

141



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"

INEFICACIA JURIDICA DE LA APLICACION
DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO
FEDERAL ANTE LOS DEFRAUDADORES
PROFESIONALES

FALLA DE ORIGEN
EN SU TOTALIDAD

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ARTURO GARCIA CRUZ



San Juan de Aragón, Edo. de Méx.

1995

FALLA DE ORIGEN



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 está 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.

CON AFECTO A LA UNAM:

Fuente inagotable de conocimientos

A TODOS MIS MAESTROS:

Gracias

AL C. LIC. PABLO ALVAREZ FERNANDEZ:

**Titular ejemplar del Seminario de
Ciencias Penales. Turno Vespertino.**

A MI ASESOR:

**Lic. José Hernández Rodríguez
Ejemplo a seguir y maestro inmejorable.**

A MIS PADRES:

Quienes inculcaron en mí el valor de la
justicia.

A MIS HERMANOS:

Gracias por su solidaridad.

A MI ESPOSA:

Compañera ejemplar en el desarrollo de
mi vida.

**"INEFICACIA JURIDICA DE LA APLICACION DEL CODIGO PENAL PARA
EL DISTRITO FEDERAL ANTE LOS DEFRAUDADORES PREOFESIONALES"**

INTRODUCCION

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL MINISTERIO PUBLICO EN MEXICO

A) Derecho Precortesiano.....	6
B) Epoca Colonial.....	8
C) México Independiente.....	11
D) Etapa Contemporánea.....	20

CAPITULO II

GENERALIDADES FRAUDE

A) Concepto de Fraude.....	30
B) Elementos del tipo.....	37
C) Sujetos que intervienen.....	45
D) La Tentativa.....	53

CAPITULO III

LA AVERIGUACION PREVIA

A)	Concepto de Averiguación Previa.....	59
B)	El inicio de la Averiguación Previa.....	61
C)	Las Diligencias básicas.....	63
D)	El cuerpo del delito y la probable responsabilidad..	86

CAPITULO IV

LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO

A)	La prescripción.....	91
B)	La Reserva.....	97
C)	El no ejercicio de la acción penal.....	101
D)	El ejercicio de la acción penal.....	108

CONCLUSIONES.....	114
-------------------	-----

BIBLIOGRAFIA.....	118
-------------------	-----

INTRODUCCION

La idea primordial que nos llevó a la realización de la presente tesis, sin lugar a dudas fue nuestra inclinación por el derecho penal y más aún porque de una u otra forma siempre estuve relacionado con el procedimiento penal, por haber trabajado en una Agencia del Ministerio Público, donde estuve al frente de algunas mesas de trámites y a diario se ven situaciones disímolas y dramáticas, es por ello que nuestro tema denominado "Ineficacia Jurídica de la aplicación del Código Penal para el Distrito Federal ante los defraudadores profesionales" llamó mi atención, puesto que en nuestro Código, desde mi muy particular punto de vista no exista una regulación expresa que sancione debidamente a esta gente y es por ello que proponemos una adición al artículo 386 el ordenamiento citado, para así lograr lo antes dicho.

Nuestro trabajo para su exposición y estudio lo dividimos en cuatro capítulos, mismos que desarrollamos de la siguiente manera.

•

En el primero de ellos, como su nombre lo indica abarcamos todos los antecedentes más importantes del Ministerio Público en nuestro país.

Las Generalidades del Fraude son objeto de estudio en el capítulo segundo, donde se señala el concepto de éste, los elementos del tipo, los sujetos que intervienen y la tentativa.

En el capítulo tercero trataremos de hablar sobre la Averiguación previa, su concepto, cuando se inicia ésta, las principales diligencias de ésta, así como también los elementos que integran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

En el capítulo cuarto hablamos sobre las resoluciones que da el Ministerio Público, hago lo propio con la prescripción, la reserva, el no ejercicio de la acción penal y el ejercicio de la acción penal, para así concluir si nuestro sistema penal protege más a los defraudados o los defraudadores.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL MINISTERIO PUBLICO EN MEXICO

La Institución del Ministerio Público ha sido una conquista del Derecho moderno. Investigar los orígenes del Ministerio Público, es una tarea ardua y más resulta encontrar conexiones en el pasado que con la Moderna Institución.

Se afirma que en Grecia existió la práctica de llevar un ciudadano la voz de la acusación ante el tribunal de los Eliastas y en el Derecho Atico, el ofendido es quien ejercitaba la acción penal ante los tribunales. No se admitía la intervención de terceros en las funciones de acusación y defensa, pues regía el principio de la acusación privada. Después se encomendó el ejercicio de la acción a un ciudadano como Representante de la Colectividad, era una distinción honrosa que enaltecía al elegido, pero después de la acusación privada, le siguió la acusación popular al abandonarse la idea de que fuese el ofendido por el delito el encargado de acusar y al ponerse en manos de un ciudadano independiente el ejercicio de la acción, se introdujo una reforma substancial en el procedimiento, haciendo que un tercero, despojado de las ideas de venganza y de pasión que insensiblemente lleva el ofendido al proceso, persiguiese al responsable y procurarse un castigo o el reconocimiento

de su inocencia como un noble atributo de justicia social.

Es aventurado encontrar antecedentes del Ministerio Público moderno en esta época, podríamos afirmar que más bien existe similitud en los promotores fiscales, porque el Ministerio Público en México, tiene ondas raigambres con la Institución de la promotoría fiscal que existió durante el Virreynato. Pero para tener una mejor comprensión, veamos lo que sobre el tema escribe el Lic. Julio Acero.

"En el sistema de enjuiciamiento Inquisitorio creado por el Derecho canónico y mandado a observar por el Papa Inocencio III en el año de 1215; por Gregorio IX, en 1233, e introducido a España en el año de 1481, a las Américas, en los siglos XVI y XVII. Bajo este sistema en que el Juez era el árbitro en los destinos del inculpado y en que tenía amplia libertad para buscar las pruebas y para utilizar cuantos medios tuviese a su alcance para formar su convicción los fiscales eran funcionarios que formaban parte integrante de las jurisdicciones".(1)

Asimismo tenemos el período, de acusación estatal, tiene su origen en las transformaciones de orden político y Social introducido en Francia al triunfo de la Revolución de 1793 y se funde en una nueva concepción jurídico Filosófica

(1) ACERO, Julio. Procedimiento Penal. 8a. edición. Herrero. México. 1992. p. 19

3

las Leyes expedidas por la asamblea Constituyente son sin duda alguna, el antecedente inmediato del Ministerio Público.

Lo anterior se fundamenta en lo dicho por el destacado jurisconsulto, Juventino Castro al señalar el origen del Ministerio Público en Francia de la siguiente manera:

"La Revolución Francesa al transformar las Instituciones el Monarca encomienda las funciones reservadas al Procurador y al Abogado del Rey; a comisariados encargados de promover la acción penal y de ejecutar las penas y a los acusadores públicos que debían sostener la acusación en el juicio. Sin embargo, la tradición pesa aún en el ánimo del pueblo y en la de el 22 brumario, año VIII, se restablece el Procurador Genral que se conserva en las Leyes Napoleónicas de 1808 y 1810, y por la Ley de 20 de Abril de 1810, el Ministerio Público queda definitivamente organizado como Institución Jerárquica dependiente del poder Ejecutivo. Las funciones que se le asigna en el Derecho Francés, son de requerimiento y de acción". (2)

En España existió la promotoría fiscal desde el siglo XV como una herencia del derecho canónico. Los promotores

(2) CASTRO, Juventino. El Ministerio Público en México. 10a. edición. Porrúa. México. 1993. p. 23

fiscales obraban en representación del monarca, siguiendo fielmente las instrucciones.

En las Leyes de Recopilación de 1576 expedida por el Rey Felipe II, se señalan algunas atribuciones como por ejemplo "mandados por los fiscales hagase diligencias para que se acaben y fenescan los procesos que se hicieren en la vista privada de los escribanos, así contra los mismos Jueces con los escribanos". (3) Las funciones de los promotores fiscales consistían en vigilar lo que ocurría ante los tribunales de crimen y en obrar de oficio, a nombre del pueblo, cuyo representante es el soberano. Bajo el reinado de Felipe V, se pretendió suprimir la promotoría en España por decreto de 10 de noviembre de 1713 y por la declaración de principios de 10. de mayo de 1704 pero la idea no fué bien acogida y se rechazó hábilmente por los tribunales españoles. Respecto a lo anterior el Lic. Rivera Silva señala lo siguiente:

"Por decreto de 12 de junio de 1926 el Ministerio Público funciona bajo la dependencia del Ministerio de Justicia. Es una magistratura independiente de la Judicial y sus funcionarios son amobibles. Se compone de un Procurador Fiscal ante la Suprema Corte auxiliada por un Abogado Federal en cada Corte de Apelación o audiencia Provincial asistidos por un Abogado General y otros

(3) RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. 20a. edición. Porrúa. México. 1993. p. 129

ayudantes".(4)

Para que la Institución del Ministerio Público pueda cumplir fielmente su cometido, es imprescindible de que se observen determinados principios que son evidentes. El primero es la unidad en el mando: la unidad consiste en que haya una identidad de mando o de dirección, en todos los actos en que intervengan los funcionarios del Ministerio Público; las personas físicas que forman parte de la Institución constituyen una pluralidad de funcionarios, pero su Representación es única invariable.

La indivisibilidad consistente en que cada uno de los funcionarios del Ministerio Público, representa la Institución y actúa de una manera impersonal; la persona física que representa y la Institución no obra en nombre propio si no en nombre del órgano del que forma parte.

Puede ser libremente sustituida por otro, sin que sea necesario hacer saber al inculcado el nombre del nuevo Agente del Ministerio Público.

La Independencia, que es una de las condiciones esenciales para el buen funcionamiento de la Institución, es muy relativa mientras no se logre su completa autonomía y se

(4) RERNALDO DE QUIROZ, Constancio. Lecciones de legislación penal comparada. 6a. edición. Montalvo.

les desligue del poder Ejecutivo.

De la somera exposición que realizamos, considero que es oportuno señalar la evolución que ha tenido la institución del Ministerio Público en nuestro país desde el derecho precortesiano hasta nuestros días, misma que a continuación detallo.

A) Derecho Precortesiano

Con referencia a la progresión histórica del Ministerio Público en México, es conveniente atender a la evolución política y social de la cultura prehispánica residente en el territorio nacional, destacando en forma principalísima la organización de los aztecas, puesto que de ahí se desprende que la fuente de nuestras instituciones jurídicas no debe buscarse únicamente en el antiguo Derecho romano y en el Derecho español, sino también en la organización jurídica de los aztecas.

Es innegable que entre los aztecas imperaba un sistema de normas para regular el orden y sancionar toda conducta hostil a las costumbres y usos sociales.

El Derecho no era escrito, sino más bien, de carácter consuetudinario, en todo se ajustaba al régimen absolutista que en materia política había llegado al pueblo azteca.

FALLA DE ORIGEN

Para reafirmar lo anterior el Lic. Colín Sánchez dice en su obra que: "El poder del monarca se delegaba en sus distintas atribuciones a funcionarios especiales, y en materia de justicia, el *Cihuacoatl* es fiel reflejo de tal afirmación. El *Cihuacoatl* desempeña funciones muy peculiares: auxiliaba al *Hueytlatoni*, vigilaba la recaudación de los tributos; por otra parte, presidía el Tribunal de Apelación; además, era una especie de consejero del monarca a quien representaba en algunas actividades, como la preservación del orden social y militar".(5)

Otro funcionario de gran relevancia fue el *Tlatoani*, quien representaba a la divinidad y gozaba de libertad para disponer de la vida humana a su arbitrio. Entre las facultades, reviste importancia la de acusar y perseguir a los delincuentes, aunque generalmente la delegaba en los jueces, quienes auxiliados por los alguaciles y otros funcionarios, se encargaban de aprehender a los delincuentes.

Don Alonso de Zurita, oidor de la Real Audiencia de México, en relación con las facultades del *Tlatoani* señala, que éste, en su carácter de suprema autoridad en materia de justicia, en una especie de interpelación al monarca cuando terminaba la ceremonia de la coronación, decía"...Habéis de

(5) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 15a. edición. Porrúa. México. 1974. p. 95

tener gran cuidado de las cosas de la guerra, y habéis de velar y procurar de castigar los delincuentes, así señores como los demás, y corregir y enmendar los inobedientes...".(6)

Es preciso notar, que la persecución del delito estaba en manos de los jueces por delegación del *Tlatoani*, de tal manera que las funciones de éste y las del Cihuacoatl eran jurisdiccionales, por lo cual, no es posible identificarlas con las del Ministerio Público, pues si bien el delito era perseguido, esto se encomendaba a los jueces, quienes para ello realizaban las investigaciones y aplicaban al derecho.

B) Época Colonial

Las instituciones del Derecho azteca sufrieron una honda transformación al realizarse la conquista y poco a poco fueron desplazadas por los nuevos ordenamientos jurídicos traídos de España.

El choque natural que se produjo al realizar la conquista, hizo surgir infinidad de desmanes y abusos de parte de funcionarios y particulares y también, de quienes escudándose en la prédica de la doctrina cristiana, abusaban de su investidura para cometer atropellos.

(6) DIAZ DE LEON, Alejandro. Bases Constitucionales del Ministerio Público. 7a. edición. Trillas. México. 1991 p. 129

En la persecución del delito imperaba una absoluta anarquía, autoridades civiles, militares y religiosas invadían jurisdicciones, fijaban multas y privaban de la libertad a las personas, sin más limitación que su capricho.

Tal estado de cosas se pretendió remediar a través de las Leyes de Indias y de otros ordenamientos jurídicos, estableciéndose la obligación de respetar las normas jurídicas de los indios, su gobierno, policía, usos y costumbres, siempre y cuando no contravinieran el Derecho hispano.

La persecución del delito en esa etapa, no se encomendó a una institución o funcionario en particular, como acertadamente lo señala en su obra el citado autor Guillermo Colín Sánchez de la siguiente manera.

"Como la vida jurídica se desenvolvía teniendo como jefes en todas las esferas de la administración pública a personas designadas por los Reyes de España o por los Virreyes, Corregidores, etc., los nombramientos siempre recaían en sujetos que los obtenían mediante influencias políticas, no dándose ninguna injerencia a los "indios" para actuar en ese ramo. No fue sino hasta el 9 de octubre de 1549, cuando a través de una cédula real se ordenó hacer una selección para que los "indios" desempeñaran los puestos de jueces, regidores, alguaciles, escribanos y ministros de

justicia; especificándose que la justicia se administrara de acuerdo con los usos y costumbres que habfan regido".(7)

De acuerdo con lo anterior, al designarse alcaldes indios, éstos aprehendían a los delincuentes y los caciques ejercían jurisdicción criminal en sus pueblos, salvo en aquellas causas sancionadas con pena de muerte, por ser facultad exclusiva de las audiencias y gobernadores.

Diversos tribunales apoyados en factores religiosos, económicos, sociales y políticos, trataron de encausar la conducta de "indios" y españoles; y la Audiencia, como el Tribunal de La Acordada y otros tribunales especiales, se encargaron de perseguir el delito.

Dentro de las funciones de justicia, destaca la figura del fiscal, funcionario importado también del Derecho español, quien se encargaba de promover la justicia y perseguir a los delincuentes; aunque en tales funciones representaba a la sociedad ofendida por los delitos, sin embargo, el Ministerio Público no existía como una institución con los fines y caracteres conocidos en la actualidad, como lo afirma el citado autor Colín Sánchez.

"El fiscal, en el año de 1527 formó parte de la Audiencia, la cual se integró entre otros funcionarios, por

(7) COLIN SANCHEZ, Guillermo. op. cit. p. 97

dos fiscales: uno para lo civil y otro para lo criminal y, por los oidores, cuyas funciones eran las de realizar las investigaciones desde su inicio hasta la sentencia".(8)

En lo concerniente al promotor fiscal, éste llevaba la voz acusatoria en los juicios que realizaba la Inquisición, siendo el conducto entre ese tribunal y el Virrey, a quien entrevistaba comunicándole las resoluciones del tribunal y la fecha de la celebración del auto de fe, también denunciaba y perseguía a los herejes y enemigos de la Iglesia.

