidos, donde muchas veces no se puede explicar la ausencia de movimiento, la relación entre la causalidad y el resultado no son elementos de todos los delitos pues muchas veces es ajeno a la voluntad del sujeto sin poder explicar la conducta. Y el resultado es la consecuencia de la conducta, obteniendo el fin que deseaba y tenía previsto ya la ley penal. Explicando el delito con base en las leyes de la naturaleza, viéndose como una relación de causa y efecto, donde no puede explicar la omisión (una ausencia de movimiento) la causalidad y el resultado no son elementos de todos los delitos siendo el resultado ajeno a todos los delitos.
- B) La teoría finalista del delito. Esta podríamos entenderla como una conducta voluntaria que lleva dolo y culpa, ya encaminado hacia un determinado fin y solo un acto voluntario puede ser plenamente relevante pues la voluntad nos implica tener una cierta finalidad. Con esto podemos ver que la acción únicamente adquiere carácter de conducta al llegar a la culpabilidad (lo cual no es exacto, pues constituye un causalismo puro difícil de encontrar en el panorama penal). No debemos de entender que la finalidad es como el querer lograr algo, solo nos basta con que ella se dé, con el querer hacerlo o no hacerlo.
- C) Teoría psicologista de delito. Es la concepción por así llamarla de la culpabilidad y es la relación entre el auto y el hecho, anteriormente se dividía por un estudio o un análisis en dos partes. Definiendo la causalidad he de aquí la antijuricidad con la parte externa y la culpabilidad con la interna. Existe el delito como un resultado vinculado con la causalidad material y una conexión de causalidad psíquica que contempla a la culpabilidad.
- D) La teoría normativista o funcionalista. Esta surgió de las críticas de las teorías psicologista de la culpabilidad según las ideas de Fran, Hegler. Es la conducta típica antijurídica que no es el delito sí que nos da lugar a reparaciones civiles.
En esta teoría se imputa al tipo de objetivo alguien será culpable de algo si su conducta se la pueden reprochar, reprochándose al autor haberse revelado estando consiente a los mandatos del derecho(dolo o se le enrrosta el haber lesionado indebidamente las exigencias de la vida comunitaria, para que se le puedan señalar por su conducta a un autor requiere la ley que allá tenido la posibilidad necesaria de comprender la

antijuricidad de su conducta manifestada actuando con una conciencia plena.⁵⁵

5.2 FORMAS DE DELINCUENCIA

Las formas de la delincuencia son variadas y se han ido transformando conforme a los periodos de la historia y los tipos de sociedad. Actualmente se observa un desarrollo general de formas de delincuencia organizada basada en el modelo de la mafia siciliana o de la camorra napolitana, dedicadas principalmente al tráfico de drogas y de materias nucleares.

El término genérico de delincuencia abarca varios tipos básicos de comportamiento delictivo con criterios combinables: puede decirse que hay delincuencia cotidiana o delincuencia menor, la delincuencia juvenil, la delincuencia por imprudencia, el crimen organizado, la delincuencia económica y financiera, los atentados a personas, que comprenden básicamente los abusos sexuales, los atentados a las normas y al orden público y finalmente el terrorismo.

5.3 SUJETO ACTIVO

El sujeto activo, es la persona física que comete o realiza el comportamiento descrito en la ley penal, el que causa la lesión al bien jurídico penalmente protegido al violar la prohibición o mandato contenido en la norma penal. Se llama también ofensor, delincuente, agente o criminal, el sujeto activo será siempre una persona física independientemente del sexo, edad, nacionalidad, y otras características, que realice la conducta atípica, la cual puede ser única o plural, en épocas anteriores fue admisible la responsabilidad penal no solo de los animales, sino incluso de las cosas. Solo las personas físicas, sujeto activo tienen capacidad de conducta o de acción, en sentido penal, concepto natural y real, y pueden tener capacidad de voluntad para realizar un fin ilícito que implica el dolo o en su caso la culpa y están en actitud de ejercer los derechos que implican las legitimantes o causas de justificación que derivan de las reglas permisivas que reconoce el propio orden jurídico general.

⁵⁵ www.monografias.com.mx

5.4 EL SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo es la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente, se denomina también víctima u ofendido, por lo general cualquier persona puede ser sujeto pasivo. La persona individual esta protegida toda su vida, incluso desde antes de su nacimiento, los restos mortales también son objeto de tutela penal. El sujeto pasivo del delito y el pasivo del daño generalmente coinciden pero no son idénticos, por ejemplo en el delito de homicidio el pasivo del delito es el occiso, y el pasivo del daño los son los deudos que sufren el perjuicio pecuniario o el daño moral originados por el delito.

5.5 OBJETO MATERIAL Y OBJETO JURÍDICO

En la doctrina del derecho penal se distinguen los siguientes objetivos:

El objeto material es persona o cosa sobre la que recae directamente el daño causado por el delito cometido. Lo son cuales quiera de los sujetos pasivos o las cosas animadas o inanimadas.

El objeto jurídico es el interés jurídicamente tutelado por la ley penal mediante la amenaza de sanción. Todo delito tiene un bien jurídicamente protegido. Por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, la reputación de propiedad, etc.

5.6 MODELOS DE CONCURSO IDEAL O FORMAL Y REAL O MATERIAL

El concurso es el modo en que puede aparecer el delito en relación con la conducta y su resultado. El principio, una sola conducta produce un solo resultado, pero existen dos casos en los que se presentan dos figuras que hacen ubicarse en el concurso de delitos:

A) IDEAL O FORMAL. este concurso ocurre cuando una sola conducta se producen varios resultados típicos, en cuyo caso se dice que existe unidad de acción y pluralidad de resultados. (colocar un explosivo = produce lesiones, muerte y daño en propiedad privada.)

- B) REAL O MATERIAL este concurso se presenta cuando con varias conductas se producen diversos resultados (bazar, destrucción, robo, lesión.)⁵⁶

5.7 FASE INTERNA Y EXTERNA DEL DELITO

Generalmente cuando se produce el delito, este tuvo un desarrollo antes de producirse el resultado típico, ya paso por varias etapas, su importancia está en la penalidad la cual podrá cambiar o no existir el inter criminis , se conoce como la vida o recorrido del delito en donde el sujeto surge con ideas delictuosas , la ley castiga su intención cuando esta se exterioriza de forma objetiva y directa al exterior . Consta de dos fases que son: 1.- Fase interna.- que a su vez se divide en tres etapas y se constituye por el proceso interno que ocurre en la mente del sujeto y son las siguientes:

- ideación es la primera etapa de la fase interna y se identifica como el origen de la idea criminal, considerada como la concepción intelectual que la que aflora en la mente del individuo.
- deliberación es la segunda etapa es cuando la idea o ideas surgidas se rechazan o aceptan, el sujeto piensa en ella o en ellas de tal modo concibe y analiza las situaciones favorables o desfavorables (pro y contra) de la idea a realizar, lo puedo considerar como el auto balance de la realización.
- Resolución tercer a y última etapa de la fase, esta se da cuando el sujeto toma la decisión de delinquir, en este momento afirma su propósito.

Este proceso queda en la esfera del fuero interno, ya que no se a incurrido en ningún delito y existe el principio de que el pensamiento no delinque. “nadie puede ser penado por el idear o pensar criminalmente en cuanto es, sino en cuanto actúa”. En cuanto es, puede ser tomado en consideración para fines distintos de los represivos, los cuales lógicamente requieren de la existencia de una acción externa.

Esta fase tiene importancia para la criminología, más no la misma importancia para el derecho penal el cual no la sanciona.

⁵⁶ Enciclopedia ,Encarta 99. 1993-1998 Microsoft

2.- Fase externa esta surge al terminar la resolución y de la misma forma consta de tres etapas que son:

* Manifestación es cuando se exterioriza el propósito criminal dándolo a conocer a los demás; los pensamientos emergen del interior del sujeto. Hasta aquí no se incursiona en la actividad criminal.

* Preparación es cuando el individuo busca los medios idóneos y las situaciones propicias para llevar a cabo la conducta criminal, es decir, actos preparatorios que por sí solos pueden no ser antijurídicos y no revelaran la intención delictuosa, a menos que por sí solos constituyan delitos. La preparación del delito no es punible porque los hechos preparatorios son equívocos, no revelan de modo claro y preciso la intención de cometer un delito. Ejemplo .el que con ánimo de matar compra un arma, puede preparar un homicidio ,pero sus actos no revelan de modo seguro un propósito criminal, porque la compra se puede manejar con fin de defensa; de esta forma si se castigara el acto preparatorio, se estaría castigando el pensamiento, no la acción externa con razón de su equivocidad.