C) México Independiente

La Institución del Ministerio Público no es producto sociológico de nuestro país, sino que es una Institución que nacida y evolucionada plenamente en Francia, se le trasladó a nuestro medio, donde ha arraigado penetrando al espíritu del pueblo. Sin embargo aún antes de establecerse en México, nos dice el Lic. Javier Pina y Palacios que la Institución del Ministerio Público, con sus perfiles y caracteres franceses, ya funcionaba una institución que bastante se le asemejaba llamada Promotoría o Procuraduría Fiscal, derivada de la legislación española que por tanto tiempo rigió en nuestras costumbres".(9)

- (8) COLIN SANCHEZ, Guillermo. op. cit. p. 98
 (9) PINA Y PALACIOS, Javier. Derecho Procesal Penal, 3a. edición. Aguilar. México. 1990. p. 103

Los orígenes y el sentido de la evolución del Ministerio Público, se encuentra de manera preferente en Francia y España, toda vez que como queda indicado, de la primera de esas naciones tomamos la Institución ya formada completamente y de la segunda, en tiempo anterior, tuvimos algo que fué el antecedente necesario de aquella y que preparó nuestra costumbre para que el Ministerio Público fuera aceptado con asentimiento general, en nuestra Carta Magna de 1814.

La Constitución de Apatzingán de 1814, reconoció la existencia de dos Fiscales auxiliares de la administración. "Ya en la Constitución de 1824, un Fiscal es funcionario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y otro de los Tribunales de Circuito".(10)

Por medio de las Leyes Constitucionales de 1836, se creó la inamovilidad del Ministerio Público, lo cual fue ratificado por las Bases Orgánicas del 12 de junio de 1843.

En las bases para la Administración de la República, publicadas en 22 de junio de 1853, se estableció; Para que los intereses nacionales sean convenientemente atendidos, se

(10) ACFRO, Julio y LEVEN, Ricardo. Nuestro Procedimiento Penal. Vol.I. 4a.edición. Lymusa, México. 1991. p. 214

nombrará un Procurador General de la Nación, quien será recibido por todos los tribunales como parte de la Nación, cuya función además será la de despachar todos los informes en Derecho que se le pidan, por el gobierno. Será movable a voluntad de éste y recibirá instrucciones para sus procedimientos de los respectivos ministerios.

El Presidente de la República Ignacio Comonfort, dictó la Ley de 23 de noviembre de 1855, en la cual se da ingerencia a los fiscales para que intervengan en los asuntos federales.

En el proyecto de Constitución de 1857, se mencionó la institución del Ministerio Público como órgano de acusación en el que se dijo que todo procedimiento criminal debe proceder querrela de la parte ofendida a instancia del Ministerio que "sostenga los derechos de la sociedad".

Es decir, que indistintamente podía ser el particular ofendido el que directamente fuera ante el Juez a presentar la acusación, o el Ministerio Público que salvaguardara los intereses de la sociedad; de lo cual se concluye que, el particular y el órgano de acusación estaban colocados en un plano de igualdad.

A pesar de que el Constituyente de 1857, conocía perfectamente la institución del Ministerio Público como

órgano de acusación, no quiso quitar al ofendido por un delito, el derecho de hacer personalmente la acusación correspondiente.

La Constitución de 1857, le sigue acreditando a los fiscales la categoría que tienen los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y pese a que en el proyecto de la Constitución se mencionaba al Ministerio Público, para que en representación de la sociedad promoviera la instancia, esto no llegó a concretarse, al considerarse que el particular ofendido por el delito no debía ser desplazado por ninguna institución y además se pensó que al liberar al Ministerio Público de los órganos jurisdiccionales retardaría la acción de la justicia, hasta que el Ministerio Público ejerciera la acción penal.

En el Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expedido el 29 de julio de 1862, por el Presidente de la República Benito Juárez, se estableció que el Fiscal adscrito a la Suprema Corte de Justicia fuere oído en todas las causas criminales o de responsabilidad. Y es así como por vez primera se habla de un Procurador General.

"Aún después de la Independencia de México se siguieron aplicando las leyes españolas y es hasta el 15 de julio de 1869, cuando empieza a perfilarse nuestro Ministerio Público; En esa fecha el Presidente Benito Juárez, expidió

la de Jurados Criminales para el Distrito Federal, ey creándose con ella tres Promotores o Procuradores Fiscales, a los que también se les llamó por vez primera en México, representantes del Ministerio Público, los cuales eran independientes entre sí, de tal suerte que no constituían una organización". (11)

Sus funciones eran acusatorias ante el Jurado y desvinculados por completo del agravio de la parte civil. O sea que, acusaban en nombre de la sociedad al delincuente, Artículo 23 de la Ley de Jurados Criminales para el Distrito Federal.

En 15 de septiembre de 1880, se expidió el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual concebía al Ministerio Público en el artículo 28 como: "Una magistratura instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de justicia, en nombre de la sociedad y para defender ante los tribunales los intereses de ésta, en los casos y por los medios que señalan las leyes". En el Código de 1880 antes citado, expedido por el Presidente Porfirio Díaz la institución tomó cuerpo y se delinea adoptando francamente las características de la Institución Francesa.

En el Capítulo Primero, del Título Primero, del Libro Primero de ese Ordenamiento, hallamos determinada la

(11) ACERO, Julio y LEVEN, Ricardo. op. cit. p. 220

finalidad de la Policía Judicial, entre cuyos miembros figura el Ministerio Público.

"En el Capítulo Cuarto del mismo Título y Libro, dedicado a reglamentar las funciones del Ministerio Público, encontramos determinado el objeto de la Institución, tal y como se le conceptúa en la actualidad de magistratura independiente. Y en la reglamentación que establece el propio código, es de notarse especialmente la prevención que pone a la Policía Administrativa bajo las órdenes del Ministerio Público para auxiliar en sus labores de persecución". (12)

Las prescripciones del Código de 1880 fueron reproducidas en substancias por lo que se refiere a la policía judicial y al Ministerio Público, en el Código de Procedimientos Penales expedido por el Presidente Porfirio Díaz, el 1 de julio de 1894. Dicho Código expresaba que al Ministerio Público le correspondía, "perseguir y acusar ante los tribunales a los responsables del delito; cuidar que las sentencias se ejecutaran prontamente y que, la violación a la ley penal daba lugar a una acción penal, la que correspondía a la sociedad y se ejercitaba por el Ministerio Público".

También de acuerdo con el Código de 1894 el juez

(12) DÍAZ DE LEÓN, Alejandro. op. cit. p. 149

realizaba varias funciones semejantes a las del Ministerio Público; cuando el Ministerio Público le consignaba algún asunto, él realizaba la investigación, sin la intervención de dicho funcionario, quien volvía a participar en el proceso en la etapa de formulación de conclusiones; el órgano jurisdiccional se convirtió en juez y parte.

El 22 de mayo de 1900 se reformó el artículo 96 de la Constitución Política de 1857, con el siguiente texto: "La ley establecerá y organizará los Tribunales de Circuito, los Juzgados de Distrito y el Ministerio Público de la Federación. Los funcionarios del Ministerio Público y el Procurador General de la República que ha de presidirlo, serán nombrados por el Ejecutivo".

Es esta la reforma Constitucional que separó al Ministerio Público Federal y al Procurador General de la República de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como un organismo autónomo del Poder Judicial de la Unión. Naciendo en ese momento dicha Institución.

En virtud de la Ley Orgánica del Ministerio Público de 12 de septiembre de 1903, también por vez primera se funda el cuerpo del Ministerio Público precedido por el Procurador de Justicia, dándosele así unidad y dirección. Convirtiéndose en una magistratura independiente de lo judicial y representando a la sociedad, como una

FALLA DE ORIGEN

prolongación del Poder Ejecutivo Federal.

El Presidente Porfirio Díaz, al dar cuenta por conducto de su Secretario de Justicia e Instrucción Pública al Congreso de la Unión, de las facultades en cuya virtud expidió la Ley Orgánica del Ministerio Público, se expresó el 24 de noviembre de 1903, en los siguientes términos: "Uno de los principales objetivos de esta ley, es definir el carácter especial que compete a la Institución del Ministerio Público, prescindiendo del concepto que la ha reputado siempre como auxiliar de la administración de la justicia. 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 quebranto".(13)

La Institución del Ministerio Público, en virtud de la Ley Orgánica de 1903, adquirió todos los caracteres de un cuerpo social bien organizado, con unidad y dirección en la alta misión que se le confiere, dependiendo del Ejecutivo y dejando de ser en su gestión genuina un auxiliar de la administración de justicia; tornándose en una alta magistratura, encargada de velar por los intereses sociales y figurando como parte de los procesos criminales.

La Ley de Organización del Ministerio Público Federal y

(13) FRANCO SODI, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. 10a. edición. Porrúa. México. 1993. p. 275

Reglamentación de sus funciones, se expidió hasta el 16 de diciembre del año de 1908, empezando a regir el 5 de febrero del año de 1909. La Exposición de Motivos de la Ley en cita consignó: "El Ministerio Público es considerado, dentro de la sana doctrina científica, como un ramaje del Poder Ejecutivo ante el Poder Judicial, de donde emana la necesidad de que tenga una existencia propia, independiente y enteramente separada de los Tribunales, cuya misión de administrar justicia, de dar a cada uno lo que es suyo y de definir el derecho, es bien diversa. El Poder Judicial ejerce una función coactiva de administrar y aplicar las leyes para terminar las contenciones que surgen entre los miembros de la colectividad; y los jueces, que son los órganos de la ley, no hacen el derecho sino que lo declaran, lo aplican juzgando, en tanto que el Ministerio Público es un litigante que ejercita el derecho de petición en nombre de la sociedad y del Estado".(14)

De los datos históricos anotados ofrecen la oportunidad de considerar, como fecha de nacimiento de la Institución del Ministerio Público Federal, o bien, de la Procuraduría General de la República, cuales quiera de estas dos fechas: 1a.- La de la reforma constitucional, que se realizó el 22 de mayo del año de 1900; y la 2a.- La de la fecha de la expedición de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Federación, que tuvo lugar el 16 de diciembre de 1908.

(14) *Ibidem.* p. 277

Así fijando el carácter de la Institución, trasunto fiel de la francesa similar, perduró en nuestro medio hasta el advenimiento de la legislación revolucionaria de 1917 en la que por vez primera en nuestros anales legislativos se hizo de ella una Institución Federal, obligando su establecimiento un precepto constitucional a todos los Estados que integran la Federación; por lo que hace a su régimen interior, y en una institución con caracteres propios, distinguiéndose bastante de la Institución Francesa que la generó en nuestro país.

D) Etapa Contemporánea

El cambio tan brusco que provocó esta Ley y lo novedoso del sistema, rompieron con la realidad social. Como consecuencia, el sistema inquisitivo siguió observándose y el Ministerio Público continuó en su mejor rutina como organismo auxiliar de los órganos jurisdiccionales. Al suceder el movimiento revolucionario que puso fin a la dictadura del general Díaz y promulgarse la Constitución Política Federal de 1917, se unificaron las facultades del Ministerio Público, haciendo de éste una institución, un organismo integral para perseguir el delito, con independencia absoluta del Poder Judicial.

Don Venustiano Carranza en la exposición de motivos

presentada en la apertura del Congreso Constituyente, el 10. de diciembre de 1916 y con relación al artículo 21, describe las causas en que se fundó el Constituyente de Querétaro para adoptar y reglamentar la Institución del Ministerio Público.

La propia Constitución de 1917 también señaló: "Estará a cargo del Ministerio Público de la Federación la persecución ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los reos; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la misma ley determine..." (art. 102).

El Ministerio Público, cuya actuación había sido indefinida y débil, sobre todo en el ambiente rural en el que no había pasado de ser "una simple figura decorativa", adquiere una fisonomía distinta en los postulados esenciales de la revolución mexicana, quien lo estructura y le imprime la dinámica necesaria para institucionalizarlo para que sus funciones en las múltiples y variadas intervenciones legales, constituyan una auténtica función social.

El artículo 21 de la Constitución establece en forma terminante la atribución específica del Ministerio Público en general, es decir, la persecución de los delitos; pero tomando en cuenta la organización política que nos rige y por otra parte el artículo 102 constitucional, el tipo de leyes substantivas en materia penal y en algunos casos el carácter del sujeto que comete el delito, podemos establecer que en la República Mexicana existen; el Ministerio Público del Distrito Federal, el Ministerio Público Local y el Ministerio Público del Fuero Común, para cada una de las entidades federativas.

La Constitución General de la República instituye el 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 del artículo 21 constitucional se desprende su atribución fundamental, en la vida práctica no sólo persigue el delito; su actuación también se extiende a otras esferas de la administración pública.

De acuerdo con el texto constitucional, tomando en cuenta el espíritu que animó al Constituyente del 17 para instituirlo, el Ministerio Público representa a la sociedad ofendida por el delito y para cumplir su cometido, ahonda

sus raíces en la sociedad misma, auscultando sus palpitaciones para llevar el producto de sus impresiones al laboratorio, a las oficinas, y por medio de un proceso de decantación legal, da forma al ejercicio de la función específica que el Constituyente del 17 le señaló:

Consecuentemente con la norma constitucional, las leyes que lo organizan, los demás textos legales y la jurisprudencia, otorgan al Ministerio Público la titularidad de la acción penal; sin embargo, prácticamente, la esfera de acción del Ministerio Público se extiende más allá del ámbito del Derecho Penal, siendo notable su intervención en materia civil, en cuestiones de tutela social, representando a los incapacitados o ausentes y en algunas otras situaciones, en las que son afectados los intereses del Estado (tal es el caso del Ministerio Público Federal y del Ministerio Público Local de algunas entidades federativas).

En términos generales se puede decir que tiene encomendada también la delicada misión de preservar a la sociedad del delito.

De lo apuntado concluyo que el Ministerio Público tiene asignadas funciones específicas en: a) El Derecho Penal; b) El Derecho Civil; c) El Juicio Constitucional y, d) Como Consejero, Auxiliar y representante legal del

Ejecutivo.

En el Derecho Penal. Primordialmente debe preservar a la sociedad del delito y, en ejercicio de sus 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 sentencias.

En el Derecho Civil. En materia civil, tiene encomendada fundamentalmente, una función derivada de leyes secundarias en aquellos asuntos en los cuales el interés del Estado debe manifestarse para la protección de ciertos intereses colectivos o cuando estos mismos requieren por su naturaleza y trascendencia, de una tutela especial.

En el Juicio Constitucional, y como Consejero y Auxiliar del Ejecutivo. Estas funciones solamente 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.

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 es: a) jerárquico; b) indivisible, c) independiente; d) e

FALLA DE ORIGEN

Ejecutivo.

En el Derecho Penal. Primordialmente debe preservar a la sociedad del delito y, en ejercicio de sus 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 sentencias.

En el Derecho Civil. En materia civil, tiene encomendada fundamentalmente, una función derivada de leyes secundarias en aquellos asuntos en los cuales el interés del Estado debe manifestarse para la protección de ciertos intereses colectivos o cuando estos mismos requieran por su naturaleza y trascendencia, de una tutela especial.

En el Juicio Constitucional, y como Consejero y Auxiliar del Ejecutivo. Estas funciones solamente 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.

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 es: a) jerárquico; b) indivisible, c) independiente; d) e

FALLA DE ORIGEN

irrecusable.

"a) *Jerarquía.* El Ministerio Público está organizado jerárquicamente bajo la dirección y estricta responsabilidad del Procurador General de Justicia, en quien residen las funciones del mismo.

Las personas que lo integran, no son más que una prolongación del titular, motivo por el cual reciben y acatan las órdenes de éste, porque la acción y el mando en esa materia es de competencia exclusiva del Procurador.

b) *Indivisibilidad.* Esto es nota saliente en las funciones del Ministerio Público, porque quienes actúan no lo hacen a nombre propio, sino representándolo; de tal manera que, aún cuando varios de sus agentes intervengan en un asunto determinado, éstos representan en sus diversos actos a una sola institución y el hecho de separar a la persona física de la función específica que le está encomendada, no afecta ni menoscaba lo actuado.

c) *Independencia.* La independencia del Ministerio Público es en cuanto a la jurisdicción, porque si bien es cierto, sus integrantes reciben órdenes del superior jerárquico, no sucederá lo mismo en relación a los órganos jurisdiccionales. Esto se aplica sin mayores complicaciones, si para ello hacemos notar la división de poderes existente en nuestro país y las características que

le singularizan, de tal manera que concretamente, la función corresponde al Ejecutivo, depende del mismo, no pudiendo tener injerencia ninguno de los otros en su actuación.

d) *Irrecusabilidad.* El fundamento jurídico sobre la irrecusabilidad del Ministerio Público, radica en los artículos 12 y 14 de las Leyes de la Procuraduría General de la República y Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal". (15)

Ambos ordenamientos señalan que el Ministerio Público, "cuando exista alguna de las causas de impedimentos que la ley señala para las excusas de los magistrados y jueces federales, deberán excusarse del conocimiento de los negocios en que intervengan", situación en la que se confiere al Presidente de la República la facultad de calificar la excusa del Procurador General y éste la de los funcionarios del Ministerio Público Federal.