*Transcendencia jurídica (ejecución).- en esta última etapa de la fase externa, en el supuesto de que las autoridades tuviesen conocimiento del propósito lo mas que podrían hacer es extremar la vigilancia para evitar la comisión delictiva ,pero mientras no se cometa el ilícito, no se puede castigar al sujeto.

Es importante mencionar que algunos autores piensan que hay figuras delictivas cuyo tipo se agota con la sola manifestación ideológica, como en el delito de amenazas es donde no se está en simple etapa de manifestación, si no de ejecución, pues el tipo penal se consume al conminar el agente al sujeto pasivo con causarle un mal a él o a alguien con quien esté ligado por algún vinculo, lo que produce en el pasivo una situación de inquietud que nadie tiene derecho a provocar.

Algo parecido pasa con los delitos contra el honor, en los que la gente profiere expresiones que afecten el honor en sentido subjetivo , es decir , hieren la auto estimación de la dignidad del sujeto pasivo, o cuando el agente divulga versiones que dañan la reputación de otro o sea , el honor en sentido objetivo.

Si hablo de la ejecución, tercera y ultima etapa de la fase externa, diré que dentro de ella se pueden presentar dos situaciones: tentativa y consumación.

Tentativa.- principio de un delito que no llega a realizarse, se forma por los hechos materiales tendientes a la realización del acto delictuoso, de modo tal que no se

produzca este grado de ejecución queda incompleto por causas ajenas a la voluntad del individuo, pero denota la voluntad delictiva y se castiga.

El juez debe tener en cuenta el alcance que hubiera tenido si se hubiere realizado el acto, (art.63 del CPDF, que dice en caso de tentativa se impondrán hasta de dos terceras partes de la sanción que se debiera imponer de hubiese consumado el delito).

Dentro de la tentativa se distinguen dos clases: el acabado o denominado delito frustrado, y la inacabada también conocida como delito intentado. La primera es cuando el suceso realiza todos los actos a producir el resultado y este no se da; la segunda es cuando el individuo deja de realizar algún acto que era importante para el resultado y se dice que hay una ejecución incompleta. Cabe mencionar que no en todos los delitos se puede hablar de tentativa.

Otras figuras que se relacionan son:

* Desistimiento.- es cuando el sujeto activo suspende todo lo realizado a cometer el delito o impide que se consume, la ley en este caso no lo castiga.

* Delito imposible .- es cuando se realiza todo para la realización del delito, pero este no se da ya que no existe el bien jurídico tutelado , por decir algo, (M) quiere matar a (X) , (M) dispara a (X) pero (X) ya estaba muerto , no se puede quitar la vida dos veces.

* Delito putativo.- se conoce también como imaginario y consiste en actos tendientes a cometer lo que el activo cree que es un delito, pero en realidad no lo es.

La consumación que es la segunda situación que se encuentra en la ejecución.- es la producción del resultado típico, y ocurre en el momento preciso de dañar o afectar el bien jurídico tutelado, por decir en el homicidio, la consumación surge en el instante de causar la muerte, esto es punible.

Desarrollo del delito (iter criminis)

FASE INTERNA.- ideación- deliberación- resolución.- interior del sujeto.

FASE EXTERNA.- manifestación- propagación- ejecución.- se da al exterior

5.8 DELITO JURIDICO FORMAL Y SUSTANCIAL

La tentativa es un grado de ejecución que queda incompleta por causas no propias del agente y, toda vez que denota la intensión delictuosa, se sanciona en el código penal. (Acabada = delito frustrado, inacabada = delito intentado).

El delito como noción jurídica, es contemplado en dos aspectos: jurídico formal y jurídico sustancial.

El aspecto jurídico formal, se refiere a las entidades típicas que traen aparejada una sanción; no es la descripción del delito concreto, sino la enunciación de que un ilícito penal merece una pena.

El aspecto jurídico sustancial, consiste en hacer referencia a los elementos que consta el delito.⁵⁷

5.9 ELEMENTOS DEL DELITO

Los elementos del delito son las partes que lo integran, son los aspectos positivos, a cada uno de los cuales corresponde uno negativo, que llega a ser la negación de aquel significa que anula o deja sin existencia al positivo y, por tanto al delito.

Elementos positivos del delito	Aspectos negativos del delito
Conducta	Ausencia de conducta
Tipicidad	Atipicidad
Antijuridicidad	Causas de justificación
Culpabilidad	Inculpabilidad
Imputabilidad	Inimputabilidad
Punibilidad	Excusas absolutorias
Condicionabilidad objetiva	Ausencia de condicionabilidad objetiva

⁵⁷ REYNOSO DAVILA ROBERTO ,TEORIA GENERAL DEL DELITO.Ed. porrua, Mexico ,1997, P.p 65-80

5.9.1 CONDUCTA

Es el elemento prioritario que requiere el delito para existir se puede llamar acción, actividad, hecho o acto. También se puede decir que es un comportamiento voluntario que en ocasiones puede tener ante el derecho penal, responsabilidad, imprudencia o preterintención. Esta conducta solo la adopta el ser humano, por que el es capaz de ubicarse en la hipótesis de constituirse en sujeto activo, aquí se descartan a las personas morales. La conducta solo se puede manifestar de dos formas que son la acción y la omisión.

La acción es la facultad para actuar, se da por movimientos o comportamientos, sus elementos son la voluntad, la actividad, el resultado y la relación de causalidad conocido también como nexo causal.

- A) Voluntad.- acto de querer, intención de cometer el delito.
- B) Actividad.- hacer o actuar, hecho encaminado a producir el ilícito.
- C) Resultado.- consecuencia de la conducta
- D) Nexo de causalidad.- es lo que une a la causa con el efecto.

La omisión es realizar la conducta típica con la abstención de actuar, no hacer o dejar de hacer, puede ser simple (propia) o comisión por omisión (impropia).

- A) Simple.- consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya que sea voluntaria o imprudencial, con lo cual se produce el delito.
- B) Comisión por omisión.- es un no hacer voluntario imprudencial, cuya abstención produce un resultado material, y se infringe una norma preceptiva y otra prohibitiva.

De esta forma la conducta , como se establece en el artículo 7 del código penal del DF, es un comportamiento humano voluntario (a veces una conducta humana involuntaria puede tener , ante el derecho penal, responsabilidad imprudencial o preterintencional), activo (acción o hacer positivo) , o , negativo (inactividad o no hacer) que produce un resultado .

La acción consiste en actuar o hacer; es un hecho positivo el cual implica que la gente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales, y comete la infracción a la ley por si mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas.

Los elementos de la acción son:

- A) Voluntad.- es el querer por parte del sujeto activo de cometer el delito. es propiamente la intención
- B) Actividad .- consiste en el hacer o actuar es el hecho positivo o movimiento humano encaminado a producir el ilícito
- C) Resultado.- es la consecuencia de la conducta el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal
- D) en

Se insiste en que el nexo causal debe ser material ya que si es moral, espiritual o psicológico será irrelevante para el derecho penal.

la omisión(artículo 151)consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar. Constituye el modo o forma negativa del comportamiento.

La omisión puede ser simple o comisión por omisión.

La omisión simple, también conocida como omisión propia, consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntaria o imprudencialmente, con lo cual se produce un delito, aunque no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva, por ejemplo, portación de arma prohibida.

La comisión por omisión, también conocida como comisión impropia, es un no hacer voluntario imprudencia, cuya abstención produce un resultado material, y se infringe una norma preceptiva, por ejemplo, portación de arma prohibida.

La comisión por omisión también conocida como comisión impropia, es uno hacer voluntario imprudencial, cuya abstención produce un resultado material, y se infringe una norma preceptiva y otra prohibitiva, por ejemplo abandono de la obligación de alimentar a los hijos, con lo que se causa la muerte de estos. los elementos de la omisión son los mismos que los de la acción con la aclaración de que en los delitos de simple omisión, no cabe hablar de nexo causal, pues no se produce ningún resultado.