El texto constitucional en los artículos 21, 73, 102, 103 y 124, establece las facultades específicas del Ministerio Público e indica en quién debe residir, pero no lo organiza, de tal manera que para tener conocimiento de ello es necesario acudir al contenido de preceptos legales secundarios.

(15) CASTILLO SOBERANES, Miguel Angel. El Monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México. 2a. edición. UNAM. México. 1994. p. 121

El Ministerio Público del fuero común en el Distrito, el del fuero federal y el de las entidades federativas, se organiza de acuerdo con los lineamientos de la Ley Orgánica respectiva.

En el texto de las mismas se establecen: sus facultades y obligaciones, personal que lo integra, distribución de éste y algunos otros aspectos necesarios para el cumplimiento de sus atribuciones legales.

CAPITULO II

GENERALIDADES FRAUDE

En la época actual, no cabe duda en cuanto a que el Derecho Penal es tutelar de intereses jurídicos, siempre que entendamos al propio Derecho como esa parte del ordenamiento jurídico que determina las conductas de naturaleza criminal y las vincula con una sanción.

En una idea como la antes expuesta, hay un profundo contenido de tipo pragmático, porque la ciencia del Derecho Penal adquiere su vida y sustancia cuando se enfrenta a las realidades cotidianas y entre ellas cumple su misión de administrar justicia en los casos concretos; la naturaleza criminal, hipotéticamente determinadas en una norma, sólo se convierte en realidad cuando, ante un caso concreto, se resuelve que sí hay criminalidad en el hecho y necesidad de vincular a su autor con la consecuencia prevista, que es la sanción.

El Derecho Penal tutela intereses jurídicos, lo que significa que antes de que la práctica funcione en los casos concretos, es menester que se hayan realizado ciertos juicios de valor, por los cuales un algo se convertirá en interés jurídico y en motivador de la tutela penal.

Pienso que cuando la ley penal se ocupa del patrimonio no lo hace con la idea de aplicar sus contenidos a las obligaciones y a los derechos, en cuanto son susceptibles de ser valuados en dinero, como ocurre según la idea clásica privatista anotada. Prueba de ello, es la existencia del robo, como figura contra el patrimonio, aun en los caso en que lo que es motivo de apoderamiento (la cosa ajena mueble) no tiene un valor, o como dice la ley, no es estimable en dinero. Una sola excepción pondría suficiente base para el rechazo de la tesis clásica, pero no es la única; es decir, se cuestiona en la actualidad si hay robo de cadáver y algunos casos diferentes que pudieran mencionarse.

"Las modernas tendencias que civilísticamente dan más extensión al concepto de patrimonio, tampoco parecen encontrar acomodo con la posición guardada por la ley penal. No vamos a discutir si el nombre, el honor, la reputación, la imagen y otras son o no parte integrante del patrimonio de las personas; pero sí podemos afirmar que la protección de cada uno de tales bienes jurídicos (que lo son incuestionablemente) lo hace o realiza el Derecho Penal en figuras típicas sin contenido patrimonial. No se trata, tampoco, de crear una confrontación de conceptos. Simplemente, quiero dejar en claro que, según mi criterio, el patrimonio es protegido penalmente con una idea diferente a la del Derecho Civil, a pesar de que en ambas

FALLA DE ORIGEN

ramas del Derecho se use el mismo término; ocurre que cada una de ellas le da al patrimonio una especial significación y lo caracteriza conforme a sus motivos y fundamentos de protección".(16)

Aquí, evidentemente tenemos que vincular ideas antes expuestas en términos generales con lo que ahora en concreto nos ocupa. El patrimonio que se protege penalmente es el que se relaciona con los bienes patrimoniales de mayor jerarquía, o lo que viene a ser igual, no todos los aspectos que puede tomar el patrimonio quedan amparados por la tutela penal. Esto es natural, si tomamos en consideración las formas drásticas que revisten las consecuencias jurídicas cuando son penales, en comparación con las no penales.

Lo expuesto anteriormente fue tocado desde el punto de vista genérico a continuación hablaré de lo relacionado con el marco jurídico y las vicisitudes del fraude.

A) Concepto de Fraude

Atendiendo a su sentido etimológico, podemos decir que la palabra fraude proviene del latín *fraus udis*, "Fraudis que es genitivo de *fraus* y que significa engañar, usurpar, despojar, burlar con fraude; *fraudulentus*, equivalente a

(16) VELA TREVINO, Sergio. Miscelánea Penal. 4a. edición Trillas. México. 1994. p. 26

fraudulento, engañoso, fingido, falaz, malicioso. Gramaticalmente es engaño o acción contraria a la verdad o rectitud".(17)

En el ámbito del derecho penal, que es donde tiene mayor cabida este vocablo, se estima que la esencia del delito de fraude, es el engaño de que se vale el agente, para hacerse en perjuicio de otro de un objeto de ajena procedencia. Al observar que es el patrimonio el principal interés que se protege dentro de la sociedad, advertimos que las relaciones de sus integrantes deben desarrollarse libres de engaños o maquinaciones que induzcan a error; pero de igual forma se reconoce, que la astucia del hombre lo ha llevado a través del tiempo a obtener mucho de lo que se propone, lo que también ha proyectado en el renglón de lo ilícito, cuando ansioso de riqueza refina su mente y empuja la voluntad del semejante a un camino equivocado para causarle un perjuicio patrimonial, con el que se beneficia el creador del engaño o artificio.

Surgen las primeras manifestaciones del fraude cuando es indispensable la tutela de la honestidad en las relaciones comerciales, tratando de evitar las alteraciones de calidades, pesas y medidas. El Código de Manú castigaba al que vendía grano malo por bueno, cosa vil por fragante,

(17) Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. 10a. edición. UNAM. México. 1990 p. 231

hierro por plata, etc.; el de Hammurabi sancionó la falsificación de las pesas y medidas; las leyes Hebráicas castigaron a los que abusaban de los compradores necesitados; el Corán por su parte condenó a los que se aprovechaban de las condiciones o necesidades del comprador, sobre todo cuando esto era a precio mayor del adecuado. "En el derecho romano se contemplaron diversos crímenes como el *furtum*, el *falsum* y el *stellionatus*. El *furtum* se presentaba cuando alguien obtenía un dinero haciéndose pasar por acreedor, simulando la cualidad de heredero, asumiendo el nombre del procurador, verdadero o fingiendo serlo, quien pedía dinero haciéndose pasar por pobre o quien en daño del vendedor entregaba al comprador un peso mayor del justo".(18)

El *falsum* fue aplicable a quien usaba el nombre ajeno, simulando determinada caridad personal para alcanzar provecho y a quien vendía con diversos contratos a dos personas la misma cosa. El *stellion* que era un animal dotado de colores imprecisos y favorables a los rayos del sol, se aplicaba a todos aquellos delitos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena, que fluctuaban entre la falsedad y el hurto.

El fraude alcanzó su desarrollo en el siglo XIX con la frecuencia e intensidad del tráfico mercantil, aún cuando se

(18) Instituto de Investigaciones Jurídicas.op. cit. p.236

le da el nombre de estafa en otros códigos penales como el francés, alemán y español.

Al invocar nuestra fuente más directa como es el Código Toscano, admitimos que conceptualmente se determinó que incurre en ese delito el que sorprendiendo la buena fe ajena, con artificios, maniobras o ardidés diversos de los específicamente mencionados, obtiene una ganancia injusta en provecho de otro.

Un problema que de manera constante se presenta en torno al fraude, es el relativo a su ubicación en los ámbitos civil y penal, en virtud de que es indispensable establecer su distinción. Entre otros puntos de distinción, cabe señalar el invocado por Francesco Carrara, que nos lleva al convencimiento de que el engaño requerido para el fraude penal, no es sólo aquél desprendido de la mentira o discurso, sino el que se acompaña de un artificio proporcionando las condiciones objetivas del delito para apoyar la falacia (mise en scene). Para Mariano Jiménez Huerta, "que no acepta este punto de diferencia, se confunde la esencia del fraude con la naturaleza del medio empleado, pero que no es el fraude, en sí mismo. En el fraude civil se requiere alternativamente la sugestión y el artificio y además se necesita mantener en un error al agente pasivo; sin embargo en el fraude penal, basta el simple engaño o el aprovechamiento del error, es decir, basta la actitud

astuta; esto nos lleva a la conclusión de que se requieren más elementos dentro del fraude civil".(19)

Los elementos constitutivos del fraude en el campo del derecho penal son: a) conducta falaz; b) acto de disposición y, c) un daño y un lucro patrimonial.

El primer elemento se rige por un extremo psíquico que consiste en determinar a otro, mediante engaños a realizar un acto de disposición patrimonial o a aprovecharse de su error no rectificándolo oportunamente, lo que se puede llevar a cabo poniendo en juego: maquinaciones o artificios (señalamiento ficticio de nombres comerciales para "acreditar" la procedencia de la mercancía, exhibición de piedras falsificadas, barajas marcadas, etc.); engaños al falsear la verdad en lo que se hace, dice o promete (entregar cobre por oro, vidrios por piedras preciosas, etc.); o por el aprovechamiento del error, que implica guardar silencio sobre las circunstancias de error en las que se encuentra la víctima, a fin de obtener un beneficio de carácter patrimonial.

La segunda característica que es el acto de disposición, se manifiesta dentro de la esencia del propio fraude, pues de suyo el agente pasivo hace voluntaria

(19) BARRERA DOMINGUEZ, Humberto. Delitos Contra el Patrimonio Económico. 5a. edición. Temis. Bogotá. 1989 p. 168

entrega al agente del delito, de la cosa objeto del mismo. Es decir, el engaño o aprovechamiento de error, conduce al agente pasivo a efectuar un acto de disposición patrimonial en beneficio del agente activo, que puede recaer sobre dinero, muebles, inmuebles, servicios, derechos, etc.

El tercer ingrediente, o sea, el daño o lucro patrimonial presupone un daño o perjuicio para el titular del patrimonio afectado y se manifiesta mediante una disminución apreciable en dinero del conjunto de valores económicos correspondiente a una persona.

Al ubicarnos dentro del ámbito legislativo del fraude, específicamente en el Código Penal de 1931, observamos que el artículo 386 de dicho ordenamiento establece que el fraude se configura mediante el empleo de engaño o aprovechamiento de error, con el propósito de hacerse ilícitamente de algo o de obtener un lucro indebido. Por su parte, el artículo 387 del Código Penal, a través de 21 fracciones, contiene del mismo número de hipótesis de fraudes específicos, lo que ha originado múltiples críticas, porque muchas de ellas implican una reiteración del contenido del fraude genérico y sólo la minoría podrían estimarse como verdaderamente específicos, por contener ingredientes diferentes, a los requeridos en la fórmula de fraude genérico. De acuerdo con esto último, es decir, refiriéndonos a aquellos casos en los que los fraudes

especificos carecen de los ingredientes configurativos del fraude, Mariano Jiménez Huerta los denomina "espurios" y de manera concreta señala los derivados de las fracciones VIII, IX, XIV a XX del artículo 387 del Código Penal y párrafo primero del artículo 389 del mismo ordenamiento.

La fracción VIII en cita se refiere al extremo de que el agente obtenga ventajas usurarias, explotando las malas condiciones económicas de la víctima; la fracción IX contempla el extremo de que se circulen fichas, tarjetas, planchuelas, etc., en substitución de la moneda; la fracción XIV regula el caso de que se traspase una negociación sin autorización de los acreedores de ella o sin que el nuevo adquirente se comprometa a responder de los créditos, siempre que éstos resulten insolutos; la fracción XVI refiérese a los actos violatorios del derecho de propiedad literaria, dramática o artística, considerados como falsificación en las leyes relativas; la fracción XVII alude al caso en el que los patrones cubran por concepto de salario una cantidad inferior al mínimo, por lo que se conoca con el nombre de usura laboral; la fracción XVIII regula los casos en los que se distraen las mercancías de su destino siempre que éstas se hayan recibido a virtud de subsidios o franquicias; lo mismo acontece por lo que toca a las fracciones XIX y XX que contemplan la necesidad de que se cumplan o satisfagan ciertos requisitos en torno a la enajenación y construcción de bienes inmuebles, sin cuya

satisfacción se estima producido el fraude; por último, el artículo 389 describe el caso en el que aprovechándose de sus relaciones, el agente a cambio de prometer o proporcionar una plaza laboral en una empresa, reciba dinero, valores, dádivas, obsequios, etc. (lo que indudablemente no constituye fraude).

Por último, la Suprema Corte de Justicia ha resuelto: "El delito de fraude porque fue sancionado el reo, se realizó mediante la concurrencia de los elementos que lo constituyen: a) un engaño o el aprovechamiento de un error; b) que el delincuente se haga ilícitamente de una cosa o alcance un lucro indebido; y c) relación de causalidad entre la actividad engañosa y la finalidad de obtener el lucro".(20)

B) Elementos del Tipo

Como anteriormente lo señalamos, el artículo 386 en su primer párrafo establece que comete "el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido".

Comparando el anterior precepto con el artículo 413 del

(20) Semanario Judicial de la Federación. XL. 6a. época. Marzo-Abril. México. 1982. p.40

Código Penal de 1871, se nota la supresión de la frase final "con perjuicio de aquél", porque su empleo implicaba necesariamente que el que resentía el perjuicio patrimonial debía ser precisamente el engañado, siendo así que es frecuente que el error se cause a una persona para obtener la cosa o el lucro a costa de otra distinta.

Examinando la descripción legal, se pueden establecer los siguientes elementos del delito: I) un engaño o el aprovechamiento de un error; II) que el autor se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance un lucro indebido; y III) relación de causalidad entre el primer elemento, actitud engañosa, y el segundo, o sea que el elemento "hacerse de la cosa o alcanzar un lucro" sea consecuencia del engaño empleado por el sujeto activo o del aprovechamiento que hace del error en que se encuentra la víctima. Estas tres constitutivas son inseparables; no basta probar la existencia de una o de dos: indispensable es la reunión del conjunto.

I) Por engañar a una persona debe entenderse la actitud mentirosa empleada por el sujeto activo que hace incurrir en una creencia falsa al sujeto pasivo de la infracción; el engaño, mutación o alteración de la verdad, supone la realización de cierta actividad más o menos externa en el autor del delito; el engaño es una acción falaz positiva. El aprovechamiento del error es, por el contrario, una

acción negativa, mejor dicho de abstención por parte del protagonista del fraude; supone que la víctima de antemano tiene un concepto equivocado, erróneo, falso, de las circunstancias que recaen en los hechos o cosas objeto del delito; en el aprovechamiento del error el sujeto activo no causa el falso concepto en que se encuentra la víctima; simplemente, conociéndolo, se abstiene de hacer saber a su víctima la falsedad de su creencia y se aprovecha de ella para realizar su finalidad dolosa. Lo común al "engaño" y al "aprovechamiento del error" es el estado mental en que se encuentra la víctima: una creencia falsa acerca de los actos, cosas o derechos relacionados con el fraude.

II) El segundo elemento, por el empleo de la palabra "o" se resuelve en una disyuntiva: que el sujeto activo se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance un lucro indebido. La primera parte de la disyuntiva se refiere a las cosas, es decir, a los bienes corporales de naturaleza física, comprendiéndose los muebles y los inmuebles por no establecerse distinción alguna en el precepto que analizamos. Dado el amplio significado gramatical de la frase "se haga ilícitamente de alguna cosa", puede entenderse, en examen ligero, que este elemento se confunde con la noción del apoderamiento material de las cosas; en otras palabras, que basta que el agente del delito tome las cosas; en otras palabras, que basta que el agente del delito tome la cosa, para que se tenga por reunida la constitutiva.

Sin embargo, esta primaria interpretación no puede prosperar, si se analiza el precepto completo, ajustando o embonando sus constitutivas y comparándolo con diferentes artículos del mismo Código en que se emplea la palabra "apoderamiento" con un significado técnico-jurídico preciso.

En el lenguaje técnico penal (veáanse artículos 367 y 267 del Código Penal), la palabra "apoderamiento" tiene un significado jurídico especial en los delitos de robo y de raptó. En el robo el apoderamiento consiste no sólo en hacerse de la cosa, sino en realizarlo sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley, de lo que resulta que la palabra "apoderamiento" debe entenderse como la aprehensión de las cosas en ausencia de todo consentimiento de la víctima de la infracción. Igual circunstancia acontece en el delito de raptó en que se emplea la misma palabra, aplicada a la mujer, y en que se supone su ausencia de consentimiento, salvo casos especiales en que se utiliza seducción o engaño.

En el fraude sucede todo lo contrario; la obtención física o virtual de las cosas se logra, no contrariando la voluntad de la víctima, ni siquiera en ausencia de su consentimiento, sino precisamente contando con su anuencia, salvo que esa voluntad deriva de la existencia de un error provocado por el engaño o preexistente sin intervención del sujeto activo.

Los *lucros indebidos* a que en segundo lugar se refiere la disyuntiva, son aquellos ilícitos beneficios, utilidades o ganancias económicos que se obtienen explotando el error de la víctima. Consisten en esencia en la usurpación fraudulenta de bienes incorpóreos (diferentes a las cosas), tales como la apropiación o adueñamiento de derechos patrimoniales ajenos.

III) La tercera constitutiva racional del fraude que nos ocupa es precisamente la relación de causalidad lógica entre el primer elemento y el segundo. El engaño causado o el error aprovechado deben ser el motivo del enriquecimiento indebido del infractor. La obtención de la cosa o del lucro debe ser consecuencia de la falacia, de la intriga, de la falsedad, de la mentira empleada por el delincuente, o, a lo menos, de su malicia al no revelar las circunstancias verdaderas que erróneamente ignora el que sufre su acción. El fraude existirá, condición *sine qua non*, cuando como resultado del engaño o del aprovechamiento del error, el autor logra la entrega o apropiación de cosas o derechos patrimoniales ajenos; por supuesto, no deberá exigirse precisamente la demostración de una entrega material, pues la remisión de la cosa, para emplear el artificioso léxico del Derecho privado, puede ser virtual.

No pretendo terminar este inciso sin antes mencionar los diferentes tipos de fraude, razón por la cual es

FALLA DE ORIGEN

conveniente hace el siguiente comentario, el Código Penal actual en su redacción original, varió radicalmente el sistema de exposición reglamentaria del delito y enumeraba diferenciada y autónomamente los fraudes en las fracciones de los artículos 386, 387 y 389 derogados. De ese sistema resultaba que cada uno de los tipos legales de fraude tenía como constitutivas, únicamente las que se expresaban en cada fracción o artículo aplicable, sin que existiera necesidad de hacer referencia a una definición global del delito.

328.- Ahora, después de sus reformas generalmente infortunadas de los años de 1945, 1954 y 1968 en el vigente artículo 386, se describe el fraude genérico, realizado mediante el engaño o el aprovechamiento del error, y un caso de fraude calificado de maquinaciones o artificios o antigua estafa; en el mismo precepto se señalan las penas tanto del fraude genérico como del calificado. A su vez en el ya reformado artículo 387, se enumeran distintos casos sancionados con las mismas penas del fraude genérico.

Siguiendo el orden de exposición de los nuevos artículos del Código, se pueden enumerar los siguientes casos:

1.- Fraude de engaño o aprovechamiento del error (párrafo primero del artículo 386 reformado);

2.- Fraude calificado de maquinaciones o artificios, o antigua estafa (párrafo final del artículo 388 reformado);

3.- Fraude de defensores o de patronos en asunto civil o administrativo (fracción I del artículo 387 reformado);

4.- Fraude de disposición indebida (fracción II del mismo artículo);

5.- Fraude contra establecimientos comerciales (fracción III del mismo artículo);

6.- Fraude contra establecimientos comerciales (fracción IV del mismo artículo);

7.- Fraude en las compraventas al contado (fracción V del mismo artículo);

8.- Fraude por falta de entrega de la cosa o de devolución de su importe (fracción VI del mismo artículo);

9.- Fraude de doble venta de una misma cosa (fracción VII del mismo artículo);

10.- Fraude de usura (fracción VIII del mismo artículo);

11.- Fraude por medio de sustitutivos de la moneda

(fracción IX del mismo artículo);

12.- Fraude de simulación de contratos, actos o escritos judiciales (fracción X del mismo artículo);

13.- Fraude en los sorteos o por otros medios (fracción XI del mismo artículo);

14.- Fraude en las construcciones (fracción XII del mismo artículo);

15.- Fraude en los materiales de construcción (fracción XIII del mismo artículo);

16.- Fraude en la venta o traspaso de una negociación (fracción XIV del mismo artículo);

17.- Fraude por supuestas evocaciones de espíritus, adivinaciones o curaciones (fracción XV del mismo artículo);

18.- Fraude en la propiedad literaria, dramática o artística (fracción XVI del mismo artículo);

19.- Fraude en contra de trabajadores (fracción XVII del mismo artículo);

20.- Fraude por medio de mercancías subsidiadas o con

franquicia (fracción XVIII del mismo artículo);

21.- Fraude cometido por intermediarios en operaciones sobre inmuebles o gravámenes reales (fracción XIX del mismo artículo);

22.- Fraude en operaciones de condominio (fracción XX del mismo artículo);

23.- Fraude en la promesa falsa de trabajo o al proporcionar el mismo (artículo 389 reformado);

24.- Fraude cometido con la expedición de cheques no pagaderos (fracción XXI del artículo 387).

C) Sujetos que intervienen

Es de explorado derecho que conforme a su noción doctrinaria penal, el fraude es un delito patrimonial que consiste, en términos generales, en obtener mediante falacias o engaños, o por medio de maquinaciones o falsos artificios, la usurpación de cosas o derechos ajenos.

Siendo la esencia jurídico-doctrinaria del delito de fraude propiamente dicho, salvo casos especiales tipificados expresamente en la ley, el engaño, o sea la mutación o alteración de la verdad, y presentándose a menudo en materia

de obligaciones civiles esta falacia, los autores encuentran obstáculos para una certera distinción entre el dolo y el fraude puramente civiles, originadores de sanciones privadas de nulidad, rescisión o indemnización, y el fraude delictivo.

Es necesario separar por una línea suficientemente precisa el fraude o el dolo civiles, que abren simplemente a la persona lesionada una acción de reparación del perjuicio, del fraude penal o dolo penal, que hace incurrir, además, al que lo emplea, en una pena pública. La demarcación entre el dominio del Derecho criminal y el del Civil es tan difícil de fijar que los juristas de todos los siglos lo han ensayado sin éxito. El doble criterio más a menudo propuesto para distinguir el dolo criminal del civil, y que consiste, por una parte, en que los medios empleados para equivocar deban ser de tal naturaleza que se haga razonable la mentira, y, por otra parte, en que esos medios deben ser tales que hagan ilusión a un hombre de una prudencia ordinaria, nos parece insuficiente y peligroso. El fraude consiste ciertamente en el error producido por el empleo de ciertas maniobras; mas definir los fraudes punibles por la naturaleza de los medios que se han empleado sería un error de la misma naturaleza que el que consistiera en definir el delito de golpes y heridas por la naturaleza del arma de que el agente se sirve. El fraude es un error intencionalmente causado con el objeto de apropiarse el bien de otro; todos los artificios, todas las maniobras, todos los procedimientos de

cualquier naturaleza que sean propia para llevar a ese resultado entran en la noción general del fraude. Es a la ley a la que pertenece, según el progreso y evolución de la civilización, caracterizar las condiciones del fraude punible. Los esfuerzos de los criminalistas para fijarlo a priori en fórmulas generales, aplicables a todos los tiempos y a todos los países, serán siempre ilusorios y vanos. Lo que la ley penal siempre ha castigado no es la mentira en la conclusión de un contrato o la deslealtad en su ejecución, sino la apropiación de la cosa de otro cometida por ese medio; es la ratería, tomando esta palabra en su sentido general. El fraude no es un delito mas que cuando sirve para hacerse del bien de otro. Los dominios respectivos del Derecho Civil y del Derecho Penal están de esta manera claramente trazados: la ley penal hace delito de todo atentado a la propiedad cometido por sustracción, por engaño, por deslealtad; abandona al Derecho Civil la materia de las convenciones.

"El robo, el abuso de confianza y el fraude son infracciones que en sus móviles y en sus efectos tiene la más profunda analogía. Constituyen importante trilogía de delitos de enriquecimiento indebido o apropiación ilícita de los bienes ajenos. Sus resultados coinciden porque todos ellos importan un perjuicio a la víctima por la disminución de su caudal patrimonial y porque causan a sus autores un aprovechamiento indebido de lo que no les pertenece. En

otras palabras, los efectos de estos delitos no se limitan al perjuicio resentido por la víctima al disminuirse sus valores patrimoniales, sino que se traducen, de hecho, en un enriquecimiento ilícito del delincuente obtenido por la apropiación del bien o derecho en que recae la infracción". (21)

Lo que varía son los procedimientos empleados por el agente para apropiarse lo ajeno. En el robo, la acción criminosa es el apoderamiento no consentido por el paciente; este apoderamiento, en las formas primitivas y brutales del delito, se logra empleando violencias física o moral, o, en los latrocinios ordinarios, por la habilidad más o menos acentuada de la maniobra o por su furtividad. En el abuso, la acción radica en la disposición, o sea el cambio de destino o distracción de la cosa recibida previamente en forma de posesión precaria. En los fraudes, como regla general, la apropiación se logra por la entrega que la víctima hace al infractor de sus cosas o derechos en virtud de la actitud engañosa asumida por éste.

El robo con violencia a las personas es ciertamente la forma más primitiva de enriquecimiento ilícito, llena de peligros para la integridad corporal de las víctimas. Este atentado rápidamente evoluciona hacia su comisión pacífica,

(21) ZAMORA PIERCE, Jesús. El Fraude. 3a. edición. Porrúa México. 1993. p.30

sustituyéndose el empleo de la violencia por las maniobras subrepticias o hábiles de apoderamiento, caminos que evidentemente importan para el delincuente y sus víctimas menores riesgos, logrados a cambio de una mayor inteligencia en la comisión del delito. Según Groizard, "entre la civilización y la delincuencia hay interesantes correlaciones. "A medida que el estado social progresa, cambian y se transforman los delitos; según los pueblos van alcanzando una mayor cultura, los robos van poco a poco perdiendo los caracteres brutales y sangrientos con que casi siempre aparecen en las sociedades embrionarias, o en los pueblos semisalvajes. La astucia reemplaza a la fuerza, y cuando, al impulso del fomento de la agricultura, extensión del comercio, adelantos de la industria y difusión de las ciencias, se engendra un desarrollo intelectual, también es aprovechado por los malvados, que sienten estimulado su ingenio, para conseguir éxitos de codicia, inventando maquinaciones, mentiras y fraudes con menos riesgos y más facilidades y en mayor escala que los que podrían prometerse utilizando los recursos propios de los robos y de los hurtos".(22)

El robo, ya sea en sus formas violentas u ordinarias, ha sido sustituido en parte, especialmente en las grandes ciudades, por el fraude, delito de técnica más avanzada, que

(22) JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. T. IV. 5a. edición. Porrúa. México. 1992. p. 205

requiere en el defraudador una determinada superioridad intelectual sobre la presunta víctima para hacer que ésta sucumba al engaño o al error. En las campiñas, y en general entodas aquellas pequeñas poblaciones o barrios de escasos recursos económicos, el robo adquiere sus formas más brutales. La civilización, también al alcance de los malvivientes, presta infinitos recursos a éstos para la consecución de lucros delictivos y aguza sus sentidos para encontrar formas y medios especiales de defraudaciones con el menor riesgo posible. Puede, en resumen, establecerse como tendencia general la de que a una mayor civilización corresponde una mejor calidad operatoria en el delito patrimonial; los atentados de simple apoderamiento, pacífico o violento, son sustituidos por aquellos en que la víctima hace voluntaria entrega de sus bienes, que le son defraudados por el engaño que sufre o error que padece.

Sin embargo, es interesante observar cómo en la nacionalidad en formación, dentro de cuyas fronteras se advierten profundas diferencias en la población, de índole económica, cultural y étnica, coinciden con grave intensidad las diversas formas atentatorias de delitos patrimoniales. Entre nosotros se registran desde el fraude o estafa a la gran escuela, de realización más frecuente en nuestras grandes ciudades, hasta el robo en sus múltiples manifestaciones; en la provincia y en las vías poco transitadas y, aún, en los grandes centros de población, se

practica el asalto en su forma más primitiva y violenta, siendo así que en otros países el robo por cuadrillas de bandoleros no es sino un desagradable recuerdo histórico

En el delito de fraude, en que toda idea de violencia desaparece sustituida por recursos intelectuales, el peligro que corre la víctima en su integridad corporal es nulo, ya que ella misma, por el error en que se encuentra, no resiste, sino por el contrario coopera a que el delito se perfeccione. Los daños se limitan al mero atentado patrimonial, sin que exista ocasión propicia para su prolongación contra la seguridad, libertad o integridad de los pacientes.

Esta inocuidad parcial ha llevado a estimar el fraude como un delito de menor peligro comparado al temerario robo violento. Sin negar la extraordinaria temibilidad del atracador brutal, procede observar que la prevención social del robo violento u ordinario es más fácil; una policía eficaz y bien organizada, el suficiente alumbrado y vigilancia de las calles y vías públicas, las precauciones de seguridad material de los hogares y propiedades, la relgación de los rateros habituales, etc., en gran medida evitan los apoderamientos ilícitos. En cambio el fraude, a pesar de su ausencia de riesgos personales, representa mayor peligro para los bienes patrimoniales y es motivo de intensa alarma social, dado que la astucia del defraudador dificulta

la previsión y evitamiento del delito; además, los daños patrimoniales que el fraude causa pueden ser mayores; las estafas cuantiosas, las grandes especulaciones ficticias del capitalismo moderno, las falsas constituciones de sociedades anónimas para defraudar a los accionistas, los golpes bursátiles, los acaparamientos gigantescos, han hecho exclamar a Garraud: "Todo hace creer que un feudalismo financiero ha venido a sustituir al feudalismo militar, aquél encuentra para sus piraterías las mismas debilidades en la defensa social que encontraban las razzias de los antiguos jefes feudales".(23)

Amplios márgenes de penalidad, dentro de los cuales el juez pueda seleccionar una débil, mediana y enérgica sanción adecuada a los distintos tipos de defraudadores, es la única inteligente forma de represión contra un delito de manifestaciones proteícas como el fraude. Nuestra moderna codificación adoptó tan recomendable amplitud.

"La diferenciación entre el fraude y los otros delitos patrimoniales principió en el Derecho romano con la *Lex Cornelia de falsis*, en que se reprimían las falsedades en los testamentos y en la moneda; posteriormente se agregaron numerosos casos de falsedad que constituían ofensas a la fe pública. Además, en el *stellionatus* se comprendieron los

(23) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano 20a. edición. Porrúa. México. 1992. p. 149

fraudes que no cabían dentro de los delitos de falsedad previstos, como gravar una cosa ya gravada ocultando la primera afectación, la alteración de mercancías, la doble venta de una misma cosa, etcétera. En general se consideraba estelionato todo delito patrimonial que no pudiera ser considerado en otra cualificación delictiva".(24)

El Derecho moderno limita el concepto del delito de fraude (dentro de él, los delitos designados en otras legislaciones como defraudaciones, estafas u otros engaños) a las apropiaciones ilícitas cometidas, en términos generales, por medios engañosos. Algunos códigos se conforman con establecer una definición del fraude en general, dejando a los tribunales el juicio de los hechos concretos que puedan constituirlo. Otras codificaciones, entre ellas la moderna mexicana, ante lo arduo de encontrar una definición que comprenda íntegramente en reducidos términos la complejidad del fraude, prefieren hacer una lista detallada de casos de incriminación, provistos cada uno de constitutivas especiales, pero comprendidos todos ellos bajo la denominación común de fraude.

D) La Tentativa

De acuerdo con lo que establecen los artículos 12 y 52

(24) Ibidem. p. 150

del Código Penal para el Distrito Federal, podemos decir que:

"Artículo 12.- Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer una delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos".

Por su parte el artículo 52 del mismo ordenamiento establece que:

"Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad

FALLA DE ORIGEN

del Código Penal para el Distrito Federal, podemos decir que:

"Artículo 12.- Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer una delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos".

Por su parte el artículo 52 del mismo ordenamiento establece que:

"Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad

FALLA DE ORIGEN

del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II. La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres.