5.9.2 TIPO

El tipo es la descripción legal de un delito, o bien, la abstracción plasmada en la ley de la figura delictiva. El tipo es el contenido medular de la norma; es la descripción de la conducta prohibida u ordenada, prevista en todo su ámbito situacional por el legislador; es la prevención legal que individualiza la conducta

humana penalmente relevante, es decir, la fórmula legal que individualiza las conductas prohibidas por la ley penal para la protección de bienes jurídicos y que aparecen recogidas en todos y cada uno de los artículos del libro segundo del código penal mexicano.

El tipo es una descripción de una conducta como delictiva, se dice que este junto con la tipicidad consagraron el principio fundamental del derecho penal moderno (el *nullum crimen sine lege*). Tal principio lo vemos en el artículo 14 de la constitución política mexicana que nos dice " En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple similitud y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."

El tipo resulta ser expresado en forma simplista como, descripción legal de una conducta delictuosa, y la tipicidad como el exacto encuadramiento de esa conducta al tipo de no existir en la realidad, si alguien cometiera una conducta que afectase a otra persona no se podría decir que cometió un delito , por que no lo es por lo consiguiente no se le podrá castigar y su conducta se calificara de asocial o antisocial , pero no de delitos.

5.9.3 TIPICIDAD

El segundo elemento del delito , dentro del sistema causalista , es la tipicidad , este concepto parece arrancar a su vez el concepto de cuerpo del delito pero el merito fue desarrollar la teoría de la tipicidad con una función significadora y sistematizadora de la teoría del delito , que como instrumento técnico garantizara el principio de la legalidad , garantía del individuo frente al poder punitivo del estado .

La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Así habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley , de esta manera la tipicidad consistirá en hacer que cada situación encuadre de manera perfecta en le lugar que le corresponde eliminando la existencia de otra que pueda parecer igual . el aspecto negativo de la tipicidad lo constituye la atipicidad , que es la negación del aspecto positivo y da lugar a la inexistencia del delito . Si la ley no define un delito (tipo) nadie podrá ser castigado por ello .

5.9.3.1 ATIPICIDAD

La atipicidad es la ausencia de la adecuación de la conducta al tipo, si la conducta no es típica, no es delictuosa. en forma muy general podemos reiterar que el

sistema causalista contempla en el delito una fase objetiva en la que se ubica al tipo y la tipicidad.

De esta manera, algunos penalistas incluyen como elementos del tipo , aspectos que juzgan objetivos c como :

- a) El bien jurídico tutelado
- b) Los sujetos activo y pasivo sea en cuanto a su calidad y numero
- c) La manifestación de la voluntad
- d) El resultado previsto del tipo
- e) La relación de la causalidad
- f) Los medios , formas y circunstancias previstas en el tipo
- g) Las modalidades de tiempo , lugar u ocasión que señale el tipo
- h) El objeto material

En consecuencia, el aspecto negativo de este segundo elemento referido a las causas de atipicidad lo encontraremos cuando falte alguno de los elementos del tipo, así se dará la atipicidad cuando se presente.

- a) Falta de bien jurídico tutelado
- b) Falta de calidad o del numero en cuanto a sujetos que exige el tipo
- c) No exista manifestación de voluntad
- d) No se de el resultado previsto por el tipo
- e) No exista relación causal
- f) Ausencia de los medios , formas o circunstancias previstas en la ley
- g) Falta de objeto material

5.9.4 ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad es lo contrario a derecho , el ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica, para que sea delictuosa la conducta ha de ser típica , antijurídica y culpable , la antijuridicidad es otro de los elementos esenciales del delito .

Se considera un concepto jurídico que supone la comparación entre el acto realizado y lo establecido por la ley y que denota como esta dicho anteriormente conducta contraria a derecho “lo que no es derecho “.

De tal forma que para que la conducta se considere delito debe ser antijurídica y estar tipificada como tal dentro de la ley penal , se distinguen dos clases de antijuridicidad : la material y formal

- A) Material es propiamente lo contrario a derecho, por cuanto hace la afectación genérica hacia la colectividad. (conducta antisocial)

B) Formal es la violación de una norma emanada del estado , de un mandato o de una prohibición del orden jurídico .

El aspecto jurídico de la antijuridicidad lo constituyen las causas de justificación, estas causas anulan el delito, más no la culpabilidad.

La legislación mexicana contempla las siguientes causas de justificación:

- 1.- Legítima defensa
- 2.- Estado de necesidad
- 3.- Ejercicio de un derecho
- 4.- Cumplimiento de un deber
- 5.- obediencia jerárquica e impedimento legítimo

Quizá la legítima defensa es la más importante de las causas de justificación y consiste en repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, cuando exista necesidad racional de la defensa empleada y siempre que no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende .La legítima defensa ampara cualquier bien jurídico y sus elementos son, repeler ,agresión, agresión real, agresión inminente, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, necesidad racional de la defensa empleada y, que no medie provocación.

El estado de necesidad es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación. Para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio.

Cuando la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro, es causa de justificación.

5.6 CULPABILIDAD

La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada. La culpabilidad es el nexo intelectual que liga al sujeto con su acto. De acuerdo con los lineamientos del código penal del D.F. los grados o tipos de culpabilidad son:

Dolo.-consiste en causar intencionalmente el daño (resultado típico) con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho (delito intencional o doloso).

Culpa.-es cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se produce por imprudencia, falta de cuidado o de precaución (delito culposo, imprudencial o no intencional).

Preterintencion.-consiste en producir un resultado de mayor gravedad que el deseado .En ausencia de dolo o culpa no hay culpabilidad, y sin culpabilidad el delito no se integra.

5.6.1 INCULPABILIDAD

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el consentimiento del hecho. Esto tiene una relación estrecha con la imputabilidad así no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.

La diferencia entre inimputabilidad e inculpabilidad es el inimputable es psicológicamente incapaz, en cambio el inculpable es completamente capaz pero a obrado en su favor alguna causa que excluye la culpabilidad, tal como el error esencial de hecho o la coacción sobre la voluntad.

Por lo anterior, cabe agregar que el delito es una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable.

Las causas de inculpabilidad son las circunstancias que anulan la voluntad o el conocimiento:

- a) error esencial de hecho invencible
- b) eximentes putativas
- c) no exigibilidad de otra conducta
- d) temor fundado
- e) caso fortuito

El error puede ser de hecho o de derecho y este a su vez, ser esencial (vencible o invencible) o accidental.

El error esencial de hecho invencible recae sobre los elementos esenciales del tipo y sobre las circunstancias esenciales del tipo.

Las eximentes putativas son las situaciones en las cuales el agente, por un error de hecho insuperable, cree fundadamente, al realizar un hecho típico de derecho penal, hallarse amparado por una justificante o ejecutar una conducta atípica sin serlo.

No exigibilidad de otra conducta.-cuando se produce una consecuencia típica, por las circunstancias, condiciones, características, relaciones, parentesco, etc.-de la persona, no puede esperarse y menos exigirse otro comportamiento.

El temor fundado.- consiste en causar un daño por creerse el sujeto fundamentalmente que se haya amenazado de un mal grave y actúa por ese temor, de modo que se origina una causa de inculpabilidad, pues se coacciona la voluntad.

El caso fortuito.- consiste en causar daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, al realizar un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

5.7 IMPUTABILIDAD

La imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal, implica, salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer un delito. Por otra parte el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable así, no puede haber culpabilidad si previamente no se es imputable.

Es uno de los pilares de la teoría del delito, en ella se adopta que el sujeto tiene un margen de elección de decisión, de optar por el respeto a la ley o de violarla y en esa posibilidad radica la imputabilidad. Se puede manejar de igual manera este concepto, que la imputabilidad es el conjunto de condiciones psíquicas que requiere la ley para poner una acción a cargo del agente. Estas condiciones se resumen en el concepto de libertad. Imputabilidad equivale a la libertad. Puedo decir que en la imputabilidad apoyándonos en la doctrina y en las leyes, se exigen dos límites mínimos para su existencia.

- A) Un límite físico, es decir, una edad mínima en la que el sujeto a la alcanzar determinado desarrollo logra el desarrollo psíquico suficiente para podersele considerar imputable.
- B) Un límite psíquico o sea la capacidad de entender, considerándola, en un plano intelectual o de comprensión y a la capacidad de querer en un plano de voluntad. De esta manera en los ordenamientos punitivos es usual encontrara que es inimputable, si se alcanza determinada (15 ,16, 18 o mas según lo prevea cada código) en el momento que se lleve a cabo la

conducta típica , y si además satisface el límite psíquico exigido por la propia ley.