VI. El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VII. Las demás condiciones especiales y personales en

que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma".

De lo expuesto anteriormente podemos decir que como ejemplos salientes de la disminución en el Código de 1931 de las instituciones exageradamente casuistas que, como resultado práctico, tienen el de imposibilitar el ejercicio del arbitrio judicial, debe mencionarse la supresión de los distintos grados tan sutiles del delito, que establecía el Código de 1871. Este, con penalidades distintas (arts. 186 y sigs.) distinguía: "a) *el conato*, ejecución de uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye; b) *el intentado*, en que se llega hasta el último acto en que debía realizarse la consumación, si ésta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible, o porque son evidentemente inadecuados los medios que se emplean; c) *el frustrado*, en que se llega hasta el último acto en que debía verificarse la consumación, si ésta no se verifica por causas extrañas a la voluntad del agente, diversas de las del interesado. De la trayectoria de la acción criminal, *iter criminis*, sólo quedaban excluidos: el simple conato intelectual; el conato material interrumpido por propia voluntad del agente y los actos puramente preparatorios no constitutivos en sí mismos de otro delito

determinado".(25)

Ante la imposibilidad práctica de aplicar correctamente las distintas clases del delito inconsumado, especialmente en aquellos casos situados en las imprecisas fronteras que unían a unas definiciones jurídicas con otras, y ante el deseo de aumentar el arbitrio disminuyendo el casuismo de la legislación, el Código de 1931 englobó en el concepto general de la tentativa, mediante una fórmula elástica, las manifestaciones delictivas incompletas. Dentro del artículo 12, además del antiguo grado de frustración, caben el conato material con ejecución de hechos dirigidos inmediata y directamente al delito, y, también ciertos delitos imposible en que la peligrosidad del agente se revela por la ejecución de medios adecuados para el crimen. Nótese que, por su equivocidad, los actos de pura preparación quedan excluidos de la represión penal, salvo que en sí mismos constituyan delito típico; ejemplo: portación de armas.

Para resolver los casos de delito imposible, deben distinguirse dos hipótesis: a) Delitos imposibles en que el agente emplea medios idóneos para la consumación, siendo ésta irrealizable materialmente por circunstancias de todo extrañas, por ejemplo: una persona que dispara su arma de fuego (medio idóneo) contra persona muerta a quien creía viva; como en esta hipótesis el homicidio imposible lo es

(25) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. op. cit. p. 150

obtener la consumación, esta hipótesis no debe excluirse ni incluirse dentro del grado de tentativa, porque la inconsumación del propósito se debe al empleo de medios tan torpes y equivocados, que de modo racional no pueden calificarse de "hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito"; porque su ejecución a nada conduce. En la primera hipótesis se trata de un verdadero delincuente que puede causar daños graves; en la segunda etapa de una persona quizás moralmente corrompida, pero que no representa ninguna peligrosidad por su falta de adecuación criminal.

La no punibilidad de la tentativa incabada por causas propias de la voluntad del agente, se justifica por razones de política criminal favorecedoras del desistimiento en la conducta criminal o arrepentimiento que conduce a la inejecución del delito.

CAPITULO III

LA AVERIGUACION PREVIA

Después de haber expuesto y analizado los capítulos I y II del trabajo que me ocupa referidos el primero de ellos a los Antecedentes del Ministerio Público y el segundo al Fraude, es oportuno y necesario para tener una mejor hilación de lo hasta hoy anotado, hablar sobre la averiguación previa en el proceso penal, su definición, ubicación procesal y análisis para determinar hasta que punto se cumplen con los requisitos de procedibilidad que la ley exige.

A) Concepto de Averiguación Previa

Averiguación previa es la actividad del Ministerio Público tendiente a investigar los hechos que lleguen a su conocimiento, a fin de comprobar el cuerpo del delito y establecer la probable responsabilidad del inculgado.

Al tener conocimiento de un hecho delictuoso, el Ministerio Público iniciará inmediatamente la averiguación de oficio, o a petición de parte ofendida o de su representante legítimo cuando se trate del delito cuya persecución

requiere querrela de parte, o que pudiera tener conocimiento de su perpetración y todas las indicaciones, demás circunstancias que pudieran contribuir a comprobar el hecho, determinar su naturaleza y gravedad y averiguar las personas responsables.

La denuncia puede hacerse personalmente o por medio de mandatario con poder especial y puede ser escrito o verbal. Si es escrito la debe firmar el denunciante, y si no puede hacerlo, otra persona a su ruego.

El Funcionario que la recibiere rubricará y sellará todas las hojas en presencia de quien la presente, que también la podrá rubricar.

Si la denuncia fuere verbal, el Funcionario que la recibe extenderá un acta en forma de declaración, en la que expresará lo que manifiesta el denunciante firmándola ambos.

A manera de resumen podemos decir que la averiguación previa puede ser considerada también como un procedimiento, que se desarrolla antes del proceso penal, con la finalidad de preparar el ejercicio de la acción penal.

En esta etapa, el Ministerio Público recibe las denuncias o querrelas de los particulares o de cualquier autoridad, sobre hechos que estén determinados en la Ley

como delitos; practica las primeras diligencias, asegura los objetos o instrumentos del delito, las huellas o vestigios que haya dejado su perpetración, y busca la posible responsabilidad penal de quienes hubiesen intervenido en su comisión.

B) El inicio de la Averiguación Previa

Una vez que se presenta la condición de procedibilidad, estamos en aptitud de iniciar los primeros actos procedimentales. Estos entran en lo que el código federal denomina *averiguación previa*.

La averiguación previa se inicia con una resolución de apertura de la misma, también conocida como auto de *ad inquirendum* (providencia por la cual se ordenan averiguaciones), y supone que se ha satisfecho el requisito de procedibilidad correspondiente.

Respecto de la existencia de la averiguación previa en la forma legal como está estructurada en México es decir, en manos del Ministerio Público, ésta ha dado lugar a dos posiciones diametralmente opuestas. Por un lado, tenemos a quienes han considerado -como nosotros- que se trata de un raro fenómeno con carta de naturalización en el derecho procesal mexicano, conocido a partir de la legislación secundaria posterior a 1917.

Dentro de la primera postura, que no acepta fundamentación constitucional para esta estructura de la averiguación previa, contamos con uno de los procesalistas destacados en México: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

En contrapartida hay tratadistas de importancia, como Sergio García Ramírez, quien ha defendido en todos los órdenes a la averiguación previa, inclusive la ha justificado.

Independientemente de las bondades que pueda tener la averiguación previa, lo cierto es que está desarrollada en nuestro *derecho secundario* y que, por lo tanto, debe ser objeto de estudio.

"El período de la averiguación previa ha recibido diversos nombres, y para ello se ha considerado su naturaleza jurídica, o las especiales concepciones de sus autores. Así, se le llama también *instrucción administrativa* (García Ramírez), *preparación de la acción* (Rivera Silva), *preproceso* (González Bustamante), *averiguación Fase A* (códigos poblano y yucateco), *fase indagatoria* (Briseño Sierra), *procedimiento preparatorio gubernativo* (Alcalá-Zamora). En otros lugares se le ha conocido también como indagación preliminar, o prevención

FALLA DE ORIGEN

policial". (26)

El ilustre abogado Eduardo Pallares, señala que por averiguación previa debe entenderse "El conjunto de actividades que desempeña el Ministerio Público, para reunir los presupuestos y requisitos de procedibilidad necesarios para ejercitar la acción penal. Es una etapa procedimental (no del proceso) que antecede a la consignación a los tribunales, llamada también fase preprocesal, que tiene por objeto investigar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculcado, para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal". (27)

C) Las Diligencias básicas

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 la Acción Penal;

II. El de Instrucción, que comprende las diligencias

- (26) BRITSENO SIERRA, Humberto. Criminalia. Revista de Ciencias Penales No. 8, 31 de agosto de 1960. p. 321.
 (27) PALLARES, Eduardo. Prontuario de procedimientos penales. 7a. Edición. Porrúa. México, 1993. p. 39

practicadas por los Tribunales con el fin de investigar la existencia de los delitos, las circunstancias en que hubieren sido cometidos y la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculpados;

III. El de Juicio, durante el cual el Ministerio Público precisa su acusación y el acusado su defensa, ante los Tribunales, y éstos valoran las pruebas y pronuncian sentencias definitivas; y

IV. El de Ejecución, que comprende desde el momento en que causa ejecutoria la sentencia de los Tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas.

De los cuatro periodos, a los fines de este trabajo, interesa el primero, relativo a la Averiguación Previa, mismo que a continuación detallo.

Antes del ejercicio de la acción penal se procede a la preparación de la misma; este periodo se llama de averiguación previa y tiene por objeto llevar los requisitos del artículo 16 constitucional para el ejercicio de la acción penal. El desarrollo de este periodo corresponde al Ministerio Público.

La actividad investigadora primera fase de la

persecutoria recibe, en ocasiones, el nombre de diligencias de Policía Judicial.

Ahora bien, el hecho de que las leyes hagan referencias a esa clase de diligencias, no significa, en modo alguno, que la Policía Judicial, sea un órgano investigador, con facultad de practicar diligencias, con independencia del Ministerio Público. El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no crea dos instituciones autónomas entre sí, ni siquiera vinculadas por relaciones de coordinaciones, sino por el contrario, dos instituciones (Ministerio Público y Policía Judicial), claramente subordinada la segunda a la primera. Las diligencias de Policía Judicial no son otra cosa que las diligencias de averiguación previa y las practicadas, en su caso, por individuos pertenecientes a la Policía Judicial, solamente serán válidas si son dirigidas por el Ministerio Público. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto al respecto que no es exacto que las diligencias practicadas por la Policía Judicial carezcan de validez, porque cuando el Ministerio Público actúa en su carácter de autoridad y jefe de la Policía Judicial, el juez puede atribuir eficacia plena probatoria a las diligencias que aquel practique, sin incurrir en violación al artículo 21 constitucional.

La averiguación previa se inicia:

- I. De oficio;
- II. Por denuncia;
- III. Por querrela;

I. Iniciación de oficio. Por proceder de oficio se entiende proceder oficiosamente; es decir, en razón de la propia autoridad de que está investido el Ministerio Público de acuerdo con el artículo 21 constitucional.

Este principio, denominado de la oficiosidad, reconoce dos excepciones. 1o. Cuando se trate de delitos en los que solamente se puede proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha formulado; y 2o. Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha cumplido.

La iniciación de oficio, autorizada por los artículos 113 del Código Federal de Procedimientos Penales y 262 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es violatoria del artículo 16 de la Constitución, toda vez que, de acuerdo con este precepto legal, el periodo que hemos llamado de preparación de la acción, solamente puede ser iniciado previa denuncia, acusación o querrela.

II. Iniciación por denuncia. La denuncia es la relación de hechos constitutivos de posibles delitos,

formulada ante el Ministerio Público. El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice: "no podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que proceda denuncia, acusación o querrela..." Se ha entendido que, de acuerdo con el precepto constitucional transcrito, el periodo de averiguación previa solamente puede iniciarse previa presentación ante el Ministerio Público de denuncia, acusación o querrela y que, por lo tanto dicho precepto prohíbe implícitamente la realización de pesquisas (investigaciones o averiguaciones) en consecuencia, todas las autoridades que ejecuten funciones de Policía Judicial se abstendrán de indagar respecto de la comisión de delitos en general y solamente procederán aquellos que les han sido denunciados o querrelados.

La denuncia, ¿es potestativa u obligatoria? los artículos 116 y 117 del Código Federal de Procedimientos Penales, establecen, desde luego, la obligación de denunciar, por parte de los particulares y de los funcionarios públicos, por el contrario, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no hace referencia alguna a dicha obligación. Sin embargo, si observamos que ni aún en el primero de los citados Códigos, se conmina con pena alguna el incumplimiento de la obligación de denunciar, llegaremos a la conclusión de que, en realidad, ésta no existe. Obligación sin sanción es una

contradicción en si misma. Por otra parte, la omisión de la denuncia no puede ser constitutiva del delito de encubrimiento, como se sostiene por algún sector de la opinión jurídica, puesto que, de acuerdo con la doctrina más autorizada, los actos de favorecimiento han de ser positivos:

III. Iniciación por querrela. La querrela es, como la denuncia, la relación de hechos constitutivos de delito, formulada ante el Ministerio Público por el ofendido o por su representante, pero expresando la voluntad de que se persiga.

Los delitos perseguibles únicamente por querrela son, según el Código Penal para el Distrito Federal, los siguientes: daño en propiedad ajena imprudencial (artículo 62), peligro de contagio entre cónyuges (artículo 199 bis), estrupo (artículo 263), raptó (artículo 271), adulterio (artículo 274), abandono de cónyuge (artículo 337), golpes y violencias físicas simples (artículo 346), injurias, difamación y calumnia (artículo 360), robo o fraude cometido entre ascendientes y descendientes, siendo ajeno a este parentesco (artículo 377 y 390), robo o fraude contra cónyuges, suegro y yerno o nuera, entre padrastro e hijastro, o entre hermanos (artículos 378 y 390) y abuso de confianza.

La reforma hecha al Código Penal citado, por Decreto

del 16 de febrero de 1971, publicado en el Diario Oficial de 1ª de marzo del propio año, en vigor sesenta días después, introdujo hondas modificaciones con relación a la persecución de los delitos culposos cometidos con motivo del tránsito de vehículos, los cuales se perseguirán por querrela de parte en los siguientes casos: a) cuando se cause únicamente daño en propiedad ajena, cualquiera que sea su valor; b) cuando se causen lesiones de las comprendidas en los artículos 289 y 290 del Código Penal; y c) cuando se causen ambos resultados, de daño en propiedad ajena y lesiones de las mencionadas. En todo caso, la perseguibilidad por querrela está condicionada a que el sujeto no se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes u otras substancias que produzcan efectos similares. Es incuestionable que si el delito culposo causa lesiones de mayor gravedad que el delito de homicidio especificadas en los artículos 289 y 290 del Código Penal, se perseguirá de oficio. También se sigue persiguiendo de oficio el delito cometido en el sistema ferroviario, de transportes eléctricos, en navíos, aeronaves o en cualquier transporte de servicio público federal.

La querrela es exigida a las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y de Gobernación, para el ejercicio de la acción penal por delitos fiscales y migratorios, por los artículos 43 del Código Fiscal de la Federación y 123 de la Ley General de Población, respectivamente.

La querrela puede ser formulada, indistintamente tanto por el ofendido como por sus representantes, ya sean legales o contractuales. Con relación a estos últimos, es decir, a los apoderados, se ha discutido la calidad del poder que deben tener, sin embargo, la reforma hecha al artículo 120 del Código Federal de Procedimientos Penales, con fecha 2 de enero de 1965, publicada en el Diario Oficial de 13 del propio mes y año, ha resuelto que "las querellas formuladas por personas morales se admitirán cuando el apoderado tenga un poder general para pleitos y cobranzas, con cláusula especial para formular querellas, sin que sea necesario acuerdo o ratificación del Consejo de Administración o de Asamblea de Socios o de Accionistas, poder especial para el caso determinado, ni instrucciones concretas al mandante".

Criterio análogo inspiró, sin duda alguna, la reforma hecha al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal por Decreto de 8 de Noviembre de 1965, en los siguientes términos: "Se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de la querrela necesaria, a toda persona que haya sufrido algún perjuicio con motivo del delito, y, tratándose de incapaces, a los ascendientes y, la falta de éstos, a los hermanos o los que representen a aquellos legalmente. Las querellas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por apoderados que tengan poder general para pleitos y cobranzas con cláusula

FALLA DE ORIGEN

especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del Consejo de Administración o de la Asamblea de Socios o de Accionistas ni poder especial para el caso concreto. Para las querellas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de rapto, estupro, o adulterio, en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero de este artículo"

La segunda parte del artículo 264, en su redacción anterior a la reforma, disponía que "si a nombre de la persona ofendida comparecía alguna otra, bastaba para obtener por legalmente formulada la querella, que no hubiera oposición de la persona ofendida". La interpretación de este artículo llevaba a la conclusión de que, de una parte, para tener por formulada legalmente la querella, era necesario que el ofendido la conociera y no se opusiera a ella, y de otra parte, la oposición del ofendido, aunque fuera incapaz, vedaba tenerla por formulada, pensamos ahora que la reforma de 1965, salva el problema apuntado. Como el nuevo artículo no alude a la hipótesis de que a nombre del ofendido comparezca otra persona hay que entender que solamente es aceptable la querella formulada por alguno de los sujetos a quien dicho precepto reputa ofendido, y que la oposición del incapaz, directamente ofendido, a la querella formulada por su ascendiente, hermano o representante legal,

es ineficaz.

El Código Penal extiende el derecho de querrela en dos casos excepcionales:

1o. En caso de rapto, en que puede querrellarse el marido de la raptada que fuere casada; y

2o. En caso de injuria, difamación o calumnia hecha en ofensa de un difunto con posterioridad a su fallecimiento, en que pueden querrellarse el cónyuge, los ascendientes, los descendientes o los hermanos.

La existencia de la querrela no se condiciona al empleo sacramental de la palabra. La Suprema Corte ha resuelto que "cuando la ley exige la querrela para persecución de un delito, basta, para que aquella exista, que el ofendido ocurra ante una autoridad competente, puntualizando los hechos en que se hace consistir el delito". (Apéndice del Seminario Judicial de la Federación, Segunda parte.--Tesis 257).

Como una modalidad especial de la querrela existe la llamada excitativa, es decir, la querrela formulada por representante de un país extranjero para que se persiga los responsables del delito de injurias proferidas en contra del

país que representa, o en contra de sus agentes diplomáticos (artículo 360, fracción II del Código Penal Federal). La excitativa se ha formulado, obviamente, por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, que es órgano de relación internacional, para que éste la transmita al Procurador General de la República. (Sujetos activos de la querrela. Comprobación de la personalidad del querellante).

La denuncia, la querrela y la excitativa en su caso, provocan la actividad del órgano persecutorio, el cual debe iniciar el período de preparación de la acción legal, con el objeto de ejercitarla, en el supuesto de que mediante la oportuna averiguación llegue a reunir los elementos exigidos por el artículo 16 constitucional.

Las diligencias de averiguación previa deben enderezarse, en primer término a comprobar la existencia de elementos exigidos por el artículo 16 de la Constitución para el ejercicio de la acción penal, y, en segundo lugar, a comprobar el cuerpo del delito, tal como lo exige el artículo 19 de la propia Ley fundamental. Es cierto que la comprobación del cuerpo del delito es materia del auto de formal prisión, pero no es menos que los elementos para comprobarlo deben ser aportados por el Ministerio Público, que es a quien corresponde la iniciativa procesal. El Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 168 dispone que "el funcionario de Policía Judicial y el

tribunal en su caso, deberán procurar ante todo que se compruebe el cuerpo del delito como base del procedimiento penal". Si el Ministerio Público, al ejercitar la acción, aporta, además de los elementos exigidos por el artículo 16 constitucional, los del 19 ahorrará la práctica de diligencias durante el período de preparación del proceso.

El Ministerio Público realizará, pues, la función investigadora que le compete, mediante la práctica de las diligencias que sean necesarias, de una parte, para la comprobación de los elementos constitutivos del delito, contenidos en la definición legal, y, de otra, averiguar quienes sean los responsables.

Las mencionadas diligencias, son de dos clases:

a) Obligatorias, señaladas en la ley para la comprobación de toda clase de delitos o para algunos determinados en particular; y

b) Discrecionales, que sin estar expresamente señaladas en la ley, sean necesarias lógicamente para la comprobación de los elementos del delito.

Las diligencias de carácter obligatorio para toda clase de delitos, están mencionadas en los artículos 94 a 103 del Código de Procedimientos Penales común y 123 del Código

Federal de Procedimientos Penales. En síntesis, dichas diligencias consisten, en su conjunto, como reza el artículo 265 del código citado en primer término, en "dar fé de las personas y de las cosas a quienes hubiere afectado el acto delictuoso". Dar fé es tanto como establecer de una manera auténtica, la existencia de personas, lugares y cosas y describir las características que presentan y el estado que guardan. Las daciones de fé, tan usuales entre nosotros, son, en definitiva, diligencias de inspección ocular.

Las diligencias obligatorias para la comprobación de determinados delitos en particular están previstas tanto en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal como en el Código Federal de Procedimientos Penales, se refieren al homicidio (artículos 105 a 108 del Código Federal de Procedimientos Penales), aborto e infanticidio (artículos 112 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 173 del Código Federal de Procedimientos Penales), falsedad o falsificación (artículo 118 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal), y robo (artículos 114 y 115 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 174 y 185 del Código Federal de Procedimientos Penales).

Por último, las diligencias discrecionales son todas aquellas que, a juicio de quien las practique, sean necesarias para lograr los extremos a que anteriormente nos

hemos referido.

Para la práctica de la averiguación previa, el Ministerio Público se sujetará a las formalidades exigidas por las normas que regulan la prueba. Sin embargo, pese a la sistemática seguida por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que incluye los medios de prueba como disposiciones comunes a las diligencias de Policía Judicial e instrucción (Sección Primera del Título Segundo), las facultades del órgano jurisdiccional, son más extensas que las del Ministerio Público.

En la averiguación previa debería operar, con mayor razón que en la instrucción, el principio de la concentración de los actos. Con el objeto de lograr la mayor eficacia con la menor actividad, pues, según se ha dicho con verdad, cada minuto que pasa es la verdad que huye, el conjunto de actos investigatorios debería ser reducido a la unidad. Este principio de concentración, olvidado por el Ministerio Público, que se burocratiza, no lo ha sido por la Ley. Los artículos 121 y 165 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, disponen que para la comprobación de los delitos que requieran conocimientos especiales se utilizarán asociadas las pruebas de inspección ocular y de peritos, y que el Ministerio Público procurará que los que hayan presenciado el delito declaren, si es posible, en el mismo lugar de los hechos,

FALLA DE ORIGEN

respectivamente.

La tramitación de la averiguación previa no está sujeta a término alguno, pero entendemos que en aquellos casos en que hubiere detenido, el ejercicio de la acción penal debe ser inmediato a la aprehensión, toda vez que el artículo 16 constitucional, manda que todo detenido que lo haya sido sin orden judicial, en los casos autorizados por el citado precepto, debe ser puesto inmediatamente a disposición de la misma. Diligencias del período de preparación del ejercicio de la acción.

La libertad provisional administrativa, es decir la concedida por el Ministerio Público, durante el período de preparación del ejercicio de la acción penal, fué admitida, por vez primera en México, por el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, cuyo artículo 154 reza: "En las averiguaciones que se practiquen por delitos de culpa ocasionados por el tránsito de vehículos, siempre que no concurren abandono de atropellados y otro delito de carácter doloso, y el responsable se presente voluntariamente y en forma inmediata al Ministerio Público, ésta tendrá facultad, bajo su más estricta responsabilidad, de conceder la libertad del detenido, previo depósito de efectivo con arreglo a lo dispuesto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este caso, al consignar a la autoridad

judicial, se prevendrá al consignado para que comparezca ante ésta dentro de las veinticuatro horas siguientes a aquella en que el Ministerio Público haga la consignación. Si no comparezca dentro de dicho término, el juez revocará la libertad, ordenará la detención del consignado y hará efectiva la "garantía". La Ley Orgánica del Ministerio Público del Estado de Morelos, reglamenta la citada libertad administrativa, en términos análogos, como facultad del Procurador General de Justicia.

"La Reforma hecha al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal por el decreto de 18 de febrero de 1971, publicado en el Diario Oficial de 19 de marzo del propio año, dispuso que en las averiguaciones que se practiquen por delitos de imprudencia ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, siempre que no abandone a quien hubiere resultado lesionado, no procederá la detención del presunto responsable. Si éste garantiza suficientemente ante el Ministerio Público el no sustraerse a la acción de la justicia y, en su caso, el pago de la reparación del daño. (artículo 271, párrafo tercero)". (28)

La adición hecha al artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales, publicada en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1976, en vigor quince días después de su

(28) PEREZ PALMA, Rafael. Fundamentos Constitucionales del procedimiento penal. 9a. Edición. Harla. México, 1992, p.281

judicial, se prevendrá al consignado para que comparezca ante ésta dentro de las veinticuatro horas siguientes a aquella en que el Ministerio Público haga la consignación. Si no comparece dentro de dicho término, el juez revocará la libertad, ordenará la detención del consignado y hará efectiva la "garantía". La Ley Orgánica del Ministerio Público del Estado de Morelos, reglamenta la citada libertad administrativa, en términos análogos, como facultad del Procurador General de Justicia.

"La Reforma hecha al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal por el decreto de 18 de febrero de 1971, publicado en el Diario Oficial de 19 de marzo del propio año, dispuso que en las averiguaciones que se practiquen por delitos de imprudencia ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, siempre que no abandone a quien hubiere resultado lesionado, no procederá la detención del presunto responsable. Si éste garantiza suficientemente ante el Ministerio Público el no sustraerse a la acción de la justicia y, en su caso, el pago de la reparación del daño. (artículo 271, párrafo tercero)". (28)

La adición hecha al artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales, publicada en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1976, en vigor quince días después de su

(28) PEREZ PALMA, Rafael. Fundamentos Constitucionales del procedimiento penal. 9a. Edición. Haria. México, 1992, p.281

publicación establece que, "en las averiguaciones previas que se practiquen por delitos de imprudencia, ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, que se sancionen con pena privativa de la libertad cuyo término medio aritmético no exceda de cinco años de prisión, el indicado será puesto en libertad, siempre que no hubiere incurrido en el delito de abandono de persona y garantice mediante caución suficiente que fije el Ministerio Público, no sustraerse a la acción de la justicia, así como el pago de la reparación del daño". (29)

Tanto en el fuero común como en el federal, la libertad administrativa se concede únicamente a los sujetos de delito culposo. De aquí que la concurrencia de otro doloso, excluye la concesión de tal beneficio. Libertad administrativa.

En resumen, podemos afirmar de manera categórica que el Ministerio Público debe agotar la averiguación previa, y en consecuencia, practicar todas aquellas diligencias que sean necesarias para reunir los requisitos del artículo 16 constitucional. Ahora bien, la averiguación puede derivar hacia dos situaciones diferentes: a) que no se reúnan dichos elementos; y b) que se reúnan.

El caso de que las diligencias practicadas por el

(29) Ibidem. p. 282

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Ministerio Público no reúnan los requisitos del artículo 16 constitucional, puede subdividirse en otros dos: 1o. Que esté agotada la averiguación, en cuyo caso el Ministerio Público decretará el archivo, es decir, el no ejercicio de la acción penal; y 2o. Que no esté agotada la averiguación, en cuyo caso el Ministerio Público deberá archivar las diligencias provisionalmente, en tanto desaparece la dificultad material que impidió llevarlas a cabo.

En el segundo caso, pueden presentarse, a su vez, otras dos situaciones: que se encuentre detenido el responsable y que no se encuentre. Si se encuentra detenido, el Ministerio Público deberá consignarle dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención, en los términos de la fracción XVIII in fine del artículo 107 constitucional, toda vez que el vocablo aprehensión que contiene dicho precepto, debe tomarse no en sentido rigurosamente procesal (acto jurisdiccional de privación de libertad), sino genéricamente. Y si no se encuentra detenido, consignará solicitando orden de aprehensión. En los casos en que el delito por el cual se consigna tenga señalada únicamente una sanción no corporal o una alternativa que incluya alguna no corporal, el Ministerio Público se limitará en la consignación a solicitar que el juez cite al inculcado para que comparezca ante él.

El mencionado Código de Procedimientos penales para el

Distrito Federal, faculta al Ministerio Público para que investigue hasta dejar comprobados los requisitos mencionados. Esta norma no otorga al juez facultades propiamente investigadoras ni persecutorias, ya que no le concede iniciativa alguna, limitando su función a la práctica de las diligencias que le pida al Ministerio Público, pero convierte al órgano jurisdiccional en auxiliar del órgano persecutorio, lo cual, además de desnaturalizar la función de ambos, mengua la independencia funcional del primero. Para despojar al procedimiento del carácter híbrido que le da el referido artículo 4o. que contraría al texto del artículo 21 Constitucional, que señala como función exclusiva del juez la de aplicar penas, es decir, la de actualizar la pretensión punitiva, el Ministerio Público no deberá solicitar del juez, durante la averiguación previa, más diligencias que aquellas que, por imperio de la Constitución o de las Leyes secundarias solamente puedan ser practicadas por la autoridad judicial, ejemplo: careos (artículos 44 del Código de Comercio) careos (Artículos 225 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 265 del Código Federal de Procedimientos) careo (artículo 16 Constitucional) y de los artículos terceros son confrontaciones.

"El Ministerio Público, una vez que ha ejercitado la acción penal, se convierte de autoridad en parte, y por ende, extinguido el período de preparación del ejercicio de

dicha acción carece de facultades de investigación. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que después de la consignación que el Ministerio Público hace a la autoridad judicial, termina la averiguación previa y el Ministerio Público no debe seguir practicando diligencias de las cuales no tendrá conocimiento el juez hasta que les sean remitidas después de la consignación y es inadmisibile que, al mismo tiempo, se sigan dos procedimientos uno ante el juez de la causa y otra ante el Ministerio Público. En consecuencia, las diligencias practicadas por el Ministerio Público, y remitidas al juez con posterioridad a la consignación, no pueden tener valor alguno, ya que proceden de parte interesada, como lo es el Ministerio Público, y que esa institución sólo puede practicar válidamente diligencias de averiguación previa". (30)

La conversión del Ministerio Público de autoridad en parte, la veda igualmente ejercitar acción penal, sin averiguación previa, contra personas cuya responsabilidad se acredite en el curso de un proceso (contrariamente a lo dispuesto por el artículo 29 fracción II de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal) o ampliar el ejercicio de la ya ejercitada.

El artículo 286 del Código de Procedimientos Penales,

(30) GONZALEZ BLANCO, Alberto. El procedimiento penal mexicano. 17a. Edición. Porrúa. México, 1992. p.322

para el Distrito Federal otorga el valor probatorio pleno a las diligencias practicadas por el Ministerio Público y la Policía Judicial. Sin embargo, hay que entender que el precepto legal citado establece no la plena probanza material de las diligencias de averiguación previa, sino únicamente la probanza formal, ya que la valoración de la prueba, queda en última instancia, confiada al juez, quien forzosamente apreciará las pruebas en su conjunto y muchas veces las diligencias practicadas por el Ministerio Público estarán contradichas por las llevadas a cabo durante la instrucción. Por otra parte, las diligencias practicadas por la Policía Judicial solamente tendrán esa validez formal en el caso en que aquella haya actuado bajo la dependencia funcional del Ministerio Público y no de propia iniciativa. (ejercicio de la acción penal. Conversión del Ministerio Público de autoridad en parte).

El ejercicio de la acción penal puede estar condicionado a la resolución de una cuestión prejudicial. La palabra prejudicial del latín *prae iuridium* significa lo que precede al juicio. Sin embargo, cuando menos por lo que respecta a nuestra legislación, no todas las cuestiones conocidas con este nombre, preceden al juicio, pues algunas preceden al ejercicio de la acción. Vamos a examinarlas en particular:

El artículo 112 del Código Penal para el Distrito

Federal, dispone que para deducir una acción penal, la ley exige, previa declaración de alguna autoridad, las gestiones que a ese fin de practique, antes del término señalado en el artículo precedente, interrumpen la prescripción (mejor debería decir del término de la prescripción). La declaración de la autoridad, a que se hace referencia el invocado precepto legal, puede provenir de autoridad judicial, civil o administrativa.

El artículo 359 del Código Penal para el Distrito Federal establece que "cuando haya pendiente un juicio en averiguación de un delito imputado a alguien calumniosamente se suspenderá el ejercicio de la acción de calumnia hasta que dicho juicio termine". Constituye pues, otra hipótesis de cuestión prejudicial al ejercicio de la sesión; y

La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos establece, en su Artículo 3, una clara cuestión prejudicial, pues dispone que, para proceder contra los responsables de los delitos de quiebra fraudulenta o culpable, se necesita que el juez competente, que es naturalmente, el de lo concursal, haya hecho la declaración de quiebra o de suspensión de pagos a cuyo efecto aquel, una vez hecha, la comunicará al Ministerio Público.

La declaración de quiebra hecha por el juez de lo

concurral no obliga al Ministerio Público a ejercitar la acción penal por quiebra culpable o fraudulenta. Obligarle sería tanto como restringirle la facultad plena, que le otorga el artículo 21 constitucional para la persecución de los delitos.

No encontramos, en cambio, en la legislación mexicana, cuestiones prejudiciales al juicio, o sean las propiamente prejudiciales. El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no hace alusión alguna al respecto. El Código Federal de Procedimientos Penales, dice en su artículo 151: "Cuando en un asunto penal sea necesario comprobar un derecho civil, se hará esto por cualquier medio de prueba en el curso de la instrucción. La resolución dictada en el procedimiento penal no servirá de base para el ejercicio de las acciones civiles que del derecho expresado puedan originarse".