5.7.1 INIMPUTABILIDAD

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito de derecho penal. Concretamente puede decirse que las causas de inimputabilidad serán aquellas que marquen los casos en que el sujeto que a ejecutado una conducta típica y antijurídica no resulta imputable por qué no reúne las condiciones psíquicas previstas en la norma, es decir trastorno mental, desarrollo intelectual retardado, miedo grave y minoría de edad.

Por su parte el código penal de Coahuila (siguiendo la anterior orientación del código penal federal) nos habla de quien padezca ceguera o sordomudez de nacimiento con total falta de instrumentación, o enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, o por desarrollo psíquico retardado o incompleto o por grave perturbación de la conciencia sin base patológica.

Si hablo de la embriaguez catalogada como causa inimputable tiene surtir un efecto exculpante es decir plena o total que cuarte totalmente la capacidad de autodeterminación.

Las medidas aplicables a las personas inimputables, según el artículo 67 del código penal marca : en el caso de los inimputables el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad previo el procedimiento correspondiente el art. 68 a su vez nos dice : las personas inimputables podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora, en su caso, a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos , siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando por cualquier medio y a satisfacción de las mencionadas autoridades el cumplimiento de las obligaciones contraídas el art. 15 fracción VII del derecho penal mexicano nos marca si la capacidad del autor de comprender en carácter ilícito del hecho o para determinarse de acuerdo con esa comprensión, solo se encuentra disminuida por las causa señaladas a juicio del juzgador , según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido , o la medida de seguridad a que se refiere el art. 67, o bien

ambas en caso de ser necesarias tomando en cuenta el grado de afectación de la inimputabilidad del autor.

De esta forma puedo observar que la ley plantea un amplio espectro de posibilidades en relación a las medidas que se plantean para las personas inimputables opciones que van desde el internamiento hasta el tratamiento en libertad bajo la custodia de los familiares, previo el procedimiento correspondiente también dentro de la ley existe la posibilidad de que la imposición de las medidas sean objeto de modificación o conclusión de manera provisional o definitiva, de acuerdo con las características y necesidades sugeridas por lo cual deberán realizarse revisiones periódicas con frecuencia y cubriendo las características que exija el caso.

5.8 PUNIBILIDAD

La punibilidad es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole una norma. La punibilidad no es un elemento esencial del delito, sino una consecuencia de la conducta típica, antijurídica y culpable. La punición consiste en determinar la pena exacta al sujeto que a resultado responsable por un delito concreto. Ignacio Villalobos excluye la punibilidad como elemento del delito, es la reacción de la sociedad o el medio de que esta se vale para tratar de reprimir el delito es algo extremo al mismo, es, su consecuencia ordinaria, como no es parte de la enfermedad el uso de una determinada medicina. La pena es la restricción o privación de derechos que se impone al autor de un delito. Implica un castigo para el delincuente y una protección para la sociedad. El término sanción se usa como sinónimo de pena pero propiamente, aquel corresponde a otras ramas del derecho y llega a ser un castigo o carga a que se hace merecedor quien quebranta una disposición no penal. Existen tres variantes que modifican la penalidad y son: arbitrio judicial, circunstancias atenuantes y circunstancias agravantes.

5.9 EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador considero para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de punibilidad. Esta ausencia de punibilidad obedece a diversas causas: excusa por estado de necesidad, excusa por temibilidad mínima, excusa por ejercicio de un derecho, excusa por imprudencia, excusa por no exigibilidad de otra conducta y, excusa por innecesaridad de la pena.

En el caso de las excusas absolutorias, que son las que dejan impune una conducta típica antijurídica y culpable opera el criterio utilidad mencionado en el punto anterior, pues dichas causas revelan que el legislador prefirió aplicar

medidas de política criminal, a pesar de que el principio de justicia reclamara la imposición de una pena.

Pavón Vasconcelos, descarta la mayoría de ellas y las marca como: encubrimiento entre parientes, o ligados por el afecto de la amistad, también nos dice que puede ser un favorecimiento a la evasión por parientes; el aborto en el caso de embarazo con motivo de una violación, y las agrupa así:

- A) En razón del arrepentido y de la mínima peligrosidad del agente; artículo 139, actualmente 138, (deposición de armas por el rebelde) y 375 (robo cuyo valor no exceda de veinticinco pesos), actualmente que el monto del valor de lo robado no exceda de diez veces el salario mínimo.
- B) En razón exclusiva de la mínima o nula peligrosidad exhibida por el autor; artículo 333, primera parte (aborto por imprudencia de la propia mujer embarazada) y 349 (injurias recíprocas), tales disposiciones art. 349 ya fueron derogadas, y ahora, en el caso de cometerse ilícitos por las personas mencionadas se requiere de la querrela por la parte ofendida, ya que no se persigue de oficio.
- C) En razón de la conservación de las relaciones familiares: artículo 377, 385, 390 (robo, abuso de confianza y fraude cometido por ascendientes contra sus descendientes o por estos contra aquellos).

En el caso del Código Penal de Coahuila, también existe excusa absolutoria semejante a la del artículo 138 del Código Penal Federal relativa al rebelde que depone las armas, así como al supuesto aborto de la propia mujer embarazada, siempre que se trate de culpa si previsión: asimismo subsiste la excusa absolutoria para los delitos de robo, abuso de confianza, fraude y despojo cuando se cometan por el ascendiente contra su descendiente, por este contra aquel o por un cónyuge o concubino contra el otro. ⁵⁸

⁵⁸ IBIDEM. P.p .80-127.

5.10 SECUESTRO

Vamos a analizar un delito que ha tenido un significativo crecimiento en su ejecución en los últimos años: el secuestro. Una definición de la palabra "secuestro" es: "El apoderamiento ilegal de una persona por medio de la violencia para privarle de su libertad y exigir la recompensa o un fin político o social, del secuestrador."

En los últimos años, el secuestro se ha convertido en uno de los más grandes temores de los habitantes de nuestro país. Se cree que existen alrededor de 400 bandas de secuestradores profesionales, y los noticieros dedican gran parte de sus espacios a mostrar los distintos secuestros que se suscitan.

Por si fuera poco, las aprehensiones de los dirigentes de las bandas de secuestradores son sucesos muy importantes por parte de las autoridades. Estos líderes mafiosos llegan a crear fama, como en el caso de Daniel Arizmendi y otros que gracias a sus grandes rescates y la crudeza de sus "modus operandi" muestran que la eliminación de este problema se ve lejana.

El siguiente trabajo tendrá como fin analizar el delito de secuestro en nuestro país, conforme al Código Federal de la materia. Este tema puede llevar a distintas ramas de investigaciones y aunque este trabajo tocará otros puntos como la situación ética y psicológica que se genera con este fenómeno, además de la realidad social de su existencia, la perspectiva de análisis central será el porqué de ésta figura jurídica.

Dentro del contenido de esta investigación se estudiará al secuestro desde sus orígenes, haciendo un recorrido histórico de este delito. Después se hará un análisis de la forma en que está tipificado en estos momentos conforme al Código Penal Federal. De la misma manera se estudiarán cuáles son las condiciones para que se realice el delito y las consecuencias que se presentan conforme a la forma en que éste se realizó. Como complemento a este análisis se presentará una perspectiva de la realidad social del secuestro, conforme a las sanciones establecidas y a la incertidumbre que genera la gran cantidad de secuestros llevados a cabo en la sociedad mexicana moderna.

a) Historia del secuestro

El delito de plagio contiene diferentes aspectos de carácter histórico que es necesario analizar para llegar a un total entendimiento del tema. Como ya se mencionó, el secuestro mantiene como condición privar a una persona ilegalmente de la libertad por lo que es conveniente presentar un concepto de ella:

"Por libertad se entiende la ausencia de trabas en relación con los movimientos posibles de una persona, un animal o un objeto". Así al privar de la libertad a algo o alguien no le permitimos moverse más haya de un rango muy pequeño. Este delito ha tenido algunos cambios conforma al transcurso del tiempo".