Este precepto, lleva a la supresión de toda cuestión prejudicial civil. Es en el curso de la instrucción, y por los medios de pruebas admisibles en ésta, donde se probará la existencia del derecho civil que pueda influir en la decisión dictada por la jurisdicción penal.

Las cuestiones prejudiciales no deben ser confundidas con los obstáculos procesales, que son las causas posteriores al ejercicio de la acción penal. Los obstáculos

procesales son, en nuestro derecho, las causas de suspensión del procedimiento, enumeradas en los artículos 477 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 488 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Como se ve el trámite de la averiguación previa está perfectamente regulado en la Ley y es una actividad que corresponde exclusivamente al agente investigador del Ministerio Público, quien tiene bajo su mando inmediato a la Policía Judicial que coadyuva con él en la tarea investigadora tendiente, como ya vimos a reunir los elementos del artículo 16 constitucional para que proceda el ejercicio de la acción penal persecutoria.

D) El cuerpo del delito y la probable responsabilidad

Antes de emitir mi punto de vista, quiero hacer un esbozo histórico para ver como ha evolucionado el concepto en el medio mexicano.

El Código de Procedimientos Penales de 1894 indicaba: "Todos los delitos que por este Código no tengan señalada una prueba especial, se justificarán comprobando todos los elementos que los constituyen, según la clasificación que de ellos haga el Código Penal, teniendo siempre presente lo dispuesto por éste en su artículo 9o. (artículo 104).

El artículo 9o. del Código Penal de 1871, establecía lo

siguiente: "Siempre que a un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo; a no ser que se averigüe lo contrario, o que la ley exija la intención dolosa para que haya delito".

Los redactores del Código de Procedimientos Penales de 1894, identificaban el delito con el cuerpo del delito. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, pretendiendo aclarar la confusión, sentó jurisprudencia, declarando que: por cuerpo del delito debe entenderse "el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo.

El Código de Procedimientos Penales, vigente en el Distrito Federal, siguiendo el criterio de la Suprema Corte, establece: "Cuando el delito deje vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Ministerio Público o el agente de la Policía Judicial lo hará constar en el acta que levante, recogidos si fuera posible" (art. 94).

En reciente reforma al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se rectificó el ancestral error que había venido privando en torno a que el cuerpo de los delitos que no tuviera señalada prueba especial se justificaba con la comprobación de los "elementos materiales". El texto actual, del precepto en cuestión, dice a la letra: "El cuerpo del delito se tendrá

por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictivo, según lo determina la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso a las reglas especiales que para dicho efecto previene este código.

De igual manera se llevó a cabo la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales en el artículo 168, cuyo texto es idéntico al antes transcrito.

Es loable que al referirse la legislación a tema tan importante haya llevado a cabo una rectificación que, sin duda alguna, facilita el mejor entendimiento del concepto Cuerpo del Delito, independientemente de que aún con la reforma sigan existiendo las llamadas "reglas especiales" que, como más adelante veremos, crean un casuismo además de aterrador, innecesario.

Del contenido de ambos preceptos, desprendemos con claridad que el cuerpo del delito son los elementos integrantes de la conducta o hecho delictivo; en consecuencia, para ese fin será necesario determinar si está comprobado el injusto punible, lo cual corresponderá a lo objetivo, subjetivo y normativo, de acuerdo con la descripción legal de cada tipo de los previstos por el legislador en el Código Penal u otras leyes.

De lo expuesto concluimos que el tipo penal puede tener como contenido, según el caso:

- a) Lo meramente objetivo;
- b) Lo objetivo y normativo;
- c) Lo objetivo, lo normativo y lo subjetivo;
- d) Lo objetivo y subjetivo.

En consecuencia, el cuerpo del delito se da cuando hay tipicidad, según el contenido de cada tipo; de tal manera que, el cuerpo del delito corresponderá, atendiendo a la situación concreta; a lo objetivo; a lo subjetivo normativo; a lo objetivo, normativo y subjetivo; o bien, a lo objetivo y subjetivo.

"Para demostrar lo anterior, basta pensar respectivamente en el delito de homicidio (objetivo); en el delito de estupro (objetivo y normativo); en el delito de robo (objetivo, normativo, subjetivo), y por último, en el delito de atentados al pudor (objetivo y subjetivo)".

En resumen, se puede afirmar: el cuerpo del delito corresponde, en la mayoría de los casos, a lo que generalmente se admite como tipo, y en casos menos generales, a los que corresponde como figura delictiva, o sea: "el total delito" (robo, abuso de confianza, fraude,

allanamiento de morada, etc.).

Tomando en cuenta que la legislación mexicana se refiere a integración y comprobación del cuerpo del delito, es importante hacer notar que, con ello, alude a dos aspectos, frecuentemente confundidos en la práctica, y que en relación con el tema a estudio conduce a errores.

Integrar, significa componer un todo con sus partes; en cambio, comprobar es evidenciar una cosa cotejándola con otra, repitiendo las demostraciones que la prueban y acreditan como cierta.

La comprobación del cuerpo del delito implica una actividad racional, consistente en determinar si la conducta o hecho se adecúa a la hipótesis de la norma penal que establece el tipo.

FALLA DE ORIGEN

CAPITULO IV

LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO

En nuestro sistema, conforme al artículo 21 de nuestro código fundamental, el ejercicio de la acción penal se le encomienda a un órgano del Estado denominado Ministerio Público.

En efecto, así lo establece el principio de la oficialidad, que consiste en que el ejercicio de la acción penal debe darse siempre a un órgano del Estado. De la misma forma actúa el principio de la publicidad, ya que al cometerse un delito, se lesiona con ello a la sociedad y, por ende, al interés público, razón por la cual debe ser un órgano del Estado el encargado de velar por los intereses de ésta, reprimiendo el delito a través de un órgano instituido para tal efecto, que, como ya habíamos dicho, es el Ministerio Público.

A continuación, y a efecto de tener un mejor panorama de lo expuesto hablaré de las resoluciones del Ministerio Público.

A) La prescripción

Como sabemos, la prescripción extingue las obligaciones

y la posibilidad de ejercer cualquier derecho en contra del obligado, por el simple transcurso del tiempo.

Ahora bien, en lo que al derecho penal se refiere podemos asegurar que por la prescripción se extinguen la acción penal y las sanciones conforme a las bases siguientes:

La prescripción es personal y para ella bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley. La prescripción producirá su efecto, aunque no la alegue como excepción el acusado. Los jueces la aplicarán de oficio en todo caso, tan luego como tengan conocimiento de ella, sea cual fuere el estado del proceso. Los términos para la prescripción de la acción penal serán continuos y se contarán desde el día en que se cometió el delito, si fuere consumado; desde que cesó, si fuere continuo o desde el día en que hubiera realizado el último acto de ejecución, si se tratare de tentativa. Los términos para la prescripción de las sanciones serán igualmente continuos y correrán desde el día siguiente, a aquel en que el condenado se substraiga a la acción de la autoridad, si las sanciones son corporales, y si no los son, desde la fecha de la sentencia ejecutoria. La acción penal prescribe en un año, si el delito sólo mereciera multa. Si el delito mereciere, además de esta sanción, la corporal, o fuere alternativa, se atenderá en todo caso a la prescripción de la pena corporal, y lo mismo

se observará cuando corresponda alguna otra sanción accesoria. La acción penal prescribirá en un plazo igual al tiempo de la sanción corporal que corresponda al delito, pero en ningún caso bajará de tres años. Si el delito sólo mereciese destitución, suspensión, privación de derechos o inhabilitación, la prescripción se consumará en el término de dos años.

La acción penal que nazca de un delito, sea o no continuo, que sólo puede perseguirse por queja de parte, prescribirá en un año, contado desde el día en que la parte ofendida tenga conocimiento del delito y del delincuente, y en tres, independientemente de esta circunstancia. Pero si llenado el requisito inicial de la querrela, ya se hubiese deducido la acción ante los tribunales, se observarán las reglas señaladas por la ley para los delitos que se persiguen de oficio.

En los casos de concurso de delitos, las acciones penales que de ellos resulten, prescribirán cuando prescriba la del delito que merezca pena mayor.

Cuando para ejercitar o continuar la acción penal sea necesaria una resolución previa de autoridad jurisdiccional, la prescripción comenzará a correr desde que se dicte la sentencia irrevocable.

La prescripción de las acciones se interrumpirá por las actuaciones que se practiquen en averiguación del delito y de los delincuentes, aunque por ignorarse quiénes sean éstos no se practiquen las diligencias contra persona determinada.

Si se dejare de actuar, la prescripción empezará a correr de nuevo desde el día siguiente al de la última diligencia.

La prescripción de las acciones se interrumpirá también por el requerimiento de auxilio en la investigación del delito o del delincuente, por las diligencias que se practiquen para obtener la extradición internacional, y por el requerimiento de entrega del inculcado que formalmente haga el Ministerio Público de una entidad federativa al de otra donde aquél se refugia, se localice o se encuentre detenido por el mismo o por otro delito. En el primer caso también causarán la interrupción las actuaciones que practique la autoridad requerida y en el segundo subsistirá la interrupción hasta en tanto la autoridad requerida niegue la entrega o en tanto desaparezca la situación legal del detenido, que dé motivo al aplazamiento de su entrega.

La interrupción de la prescripción de la acción penal, sólo podrá ampliar hasta una mitad los plazos señalados en los artículos 105, 106 y 107 de este Código.

Las prevenciones contenidas en los dos primeros párrafos y en el primer caso del tercer párrafo del artículo anterior, no operarán cuando las actuaciones se practiquen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la prescripción.

Se exceptúa de la regla anterior el plazo que el artículo 107 fija para que se satisfaga la querrela u otro requisito equivalente.

Si para deducir una acción penal exigiere la ley previa declaración o resolución de alguna autoridad, las gestiones que con ese fin se practiquen, antes del término señalado en el artículo precedente, interrumpirán la prescripción.

Salvo que la ley disponga otra cosa, la pena privativa de libertad prescribirá en un tiempo igual al fijado en la condena y una cuarta parte más, pero no podrá ser inferior a tres años; la pena de multa prescribirá en un año; las demás sanciones prescribirán en un plazo igual al que deberían durar y una cuarta parte más, sin que pueda ser inferior a dos años; las que no tengan temporalidad, prescribirán en dos años. Los plazos serán contados a partir de la fecha en que cause ejecutoria la resolución.

Cuando el reo hubiere extinguido una una parte de su sanción, se necesitará para la prescripción tanto tiempo

como el que falte de la condena y una cuarta parte más, pero no podrá ser menor de un año.

La prescripción de la sanción privativa de libertad sólo se interrumpe aprehendiendo al reo, aunque la aprehensión se ejecute por otro delito diverso, o por la formal solicitud de entrega que el Ministerio Público de una entidad federativa haga al de otra en que aquél se encuentre detenido, en cuyo caso subsistirá la interrupción hasta en tanto la autoridad requerida niegue dicha entrega o desaparezca la situación legal del detenido que motive aplazar el cumplimiento de lo solicitado.

La prescripción de las demás sanciones se interrumpirá por cualquier acto de autoridad competente para hacerlas efectivas. También se interrumpirá la prescripción de la pena de reparación del daño o de otras de carácter pecuniario, por las promociones que el ofendido o persona a cuyo favor se haya decretado dicha reparación haga ante la autoridad fiscal correspondiente y por las actuaciones que esa autoridad realice para ejecutarlas, así como por el inicio de juicio ejecutivo ante autoridad civil usando como título la sentencia condenatoria correspondiente.

Lo anteriormente expuesto se regule de una manera precisa en los artículos 100 al 115 del Código Penal para el Distrito Federal.

B) La Reserva

El ejercicio de la acción penal, como hemos visto, corresponde al Ministerio Público; pero el hecho de que corresponda a éste su ejercicio, no lo faculta para decidir libremente de ella como si fuera un derecho de su propiedad. En estas condiciones, si el Ministerio Público no es dueño de la acción, tiene el deber ineludible de ejercitarla; no puede ni debe desistir de ella, pues priva el principio de legalidad, el cual consiste en que, cuando se verifique un hecho con apariencia delictiva, debe ejercitarse la acción penal, siempre que hayan llenado los requisitos materiales y procesales que se requieren para su ejercicio.

A este principio se le contraponen el de la oportunidad, según el cual no es suficiente que se verifiquen los presupuestos indispensables para su ejercicio, sino que es necesario que el órgano encargado considere conveniente su ejercicio, ya que puede abstenerse cuando vislumbre que el ejercicio de la acción pueda causar males mayores (escándalo público, peligro para la paz social, complicaciones internacionales, etcétera). Ahora bien, la reserva se da cuando de las diligencias practicadas por el Ministerio Público y las pruebas aportadas por el denunciante u ofendido no reúnen los elementos que acreditan tanto el cuerpo del delito como la presunta responsabilidad, como lo establecen los artículos 3o. 3bis, 4o. y 5o. del Código de Procedimientos penales para el D.F.

"La ex Unión Soviética ha adoptado el principio de oportunidad, en donde sólo se ejercitará la acción penal cuando se cometa una acción dañosa que pueda poner en peligro la estructura del Estado y cuando así convenga a los intereses del soviét supremo; de igual forma, cuando ocasione peligros a la causa de la revolución".(32)

También en los Estados totalitarios priva este principio, en donde el interés del Estado está por encima del interés particular; en tanto que en los países democráticos es norma de acción el principio de legalidad.

Para Lothar Schone "La voluntad del Führer domina y absorbe el régimen jurídico en el III Reich; el Führer declaró que en la hora de mayor peligro, era el único y supremo titular de la Justicia del Pueblo Alemán. Los tribunales alemanes deben interpretar la voluntad del Führer en la aplicación de las leyes. "Todo derecho dimana del Führer", dice Franck, y Gunther Kuchenhoff asienta la tesis de que el Führer, en su calidad de Juez Supremo, puede ejercitar la acción penal y el derecho de abolición en un proceso".(33)

(32) CASTELLANOS TENA, Fernando. El Ministerio Público en el Juicio de Amparo. 2a. edición. UNAM. México. 1993 p. 12

(33) FRANCO VILLA, José. El Ministerio Público, Procuraduría General de la República. Colección actualidad del Derecho. México. 1975. p. 37

Por lo anterior, resaltamos lo peligros de ese principio de oportunidad. Afortunadamente, México ha adoptado el principio de legalidad, con lo que se reconoce que la persecución de las acciones punibles es deber y obligación del Estado, por lo que, cuando el Ministerio Público se aparte de este principio, debe rechazársele porque dicho órgano tiene el ejercicio pero no la facultad de disponibilidad de la acción, aun antes de haberla intentado, mucho menos después que la ha puesto en movimiento.

Florian, con respecto a lo anterior, después de estudiar el derecho comparado y a los autores, dice:

“Creemos que sobre este punto conviene ser tradicionalistas y aceptar el principio de legalidad; la ley penal existe para fines de utilidad, y por ello se debe aplicar en todos los casos en que se haya cometido un delito. La determinación de cuándo una acción es dañosa o peligrosa (es decir, es delito) corresponde al legislador, y cuando éste haya expresado su convencimiento y establecido que aquélla sea delito, la acción penal debe de ejercitarse siempre. Al admitir el principio de oportunidad se substituye el convencimiento del legislador por el del Ministerio Público, que es por completo personal y por lo mismo expuesto a error, con lo que el fin de la defensa social puede frustrarse. Hay además que añadir a esto que

la función represiva se debilitaría con semejante criterio y podría dar lugar a graves injusticias".(34)

González Blanco, "al respecto, considera que el principio de legalidad debe prevalecer, porque el de oportunidad contraviene la integridad de la función represiva, y debe ejercitarse siempre la acción en todos los casos en que se cometa un delito y no subordinarse a ninguna conveniencia de la índole que sea; porque, así, se podría originar la impunidad de los delitos o prestarse a injusticias; además porque se implicaría una derogación del carácter público de la acción".(35)

"Carnelutti, al reconocer el monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Público, considera que no implica que el ejercicio de la acción esté regido por el principio de oportunidad en lugar del de legalidad".(36) La ley no se fía del Ministerio Público, y tal desconfianza tiene la ventaja de garantizar lo mejor posible el respeto de la legalidad. Su posición de parte pública le impone más bien deberes que poderes para la vigilancia del orden social. Por otra parte, el instituto de la gracia (amnistía, indulto, perdón legal) es una potestad que

(34) OSORIO Y NIFTO, César Augusto. La Averiguación Previa 8a. edición. Porrúa. México. 1988. p.182

(35) GONZALEZ BLANCO, Alberto. op. cit. p. 282

(36) CARNELUTTI, Francisco. Principios del Proceso Penal. 2a. edición. Europa-América. Buenos Aires. 1971. p. 137

corresponde al órgano supremo del Estado. En tal sentido, acordar al Ministerio Público el poder de obrar con discrecionalidad, equivale a conferirle también este instituto de la gracia o de perdón, pero no el de la reserva.