Los cambios en las costumbres y la creación de nuevas situaciones han mantenido una evolución en este delito, el cual tiene su origen en el paganismo, donde el desconocimiento de la personalidad en todos lo seres humanos era una práctica común. Al existir la personalidad, a diferencia de tener la condición de humano, se llegó a la posibilidad de que el hombre fuera sujeto de apropiación, es decir, se convirtió en un bien. De ahí la existencia de la institución de la esclavitud, una práctica casi universal en los pueblos de la antigüedad. Según Jiménez Huerta, la esclavitud tiene como base el desconocimiento de la naturaleza espiritual del hombre y de la igualdad de su estirpe, y en la negación de la fraternidad humana. El origen del secuestro, como se puede inferir, proviene del robo de las personas, convirtiendo a éstas en esclavos. De esta manera podrían ser vendidas y obtener una compensación monetaria, o en el caso que se quisiera conservar, se mantenía una servidumbre por parte de la persona y de sucesores por muchos años.

De la misma forma era posible el caso del robo de un esclavo, el cual se podría constituir como una venganza primitiva, es decir, el hacer justicia particular con un menoscabo al patrimonio. Durante el imperio romano esta práctica estaba tipificada y se le conocía como "plagium".

Debido a la frecuencia con que se presentaba esta conducta, fue necesaria la tipificación universal del plagio, con afán de proteger de alguna manera a todos lo seres humanos. Al eliminarse la esclavitud de todas las leyes modernas, el delito de plagio tuvo que cambiar. No desapareció debido a la efectividad de éste, en lugar de mantenerse como una venganza al patrimonio de las personas se constituyó como un delito en contra de la libertad.

El delito de secuestro es una práctica común entre los delincuentes que desean una fuente de dinero rápida. Uno de los antecedentes más importantes del incremento de este delito ocurrió en España durante el pasado siglo. Un fragmento de la época muestra la situación que se presentaba en ese país durante ese tiempo:

"La primera sensación de estupor. Luego, de alarma, cuando la epidemia comienza a correrse, pasando a las provincias colindantes. Acá y allá, de improviso, desaparecían las personas. Misterioso mensajes plateaban la alternativa de su muerte o su rescate a precios abrumadores que se hacía preciso conseguir en gestiones difíciles a breve plazo. Los niños no escapaban a la codicia cruel de estos nuevos monstruos invisibles; antes bien, eran fácil presa del más subido valor."

Al leer esto se puede apreciar que la situación de inseguridad que se vive en la actualidad no es exclusiva de estos tiempos, o de este país. Ya en México el secuestro ha tenido periodos de auge, en los que era más común la incidencia de este tipo de delitos.

Durante muchos años, el rapto fue práctica común en nuestro país. El rapto consistía en el plagio de una persona con el fin de casarse con ella. Esto proliferó en el caso de las mujeres. De hecho, se pueden observar varias películas que recuerdan la época cuando una gran cantidad de matrimonios se producían a raíz de que el hombre secuestraba a la mujer. Actualmente, en el Código Civil se acepta esta práctica y se valida el matrimonio, con algunas condiciones. Aunque esta situación se puede observar como un hecho con tintes románticos, la realidad es que sólo refuerza la facha de macho y no es sino una práctica denigradora que por mucho tiempo fue aceptada.

El secuestro con el fin de obtener una compensación monetaria al entregar a la persona, se presentó con cierta frecuencia durante la revolución mexicana, ya que el país vivía una situación de inestabilidad política que provocaba que varios crímenes quedaran impunes. Además, existieron grupos de "revolucionarios" que muchas veces se financiaron gracias a la realización de secuestros a personas adineradas.

A partir del término de la revolución se vislumbró un periodo de estabilidad política en el país, con el cual se restableció el estado de derecho. Existen numerosas pruebas que hacen pensar que durante esta época la mayoría de los secuestros se presentaron con el fin mantener a algunas personas sometidas y no por obtener una ganancia; el secuestro de líderes revolucionarios que estaban en contra del gobierno, por sus ideas políticas o acciones eran una práctica común. La llamada "guerra sucia" fue sustentada en gran parte por el delito del secuestro.

Existen casos famosos de empresarios que fueron secuestrados con el fin de obtener un rescate que pudiera financiar las campañas políticas y militares de algunos líderes rebeldes.

Uno de los más famosos secuestradores revolucionarios fue Lucio Cabañas, quien se hizo conocido por estas acciones. Este singular rebelde realizaba secuestros, aunque él siempre mantuvo su postura de que éstos se cometían contra personas que fueran adineradas por medio de métodos deshonestos o por la explotación de clases oprimidas, de esta manera se constituía como una especie de Robin Hood.

Al analizar la forma en que evolucionó este delito en nuestro país, se puede llegar a la conclusión que el secuestro es una práctica delictiva que de alguna manera se practica con frecuencia, aunque los motivos y finalidades de ésta han cambiado con el paso del tiempo.

b) Situación jurídica actual del secuestro

La acción de secuestrar a alguien rompe con dos de las garantías individuales que reconoce la Constitución, la libertad de tránsito y la protección de las leyes frente a los castigos aceptando solo los impuestos por las autoridades; estas se encuentran descritas en los artículos 11 y 14 de la Constitución.

"Art. 11. Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto otros requisitos semejantes..".

"Art. 14. ... Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho..."

El secuestro es considerado un delito, por lo que se encuentra dentro del código Penal, durante este trabajo se analizará la tipificación del secuestro según el Código Penal Federal. Este cuerpo legislativo mantiene el supuesto de secuestro dentro del libro segundo en el título vigésimo primero el cual está denominado "Privación de la libertad y de otras garantías", el cual cuenta con un capítulo único y se constituye desde el artículo 364 hasta el 366 quáter.

Como se puede deducir a partir de la lectura del título en esta parte del código se plantean los diversos delitos en contra de la libertad de los individuos. El artículo 364 se encarga de estudiar la figura de la privación ilegal de la libertad, esta es condenada cuando se presenta en un tiempo menor a cinco días con el supuesto que se realice de manera ilegal, existe la posibilidad de que esa conducta este permitida.

"Sobre la detención de una persona, el artículo 16 de la Constitución del país permite a los particulares detener a una persona en casos de flagrante delito, aunque señalándose la obligación de ponerlos sin demora a disposición de la autoridad inmediata."

Aunque mantiene muchas similitudes con el plagio esta conducta no es en si el delito analizado en este trabajo, ya que no se menciona el rescate o la acción a cambio de la libertad de la persona privada, la distinción de este delito es evidente con el secuestro en el momento en que se tipifican los dos de diferente manera, el código especifica las condiciones y las penas para las diferentes variaciones del delito de privación ilegal de la libertad.

"Privar de la libertad, aquí significa eliminar la libertad ambulatoria, restringir la libertad de movimiento del pasivo, o sea con los propósitos o mediante los actos aludidos en este artículo".

De hecho este delito de alguna forma es la base del secuestro:

"para que exista el delito de plagio o secuestro, se requiere como supuesto indispensable que se reúnan las características legales de la privación de la libertad".

Por su parte el artículo 365 del mismo ordenamiento se dedica a la tipificación de la libertad de trabajo, esta mantiene distantes diferencias en relación con el secuestro por lo que no es necesario nombrar estas. De la misma manera el artículo 365 bis se encarga de la protección de otro tipo de libertad, en este caso la sexual.

El artículo que regula el delito de secuestro es el 366 del código. Debido a su longitud se analizará por partes. La primera fracción menciona:

"Artículo 366

Al que prive de la libertad a otro se le aplicará:

I. De quince a cuarenta años de prisión y de quinientos a dos mil días multa, si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de:

a) Obtener rescate;

- b) Detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o con causarle daño, para que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera, o
- c) Causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a cualquier otra."

En realidad durante este artículo no menciona la palabra secuestro describiendo a este delito no obstante este se acopla perfectamente a la clásica definición de secuestro o plagio, de hecho es acorde a la primer definición otorgada en este texto aún cuando dicha definición fue realizada en Colombia. En la jurisprudencia sí se menciona este delito como secuestro, a continuación se presenta una jurisprudencia que complementa la definición tratando el tema de los elementos subjetivos y objetivos de este tipo.

"PLAGIO O SECUESTRO, DELITO DE. El plagio o secuestro es una figura delictiva cuya tipicidad depende, no sólo del elemento material (externo) de la conducta, sino también de la concurrencia de la tendencia interna trascendente o sea de un elemento subjetivo del injusto, según la terminología empleada por la ciencia penal tudesca, que define esta clase de figuras como aquellas "violaciones dirigidas hacia un resultado que está más allá de los hechos externos de ejecución del delito", por lo cual es suficiente para la consumación del delito que el sujeto activo haya tenido en mente, al privar de la libertad al ofendido, la finalidad de obtener el rescate, sin que interese que este objetivo se concrete."

La principal diferencia de este delito y la privación ilegal de la libertad común es la condición presentada, esta puede consistir en el rescate o en una acción u omisión por parte de las autoridades u otras personas.

Para una mejor comprensión Díaz de León define al rescate y el termino causar daño de manera que no se llegue a mal interpretar este precepto legal.

"Por rescate (fracc. I) se comprende el propósito de lucro del agente, quien pone precio dinero o alguna cosa como condición exigida para dejar en libertad a la persona privada ilegalmente de su libertad."

"Por causar daño se entiende menoscabar el patrimonio y por perjuicio, impedir se obtengan los frutos que legalmente correspondan o se originen gastos, ya sea a la víctima o a un tercero (fracc. I)."

La siguiente fracción del artículo 366 especifica algunas situaciones especiales en relación a las penas correspondientes en dichos casos.

"II. De veinte a cuarenta años de prisión y de dos mil a cuatro mil días multa, si en la privación de la libertad a que se hace referencia en la fracción anterior concurre alguna o algunas de las circunstancias siguientes:

- a) Que se realice en camino público o en lugar desprotegido o solitario;
- b) Que el autor sea o haya sido integrante de alguna institución de seguridad pública, o se ostente como tal sin serlo;
- c) Que quienes lo lleven a cabo obren en grupo de dos o más personas;
- d) Que se realice con violencia, o
- e) Que la víctima sea menor de dieciséis o mayor de sesenta años de edad, o que por cualquier otra circunstancia se encuentre en inferioridad física o mental respecto de quien ejecuta la privación de la libertad.

Si espontáneamente se libera al secuestrado dentro de los tres días siguientes al de la privación de la libertad, sin lograr alguno de los propósitos a que se refiere la fracción I de este artículo y sin que se haya presentado alguna de las circunstancias previstas en la fracción II, la pena será de uno a cuatro años y de cincuenta a ciento cincuenta días multa.

En los demás casos en que espontáneamente se libere al secuestrado, sin lograr alguno de los propósitos a que se refiere la fracción I anterior, las penas de prisión aplicables serán hasta de tres a diez años y de doscientos cincuenta hasta quinientos días multa."

El tema tratado en esta fracción del artículo es la forma en que se llevo a cabo le detención ilegal, al tomar en cuenta las ventajas que pueden haber tenido los secuestradores con relación al secuestrado el código atempera la pena y esta se vuelve más grave, en este caso lo considerado es la violencia o la ventaja de los secuestradores. Al tratar el tema del plagio Rene Gonzáles de la Vega plantea:

"El artículo prevé el delito de plagio o secuestro (conceptos que en esta materia denotan lo mismo), que consiste –en términos generales- en la

privación ilegal de la libertad (ver Art. 364, fracción I, del C.P.), acompañada de móviles o medios peligrosos, que

fundamentan el grave aumento de penalidad. (Ver Diario Oficial de 29 de julio de 1970.)"

En esta cita se trata el tema del aumento en la pena según sea el caso, lo cual es el objetivo de la segunda fracción del artículo a analizar. La tercera fracción por su parte estipula lo siguiente:

"III. Se aplicarán de veinticinco a cincuenta años de prisión y de cuatro mil a ocho mil días multa, cuando la privación de libertad se efectúe con el fin de trasladar a un menor de dieciséis años fuera de territorio nacional, con el propósito de obtener un lucro indebido por la venta o la entrega del menor.

Se impondrá una pena de treinta a cincuenta años de prisión al o a los secuestradores, si a la víctima del secuestro se le causa alguna lesión de las previstas en los artículos 291 a 293 de este Código.

En caso de que el secuestrado sea privado de la vida por su o sus secuestradores, se aplicará pena de hasta setenta años de prisión.

Si espontáneamente se libera al secuestrado dentro de los tres días siguientes al de la privación de la libertad, sin lograr alguno de los propósitos a que se refieren las fracciones I y III de este artículo y sin que se haya presentado alguna de las circunstancias previstas en la fracción II, la pena será de dos a seis años y de cincuenta a ciento cincuenta días multa."

Este último supuesto se encontraba al final del artículo antes que este fuera reformado, existe jurisprudencia que amplía un poco más la forma en que se constituye esta condición de liberación.

"El supuesto en la parte final del artículo 366 del Código Penal Federal, no configura el delito de plagio o secuestro que el propio dispositivo en su fracción I tipifica, sino que sólo trascienda a la penalidad que deberá aplicarse a los responsables de dicho ilícito, cuando el plagiarlo pone en libertad a la persona secuestrada, espontáneamente antes de tres días y sin causar ningún perjuicio grave, por lo que toda alegación que el inculpado haga apoyándose en tal supuesto no es de tomarse en consideración, por ser inoperante, si lo que se debate es la formal prisión, pues no es el momento de penar, sino de determinar o señalar el delito por

el que se seguirá el proceso, de conformidad con lo que dispone claramente el artículo 19 de la Constitución de la República."

La fracción tercera concluye expandiendo mencionando otras circunstancias que hacen variar la pena:

"En los demás casos en que espontáneamente se libere al secuestrado, sin lograr alguno de los propósitos a que se refieren las fracciones I y III de este artículo, las penas de prisión aplicables serán de cinco a quince años y de doscientos cincuenta hasta quinientos días multa."

Tratando el desistimiento es necesario que sea autónomo para que se aplique lo mencionado en esta fracción.

"Más si el secuestrador pone en libertad a la persona secuestrada, por la activa ingerencia de la Policía y él mismo declara que "se vió precisado" a conceder la libertad, el elemento espontaneidad, atenuante de la pena, no se satisface."

Considero que el punto más importante en relación con esta fracción, es cuando habla del homicidio del secuestrado, esta situación se observa con continuidad por lo que es importante que la pena sea más alta en comparación con el secuestro normal o el homicidio.

Las últimas cuatro fracciones de este artículo presentan condiciones en las que cambian la sanción o se configura de diferente manera el delito. Tratan sobre las cuestiones de los rehenes, el secuestro por parte de un grupo, el robo de infante y la detención en un camino solitario lo cual constituye una desventaja para el posible secuestrado.

"IV.- Si se detiene en calidad de rehén a una persona y se amenaza con privarla de la vida o con causarle un daño, sea a aquélla o a terceros, si la autoridad no realiza o deja de realizar un acto de cualquier naturaleza;

V.- Si la detención se hace en camino público o en paraje solitario;

VI.- Si quienes cometen el delito obran en grupo; y

VII.- Si el robo de infante se comete en menor de doce años, por quien sea extraño a su familia, y no ejerza la tutela sobre el menor."

El bien jurídico tutelado en relación a la condición de paraje solitario es de alguna manera la libertad de transito, por lo que se hace mas dura la pena en este caso.

"En la interpretación de la frase "camino público" debe imperar la descripción contenida en el artículo 165 del propio Código Penal. " Se llaman caminos públicos –según precepto- las vías de transito

habitualmente destinadas al uso público, sea quien fuere el propietario y cualquiera que sea el medio de locomoción que se permita y las dimensiones que tuviere. Por paraje solitario ha de

entenderse cualquier sitio, lugar o estancia que en el momento de ejecutarse la detención estuviere despoblado o deshabitado."

Para complementar lo mencionado por el autor se anexa jurisprudencia que define el concepto de paraje solitario

"ASALTO, DELITO DE; CONCEPTO DE PARAJE SOLITARIO (LEGISLACION DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES). Para integrar el delito de asalto que exige, entre otros elementos, que se realicen los hechos en despoblado o en paraje solitario; la idea de "despoblado" es una noción puramente topográfica; describe un lugar carente de casas habitadas.

El concepto de "paraje solitario", no atiende a la topografía del lugar, pudiendo ser poblado o despoblado, sino al hecho de que, a la hora en que acontecen los hechos, se encuentre por cualquier circunstancia, sin la presencia de personas, ya sean autoridades o particulares, que pudiesen auxiliar al ofendido impidiendo el daño que se le tratase de causar."

Las características esenciales del secuestro es que es un delito doloso, permanente y de daño. No es necesario que se de la aprehensión ya que existe la figura de tentativa en este delito, tampoco es necesario que se cumpla el propósito del delito para que este sea penado, en relación con la característica de delito permanente la jurisprudencia dicta.

"El delito de secuestro es de ejecución permanente y, por lo tanto, puede haber participación cuando se está ya en el período ejecutivo consumativo, pues la conducta que lo integra se sigue realizando."