C) El no ejercicio de la acción penal

Tomando en cuenta el fin y el objeto de la acción penal, la doctrina le atribuye un carácter público; además, como la ejercita un órgano del Estado Ministerio Público y se sirva de la misma para la realización de la pretensión punitiva, se dice que es obligatorio su ejercicio; no debe quedar a su arbitrio, pues si se comitió el delito, será ineludible provocar la jurisdicción para que sea el órgano de ésta quien defina la situación jurídica, porque al Ministerio Público sólo se le encomienda su ejercicio y, al no hacerlo, rebasa sus funciones.

Nosotros consideramos respecto de lo anterior que, la acción penal es obligatoria, siempre y cuando haya razones fundadas para suponer que una persona es responsable de un delito (art. 16 constitucional); por eso es constante y a nadie extraña, que el Ministerio Público mande archivar el expediente formado en una averiguación, sin consignar el caso a un juez, cuando no encuentra méritos para hacerlo; con ello no hace "declaración del derecho".

FALLA DE ORIGEN

simplemente se abstiene de perseguir a una persona en contra de quien no existen elementos suficientes. Pues bien, lo mismo debe pensarse cuando de las diligencias practicadas aparecen satisfechos, por ejemplo, los requisitos de una legítima defensa: un maleante (o varios) se introduce a un domicilio ajeno, de noche, o se presenta en un comercio, ante testigos, hace violencia para obtener la entrega de bienes, el secuestro de una persona, el desahogo de pasiones sexuales, y el agredido (incluso a veces después de ser golpeado) hace uso de armas para defender su derecho, y lesiona o priva de la vida al o a los agresores; si al Ministerio Público se lo demuestran así todas las pruebas y sabe que de lo investigado no se desprenden elementos para considerar al sujeto autor de un delito, ¿será racional que le consigne y pida absurdamente su detención, la formal prisión, etc., por el tabú primitivo de que no debe declarar el derecho?

La realidad es que de lo practicado no existen datos para suponerle responsable de un delito, por eso se deben archivar las diligencias. Esto no se preconiza de casos dudosos, pero sí, con el criterio racional y humano de que tanto se habla al hacer aplicación de las leyes, para casos ciertos, de evidencia o de presunción en que resulte monstruoso seguir molestando, persiguiendo y perjudicando a quien fue víctima de un atraco y logró evitar que se consumara éste totalmente.

Ahondando un poco más en el tema cabría preguntarnos que no se aplican debidamente las disposiciones que se establecen en el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal que a la letra dice:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;

II.- Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate;

III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende;

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VI.- 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;

VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiera provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuera previsible.

Quando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69-Bis de este Código;

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; y

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X.- El resultado típico se produce por caso fortuito.

La acción penal es única, porque no hay una acción especial para cada delito, se utiliza por igual para toda conducta típica de que se trate.

Es indivisible debido a que produce efectos para todos los que toman parte en la concepción, preparación y ejecución de los delitos o para quienes les auxilian por concierto previo o posterior.

Como ejemplo para ilustrar lo aseverado está el caso del adulterio, se persigue a petición de parte agraviada; en consecuencia, tanto la formulación de la querrela como su desistimiento afectan a quienes han participado en la comisión del delito, ya sea en su perjuicio o en su beneficio.

No puede ser "trascendental"; sus efectos deben limitarse a la persona que cometió el delito y nunca a sus familiares o a terceros, como en forma absurda y contradictoria señala el artículo 10 del Código Penal para el Distrito Federal, al establecer: "La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley".

A lo anterior se agrega el llamado carácter irrevocable; iniciado el proceso, debe concluir con la sentencia, porque si la acción se revocara esto no sería posible.

En principio, desde un punto de vista general, así debe ser; sin parte ofendida, faltando el requisito de procedibilidad (querrela), lógicamente, aun iniciado el proceso, éste no podrá continuarse y en esas condiciones no se llegará a la sentencia; tampoco será así, cuando el Ministerio Público formule conclusiones no acusatorias.

D) El ejercicio de la acción penal

Para el normal ejercicio de la acción penal, deberán quedar satisfechos ciertos requisitos que Florian los ha denominado "Presupuestos Procesales, sin los cuales no se podría concebir la promovilidad de la acción penal, es decir, son condiciones mínimas para su ejercicio".(35)

Los requisitos a que antes me he referido se encuentran establecidos en nuestra Constitución General de la República en su Artículo 16 que en la parte correspondiente dice:

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 la probable responsabilidad del indiciado.

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

(35) Cit. por GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Penal, 2a. edición. UNAM. México. 1990. p. 78

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

De la anterior transcripción encontramos como requisitos para el ejercicio de la acción penal los siguientes:

- 1o.- Denuncia, Acusación o Querrela.
- 2o.- Un hecho determinado que la Ley castigue como un delito.
- 3o.- Que el delito merezca pena corporal, y
- 4o.- Que tanto la denuncia como la querrela están apoyadas por declaraciones bajo protesta de personas dignas de fe, o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculcado.

El ejercicio de la acción penal, comprende de la consignación que haga el Ministerio Público ante la autoridad judicial competente de las diligencias practicadas en el periodo de averiguación previa, así como toda su posterior actuación en el proceso, hasta que se dicte sentencia que cause ejecutoria.

Cuando en los términos del artículo 19 de esta ley, el Ministerio Público ejercite la acción penal, consignará las

diligencias a la autoridad judicial competente, formulando pedimento en el que se asentarán:

1o.- Una relación pormenorizada de los hechos, señalando concretamente los elementos que, a su juicio, han servido para dejar comprobada la existencia del cuerpo del delito y establecida la probable responsabilidad de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 constitucional.

2o.- El hecho o hechos delictuosos que se imputan, señalando los preceptos del Código Penal o de otras Leyes.

3o.- El nombre y generales del inculpado señalando el lugar en que quede a su disposición si se encuentra detenido. En los casos procedentes, se hará la solicitud de la orden de aprehensión correspondiente; y

4o.- El daño causado que debe repararse y la capacidad económica del inculpado, solicitando el aseguramiento de sus bienes y haciendo, en su caso, la relación de aquellos que queden a disposición de la autoridad judicial. Se pondrán, asimismo, a disposición de ésta, los instrumentos y objetos del delito.

En la sustanciación del procedimiento, el Ministerio Público promoverá las diligencias tendientes a la plena y

total comprobación de la responsabilidad penal, aportando las pruebas conducentes a aquellas y al monto de la reparación del daño.

Una vez agotadas las diligencias en el procedimiento, el Ministerio Público formulará sus conclusiones, sin omitir la exigencia de la reparación del daño, debiendo la autoridad judicial someter a la consideración del Procurador las de no acusación.

Cuando de autos aparezca plenamente demostrado que los hechos por los que se instruye el proceso, no son constitutivos de delito o que habiéndose comprobado ésta, el inculpado no es el responsable; procederá el desistimiento de la acción penal, en los términos previstos en esta ley.

Cuando el Ministerio Público no esté conforme con algunas resoluciones judiciales, deberá interponer los recursos legales procedentes, en los cuales deberá expresar y fundar legalmente los agravios que se le causen.

En ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público, como lo establece el artículo 2o. del Código de Procedimientos Penales para el D.F.

- I.- Promover la incoación del procedimiento judicial;
- II.- Solicitar las órdenes de comparecencia para preparatoria y las de aprehensión, que sean procedentes;

FALLA DE ORIGEN

III.- Pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño;

IV.- Rendir la pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculpados;

V.- Pedir la aplicación de las sanciones respectivas, y

VI.- Hacer en general, todas las promociones conducentes a la tramitación regular de los procesos.

La conformidad del Ministerio Público con la libertad por falta de elementos para procesar, con la solicitud de la libertad por desvanecimiento de datos o cualquier otro incidente tendiente a la excarcelación del inculpadado, no implica el desistimiento de la acción penal. En consecuencia el tribunal puede negar dicha libertad a pesar de la petición del Ministerio Público.

Las resoluciones dictadas en los casos a que me referí producirán el efecto de impedir definitivamente el ejercicio de la acción penal respecto de los hechos que las motiven, salvo siempre el derecho del interesado para recurrir las resoluciones del Ministerio Público en los términos antes anotados.

Para que el desistimiento de la acción penal produzca

FALLA DE ORIGEN

el afecto señalado en el párrafo anterior, deberá ser formulado expresamente y confirmado por el Procurador General de Justicia del Estado, oyendo la opinión de sus agentes auxiliares. Si la Ley Orgánica del Ministerio Público exigiere mayores requisitos deberán cubrirse también.

La persona ofendida por un delito no es parte en el procedimiento penal; pero podrá proporcionar al Ministerio Público, por sí o por apoderado, todos los datos que tenga conducentes a comprobar la existencia del delito, la responsabilidad del inculpado y la procedencia y monto de la reparación del daño, para que, si lo estima pertinente este funcionario, los ministre a los tribunales en ejercicio de la acción penal.

CONCLUSIONES

Después de haber expuesto todo lo anterior en el presente trabajo y haber establecido el marco jurídico penal que nos rige actualmente consideramos que el mismo no se aplica debidamente en contra de los defraudadores profesionales y considero pertinente hacer los siguientes razonamientos.

PRIMERA: En la actualidad, y a medida que transcurre el tiempo algunos habitantes del Distrito Federal, tienen el propósito de aumentar su capital económico, y en las más de las veces en obtener dinero sin trabajar, por lo que se valen de todos los medios disponibles, y aún sin contar con nada; para lo que realiza un sinnúmero de engaños y maquinaciones, entre los que se pueden mencionar como casos más frecuentes a los siguientes:

SEGUNDA: Aquellos sujetos que obtienen dinero indicando que efectuarán la defensa o ayuda de tipo jurídico legal en algún asunto, y en algunas ocasiones esta se ofrece no sólo a una persona sino a un grupo de personas, por lo que se obtienen grandes dividendos y no se resuelve nunca el problema planteado; en otra situación cuando los sujetos activos solicitan

grandes o pequeñas cantidades monetarias, prometiéndole reintegrar en cierto tiempo tales sumas, ya en estas circunstancias y a fin de dar mayor confianza no dudan en firmar títulos de crédito, los que obviamente saben no han de cubrir y a veces hasta hacen aparecer a persona imaginarias a fin de que crean los pasivos que su capital se encuentra completamente seguro.

TERCERA: Tratándose de obtener ingresos, algunos sujetos más audaces se dedican a ofrecer a la venta bienes muebles, que lógicamente no son de su propiedad, y una vez que reciben su precio en dinero como es de suponerse no hacen entrega del objeto originalmente ofrecido y mucho menos hacen el reembolso del capital recibido; los que abusando de la ignorancia de los individuos perjudica a las personas que se acercan a ellos buscando ser curados de algún malestar de salud, para lo que dicen solicitar la ayuda de espíritus, y al no curar a los enfermos, si logran causar un perjuicio en su patrimonio.

CUARTA: El engaño más frecuente se da cuando se lleva a cabo el libramiento de un cheque, documento que el librador sabe que el librado no podrá hacer efectivo, pudiendo darse lo anterior por diversas

causas, las que siempre deberán ser imputables al librador y entre las más comunes se pueden enunciar la falta de fondos o una cuenta cancelada.

QUINTA: He tenido a bien en dejar al último lo que al parecer se ha vuelto una moda en la Ciudad de México y se trata del Fraude cometido por falsos fraccionadores y ha alcanzado un desarrollo indiscriminado, lo anterior dada la necesidad de vivienda que prevalece en la Capital, para lo que a los sujetos activos les resulta fácil realizar las maquinaciones necesarias tales como la falsificación de documentos, planos, proyectos maquetas, hacerse pasar como dueños de lotes baldíos, contratar personal, alquilar un local que sirva de despacho, formar asociaciones civiles, en fin todo lo necesario para aparentar una legalidad inexistente, para aquellos que se acercan a tales sujetos con la intención de obtener una casa habitación, para lo que los activos solicitan desde pequeñas hasta grandes cantidades de dinero que sumadas aumentan enormemente el lucro obtenido y por ende el perjuicio causado, y si bien se puede denunciar a estas personas, también lo es que con las reformas recientemente hechas al Código Penal se está dando una facilidad para que los defraudadores profesionales actúen en una forma

casi autorizada y por ende continúen cometiendo este tipo de hechos delictuosos.

SEXTA: Por lo que con el presente trabajo de tesis se hace el planteamiento de la siguiente hipótesis: La adición de una fracción al artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal, en la que se faculte al Agente del Ministerio Público, para que cuando conozca de la comisión de un delito de fraude, en el que de las constancias que integren la indagatoria aparezca que el sujeto activo es un defraudador profesional, cuando éste obtenga el perdón del o los sujetos pasivos, se le aplique una sanción pecuniaria consistente en multa de 500 días de salario mínimo vigente al momento de cometerse el hecho.

BIBLIOGRAFIA

ACFRO, Julio. Procedimiento Penal. 8a. edición. Herrero. México. 1992.

ACFRO, Julio y LEVEN, Ricardo. Nuestro Procedimiento Penal. Vol. I. 4a. edición. Lymusa. México. 1991.

BARRERA DOMINGUEZ, Humberto. Delitos contra el Patrimonio Económico. 5a. edición. Temis. Bogotá. 1989.

BERNALDO DE QUIROZ, Constancio. Lecciones de Legislación Penal Comparada. 6a. edición. Montalvo. Madrid. 1980

CARNELUTTI, Francisco. Principios del Proceso Penal. 2a. edición. Europa-América. Buenos Aires. 1971.

CASTILLO SOBFRANES, Miguel Angel. El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México. 2a. edición. UNAM. México. 1994.

CASTELLANOS TENA, Fernando. El Ministerio Público en el Juicio de Amparo. 2a. edición. UNAM. México. 1993.

GASTRO, Juventino. El Ministerio Público en México. 10a. edición. Porrúa. México. 1993.

COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 15a. edición. Porrúa. México. 1994.

DTAZ DE LEON, Alejandro. Bases Constitucionales del Ministerio Público. 7a. edición. Trillas. México. 1991.

FRANCO SODI, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. 10a. edición. Porrúa. México. 1993.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Penal. 2a. edición. UNAM. México. 1990.

GONZALEZ BLANCO, Alberto. El Procedimiento Penal Mexicano. 17a. edición. Porrúa. México. 1992.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 20a. edición. Porrúa. México. 1992.

JIMENEZ HIJERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. T. IV. 5a. edición. Porrúa. México. 1992.

OSORIO Y NIETO, César Augusto. La averiguación previa. 6a. edición. Porrúa. México. 1988.

PALLARFS, Eduardo. Prontuario de Procedimientos Penales. 7a. edición. Porrúa. México. 1993.

PFREZ PALMA, Rafael. Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal. 9a. edición. Harla. México. 1992.

PIÑA Y PALACTOS, Javier. Derecho Procesal Penal. 3a. edición. Aguilar. México. 1990.

RIVFRA STILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. 20a. edición. Porrúa. México. 1993.

VEIA TREVIÑO, Sergio. Miscelánea Penal. 4a. edición. Trillas. México. 1994.

ZAMORA PTERCE, Jesús. El Fraude. 3a. edición. Porrúa. México. 1993.

LEGISLACION

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 3a. edición. Congreso de la Unión. México. 1994.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2a. edición. Pac. México. 1994.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 5a. edición. Alco. México. 1994.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 69a. edición. Porrúa.

México. 1994.

OTRAS FUENTES

RRISENO SIERRA, Humberto. *Criminalia*. Revistas de Ciencias Penales No. 8, 31 de agosto de 1960.

FRANCO VILLA, José. El Ministerio Público. Procuraduría General de la República. Colección actualidad del Derecho. México. 1975.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. 10a. edición. UNAM. México. 1990.

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION. T. XL. 6a. época. Marzo-Abril. México. 1982.

FALLA DE ORIGEN