"La ley contiene la noción del delito permanente, al hablar de la prolongación en el tiempo de la acción u omisión criminal, o sea, el que implica una persistencia en el resultado durante el cual el sujeto activo mantiene su voluntad delictiva y, por ende, la antijuridicidad que es su consecuencia."

Un dato interesante en cuanto a la penalización de este delito es la dureza con la que el legislador tipificó algunos de los supuestos, tratando el tema Jiménez Huerta describe:

"Inmediatamente conmueve el sentimiento jurídico, el máximo de cuarenta años establecido en el párrafo primero del artículo 366 para la pena de prisión, pues un

máximo de esta naturaleza representa exactamente el doble fijado en el 307 para el delito de homicidio simple intencional y es igual al mínimo señalado en el artículo 320 para el reo de homicidio calificado. Y aunque proclamemos la intensidad jurídica que encierra el

delito de plagio o secuestro, entendemos que no puede exceder en el doble a la del delito de homicidio simple intencional ni parificarse con la del homicidio calificado"

Paralelamente a las penas ya mencionadas el artículo 366 Bis marca algunas otras disposiciones en relación con el secuestro, estas están encaminadas a todas las posibles participaciones que se puede tener en el ilícito.

"Artículo 366 Bis

Se impondrá pena de dos a diez años de prisión y de doscientos a mil días multa, al que en relación con las conductas sancionadas por el artículo anterior y fuera de las causas de exclusión del delito previstas por la ley:

I. Actúe como intermediario en las negociaciones del rescate, sin el acuerdo de quienes representen o gestionen en favor de la víctima;

II. Colabore en la difusión pública de las pretensiones o mensajes de los secuestradores, fuera del estricto derecho a la información;

III. Actúe como asesor con fines lucrativos de quienes representen o gestionen en favor de la víctima, evite informar o colaborar con la autoridad competente en el conocimiento de la comisión del secuestro;

IV. Aconseje el no presentar la denuncia del secuestro cometido, o bien el no colaborar o el obstruir la actuación de las autoridades;

V. Efectúe el cambio de moneda nacional por divisas, o de éstas por moneda nacional sabiendo que es con el propósito directo de pagar el rescate a que se refiere la fracción I del artículo anterior, y

VI. Intimide a la víctima, a sus familiares o a sus representantes o gestores, durante o después del secuestro, para que no colaboren con las autoridades competentes."

La figura delictiva del secuestro es muy grave por lo que es necesario que se mencionen todas las posibles implicaciones, el hecho de comunicar, encubrir o realizar actos en pro de la realización del secuestro es merecedor a una pena.

c) Impacto social

Como ya lo había mencionado en mi propuesta de entrega, realicé este trabajo debido a mi interés personal en relación con el tema. La proliferación del secuestro ha ocasionado un impacto muy importante dentro de la comunidad nacional, las comparaciones con otros países se presentan y de ninguna manera es sano para cualquier sociedad la inseguridad e incertidumbre de sus habitantes.

Al crecer la ejecución de este delito se deben analizar las causas por las cuales los delincuentes realizan esta práctica. El secuestro moderno y el más usual se presenta con el fin de pedir un rescate de las personas. Por lo regular se analiza la forma de vida de esta gente, se busca a una víctima y se le plagia. Después se hace saber a la familia del secuestro y se solicita una cantidad en dinero, por lo general para que ésta sea liberada. En el caso de que se logre juntar la cantidad y sea pagada, se procede a su liberación, aunque no es inusual que los secuestradores maten a la persona aún con la condición cumplida.

Al solicitar una cantidad monetaria a cambio de la vida se amenaza uno de los bienes jurídicos más importantes, tal vez el más importante. Simplemente se utiliza el valor que tiene la persona para sus familiares y se extorsiona consiguiendo dinero rápido y sin ningún esfuerzo. Existen diversas organizaciones criminales que se dedican a monitorear y a secuestrar personas. Algunas se han logrado desmembrar, pero no todas, y lo peor es que en algunos casos ciertas autoridades se ven inmiscuidas.

El golpe que los secuestros ocasionan en la sociedad es simplemente muy grande.

El hecho de que cualquier persona vea en peligro su libertad y muy posiblemente su vida por salir de su casa puede ocasionar histeria colectiva, la cual es alimentada por las televisoras, que con el afán de vender crean una situación psicológica en la población, lo que ocasiona que aunque algunas personas no sean secuestradas o nunca tengan contacto con el secuestro, sean afectadas mentalmente por la gran publicidad que genera este delito.

El secuestro no es limitativo de clases pudientes, de hecho muchos de los secuestros se realizan en las colonias de escasos recursos, aunque estos por lo regular son realizados por personas inexpertas. Las organizaciones criminales se encargan por lo regular de amenazar y plagiar a la gente de clase acomodada, esa es la causa por la que muchos personajes de la farándula o empresarios famosos son secuestrados. Nuestra condición como humanos nos brinda la importancia de creer que las personas son mucho más valiosas que los bienes materiales, lo cual es aprovechado en modo de chantaje e ahí la efectividad del secuestro.

El principal problema del secuestro no se encuentra en su tipificación, ésta ya está realizada, y de hecho al contar con diferentes penas para cada unas de las condiciones

se podría decir que esta tipificado satisfactoriamente. El problema del secuestro es su alta frecuencia. Es sabido que los delincuentes no estudian el Código Penal para conocer la pena que tendrían en caso de que cometieran el delito, de hecho la mayoría de los delincuentes se preocupan de las penas hasta

que son detenidos. La alta frecuencia en un delito de esta clase crea una histeria colectiva que daña la estructura social, ya que las personas no se sienten seguras en su comunidad. Debido a esta situación especial, las autoridades buscan la forma en que este delito no sea tan común.

Existen varios proyectos para este objetivo, uno de ellos es el propuesto por el propio Presidente de la República, Vicente Fox, en el que designó a una persona encargada en específico de este delito (Subprocurador de secuestros), demostrando así que la importancia de un delito de este tipo no es cuestionada.

Otro intento por lograr una eficacia con relación a la administración de justicia en los secuestros, fue la propuesta realizada por los Procuradores Generales Locales, en la cual se solicitaba que todos los Códigos Penales del país mantuvieran una armonía en relación a las penas del secuestro. Además, se buscaba una mejor cooperación interna entre las entidades federativas con el fin de mantener una eficacia total en las investigaciones a lo largo de todo el territorio nacional.

"La Conferencia Nacional de Procuración de Justicia prepara una propuesta para unificar las penas por secuestro en todo el país y que sea eliminado cualquier beneficio legal para los plagiarios. De acuerdo con el Proyecto Tipo, obtenido por Grupo REFORMA, los 33 Códigos Penales que existen en el país tendrían el mismo capítulo para el delito de secuestro, que sería castigado en las modalidades de simple, agravado, atenuado y equiparables de secuestro. Las condenas irían de 20 a 50 años en casos de secuestro simple y agravado."

Esta solo es una muestra más de la gravedad del problema. Para mostrar estas diferencias en los códigos punitivos se menciona que en Baja California Sur la pena para el delito de secuestro es de 8 a 20 años, esta diferenciación se hace apreciable al analizar la pena por el mismo delito en Baja California donde es de 20 a 40 años, por su parte Nuevo León plantea una pena de 15 a 40 años.

Junto con esta propuesta realizada se buscaba que las familias que pagarán un rescate o que tuvieran conocimiento del secuestro y que no notificarán a las autoridades, se culparían de copartícipes del delito.

"Para frenar el número de secuestros en el país, Procuradores de tres Estados propusieron ayer establecer como delito el pago de rescate a los plagiarios. Los Procuradores de Justicia del Distrito Federal, Bernardo Bátiz; de Puebla, Carlos Arredondo, y de Tlaxcala, Eduardo Medel, presentaron la propuesta para establecer la corresponsabilidad en el delito de secuestro a los familiares que paguen un rescate."

Esta histeria colectiva es perceptible en gran parte de nuestro país, los casos de secuestro se pueden observar desde la delegación de Iztapalapa en la ciudad de México hasta San Pedro en Nuevo León. La forma en que éstos son realizados cambia y los rescates solicitados varían mucho en cantidad, pero la esencia es la misma, se solicita un monto a cambio de que una persona querida permanezca con vida.

No pedimos que se aumenten las penas. Esto ha sido sugerido por varios grupos, pero en lo personal no estoy ni acuerdo ni en desacuerdo con la propuesta. Las penas actuales son suficientes, pero no en todas las ocasiones se logra que los delincuentes paguen su deuda con la sociedad. Como ya se mencionó, los delincuentes no se preocupan mucho por las penas, por lo que el hecho de aumentarlas simplemente sería una falsa solución que solo engañaría a la sociedad en general, creyendo que por aprobar esta reforma los delitos disminuirían.

La solución al problema del secuestro no se encuentra en la forma de su tipo, sino en los hechos que hacen las autoridades para disminuir su ejecución. Hasta estos momentos se han dado importantes golpes a algunas bandas dedicadas de secuestradores, aunque no se han logrado desarticular del todo. El proceso ha comenzado, sin embargo, la efectividad policíaca no será cuestión de este trabajo ya que se considera un tema muy extenso y que además desviaría el tema central.

Como en todo delito, existen formas de prevención al secuestro. Éstas no son totalmente efectivas, pero bien pueden brindar cierto grado de seguridad psicológica. Los consejos básicos son:

- No brindar información personal a extraños
- Mencionar el lugar del destino y el horario posible de llegada al salir de casa
- Mantenerse alerta y en calma
- Notificar inmediatamente si se sospecha que alguna persona está acosándolo
- En caso de que se dé el secuestro, denunciarlo a las autoridades

Estos simples consejos pueden de alguna manera hacer más difícil el trabajo para los secuestradores, pero no es la solución al problema. El intentar buscar las causas al delito del secuestro es tanto como buscar las causas a cualquiera de los delitos: la injusticia social, la mala educación, la baja moralidad, la mala ética y los desordenes mentales son sólo algunos de los posibles orígenes. Este delito es cometido con frecuencia por su efectividad, la cual esta sujeta a las grandes sumas de dinero y al poco tiempo que se requiere para realizarlo.

d) Realidad Social Internacional

El secuestro es un problema grave dentro de la sociedad, México es solo uno de los países donde se ha proliferado esta dañina situación; Colombia es otro de ellos. En los últimos años debidos a la inestabilidad política, social y económica Colombia ha sufrido como ningún otro los problemas que ocasiona el secuestro.

Existen distintos grupos y subgrupos de la guerrilla colombiana que se mantiene gracias a los rescates que obtiene de este delito. Entre los principales están las FARC, el ELN, el EPL, y el grupo JBC. Los conflictos internos y el daño psicológico social ha hecho que fuera necesario una ley especial antisequestro la cual fue promulgada en 1996.

"1.- El secuestro extorsivo. Tiene prisión de veinticinco (25) a cuarenta años y una multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos mensuales.

En la misma pena incurrirá quien arrebate, sustraiga, retenga u oculte una personalidad de reconocida notoriedad o influencia pública.

2.- Secuestro simple. Tiene prisión de seis (6) a veinticinco (25) años y una multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales.

Si el propósito del agente es contraer matrimonio u obtener una finalidad erótico sexual, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. Para proceder en este caso se requiere de querrela de parte"

Para visualizar mejor la gravedad de este delito en Colombia y en México se anexan estadísticas que muestran el crecimiento de la tasa delictiva a lo largo de los últimos años.

Conforme al o mencionado se concluye:

1.- En los últimos años, el secuestro se ha convertido en uno de los más grandes temores de los habitantes de nuestro país.

2.- Los cambios en las costumbres y la creación de nuevas situaciones han mantenido una evolución en este delito.

3.- La acción de secuestrar a alguien rompe con dos de las garantías individuales que reconoce la Constitución, la libertad de tránsito y la protección de las leyes frente a los castigos aceptando solo los impuestos por las autoridades.

4.-El delito de secuestro se encuentra ampliamente tipificado, de manera que el Código Penal contempla diferentes penas en relación con las posibles variantes del crimen.

5.- El problema de la proliferación en México no es culpa de la legislación, la seguridad social se ve comprometida pero por aspectos externos como la posible mala administración de la justicia o la ineffectividad deseada en los cuerpos policíacos.

6.- La República Mexicana no es el único país que sufre esta situación, de hecho Colombia mantiene un estado de inseguridad peor al nuestro, lo cual no es orgullo para ninguna de las dos naciones.

7.- La posible solución a esta ola delictiva se ve muy lejana analizando que aunque los esfuerzos se han realizado las bandas criminales han demostrado su superioridad, por lo que no se observa práctica la baja significativa de este delito en nuestro país.⁵⁹

⁵⁹ www.monografias.com.mx

CONCLUSIONES

Al finalizar este trabajo de investigación, puedo concluir que si bien es cierto las leyes y doctrinas civiles confieren atribuciones y facultades a los padres de un menor de edad secuestrado, así como a los que ejercen la patria potestad, la adopción simple o plena, la tutela; para tomar tomar decisiones con respecto a sus bienes u intereses como persona, del hijo menor de edad sobre el cual ejerce la patria potestad, del adoptado, pupilo o incapaz, sin que nadie pueda reprochar o sancionar la decisión que se crea que es la más conveniente para este, pero en el supuesto de que el menor de edad sea secuestrado y este hecho se pone en conocimiento del Ministerio Público, en este mismo acto el Ministerio Público pasa a ser representante del menor de edad secuestrado sin que esto, signifique la suspensión o extinción de los derechos y obligaciones de aquellos que ejercen la patria potestad, la adopción, la tutela; simplemente estos pasan a ser coadyuvantes del Ministerio Público en caso de que el menor o incapaz sea secuestrado, así el Ministerio Público puede actuar y tomar decisiones con respecto a los bienes del menor si los tuviere o de sus tutores, curadores, tutores y adoptantes, en caso de la petición de un rescate, ya que esta institución está investida de tal facultad y tiene los conocimientos y medios propicios para la negociación de la libertad del menor de edad secuestrado.

BIBLIOGRAFIA

- BAQUEIRO ROJAS EDGAR. DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES. Ed. Oxford. México 2003.P.p463
- BAZDRESCH LUIS. GARANTIAS CONSTITUCIONALES. 5ª ed. Ed. Trillas. México 1998.P.p.174
- BURGOA IGNACIO. GARANTIAS INDIVIDUALES. Ed. Porrúa. México 1944.P.p.788
- COLINSANCHEZGUILLERMO.DERECHOMEXICANODEPROCEDIMIENTOSPENALE.EdPorrúa.Mexico1990.P.p264
- DE PINA VARA RAFAEL . DICCIONARIO DE DERECHO. 32ed. Ed.Porrúa. México 2003.P.p.800
- DE LA CRUZ AGÜERO LEOPOLDO. PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO .6 ed. Ed. Porrúa, México 1990.P.p.543
- GALINDO GARFIAS IGNACIO. DERECHO CIVIL. 22 ed. Ed. Porrúa. México 2003.P.p 790
- GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN.PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL MEXICANO.8ª,ed.Ed.Porrúa.Mexico.1998.P.p.300
- MARTINEZ GARNELO JESUS. LA INVESTIGACION MINISTERIAL PREVIA. 2da ed. Ed. O.G.S. México .1994.P.p.970
- MOTO SALAZAR EFRAIN. ELEMENTOS DEL DERECHO. 48ed. Ed. Porrúa. México 2004.P.p 380
- PALLARES EDUARDO. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL.27ed.Ed.Porrúa.México.2003.690
- QUIROZ ACOSTA ENRIQUE. DERECHO CONSTITUCIONAL. Ed. Porrúa. México 2002.P.p 500
- REYES RETANA PEREZ GIL.J.IGNACIO.EL PROCEDIMIENTO CIVIL EN GUANAJUATO.Ed. Universidad Guanajuato.Mexico2006
- REYNOSO DAVILA ROBERTO.TEORIA GENERAL DEL DELITO. Ed, Porrúa, México .1997.P.p.457
- RIVERA SILVA MANUEL. EL PROCEDIMIENTO PENAL.33ed. Ed. Porrúa. México 2003.P.p.580
- SANCHEZ BRINGAS ENRIQUE. DERECHO CONSTITUCIONAL. Ed. Porrúa. México 2002.P.p.791

OTRAS FUENTES

FRANCISCO GUTIERREZ NEGRETE. APUNTES DE PROCEDIMIENTO PENAL.

Enciclopedia ,Encarta 99. 1993-1998 Microsoft

[www. Udec.edu.mx](http://www.Udec.edu.mx)

www.monografias.com.mx