

323
25



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN
ESCUELA DE DERECHO**

**LIMITACIONES EN LAS ACTUACIONES DEL
MINISTERIO PUBLICO ORIGINADAS POR
EL MONOPOLIO EN EL EJERCICIO DE LA
ACCION PENAL**



T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARIA ELENA ROJO GARDUÑO



ASESOR: LIC. RAFAEL CHAINE LOPEZ
**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**
ACATLAN, EDO. DE MEXICO





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios:

**Por que sin su Gracia
no hubiera llegado a la meta.**

A mis Padres:

**Por el apoyo incondicional que me brindarán,
ya que sin ellos no hubiera sido posible
alcanzar tan anhelado logro;
espero nunca defraudarlos.**

A mis Hermanos:

**Mayolo, Jehova y Jorge;
ya que estuvieron siempre a mi lado,
alentandome cuando los necesitaba
para poder llegar aquí.**

A Lupita:

**Con cariño a mi sobrina "Tita",
que aunque eres muy pequeña
algún día podras leer este trabajo.**

A Güichito:

**Por que conjuntamente realizamos
el presente trabajo,
impulsandome a seguir adelante
así como superar los obstaculos
que se presentaban.**

Al Lic. Rafael Chaine López:

**Agradeciendo infinitamente su amistad
y apoyo que me brindo,
ya que pude conocer a lo largo
de la carrera y de la presente
Tesis a un gran Maestro y Amigo.**

A mis Familiares:

Por todos los consejos que me dieron.

I N D I C E.

| | Pag. |
|---|---|
| CAPITULO I.- Antecedentes Historicos del Ministerio Público y de la Averiguación Previa. | |
| 1.1 | Epoca Antigua. 6 |
| 1.1.1 | Grecia. 7 |
| 1.1.2 | Roma. 11 |
| 1.2 | Periodo Canónico. 15 |
| 1.3 | Epoca Medieval. 17 |
| 1.3.1 | Italia. 18 |
| 1.3.2 | Francia. 20 |
| 1.3.3 | España. 22 |
| 1.4 | Epoca Moderna. 24 |
| 1.5 | México. 26 |
| 1.5.1 | Epoca Precortesiana. 27 |
| 1.5.2 | Epoca Colonial. 32 |
| 1.5.3 | Epoca Independiente. 36 |
| 1.5.4 | Legislaciones Procesales de 1880 a nuestros dias. 41 |
| CAPITULO II.- Conceptos Fundamentales en la Averiguación Previa. 48 | |
| 2.1 | El Ministerio Público. 49 |
| 2.2 | Averiguación Previa. 56 |
| 2.3 | Detención. 60 |
| 2.4 | Aprehensión. 67 |

| | Pág. | |
|-----------------|--|------------|
| 2.5 | Flagrancia. | 71 |
| 2.6 | Consignación Penal. | 75 |
| CAPITULO | III.- Los requisitos de procedibilidad de la averiguación previa. | 78 |
| 3.1 | La Denuncia. | 80 |
| 3.2 | La Querrela. | 86 |
| 3.3 | Comprobación de los elementos del tipo. | 92 |
| 3.4 | Comprobación de la responsabilidad penal. | 94 |
| CAPITULO | IV.- Resoluciones que otorga el Ministerio Público en la averiguación previa. | 97 |
| 4.1 | Consignación. | 98 |
| 4.1.1 | Sin Detenido. | 100 |
| 4.1.2 | Con Detenido. | 101 |
| 4.2 | No Ejercicio de la Acción Penal. | 112 |
| 4.2.1 | Resolución de Archivo. | 116 |
| 4.2.2 | Resolución de Reserva. | 124 |
| 4.2.3 | Efectos jurídicos de las resoluciones de archivo y de reserva. | 130 |
| | Conclusiones. | 141 |
| | Bibliografía. | 145 |

I N T R O D U C C I O N .

El presente trabajo es con la finalidad de ver la evolución histórica que ha tenido el Ministerio Público, así como la averiguación previa, ya que como se analizará desde los tiempos más remotos se iba conformando dicha Institución: sin duda en la época antigua los encargados de la persecución de los delitos era la propia víctima y en algunos otros casos se encomendaba a persona diferente, anteriormente se hacía justicia por su propia mano, lo cual se llevaba a cabo por medio de la Ley del Tali6n.

Asimismo se hablará del inicio del Ministerio P6blico como tal, y de las funciones y atribuciones que 6ste tiene, que es lo que se realiza durante la averiguaci6n previa y como se da inicio a 6sta, ya que debe cubrir una serie de requisitos para que se pueda dar inicio a la misma.

Tomando en cuenta que en nuestro pa6s como en toda sociedad existen cambios que se producen con gran rapidez, por lo tanto se analizarán las resoluciones que toma dicha autoridad y las cuales son determinantes, esto en representaci6n de los intereses de la sociedad, cuando se consideran que se encuentran reunidos los requisitos exigidos por la Ley, como una atribuci6n que le otorga el art6culo 21 Constitucional, realizando durante la averiguaci6n previa todos aquellos actos que ayuden a integrar los elementos del tipo y la presunta responsabilidad en un acto delictuoso y de

esta forma poder ejercer o no la acción penal.

Las resoluciones que dicta dicho órgano no pueden ser impugnadas ya que cuando éste determina el no ejercicio de la acción penal no se puede interponer juicio de amparo, por tal motivo se analizará el monopolio que tiene el Ministerio Público.

CAPITULO I .
ANTECEDENTES HISTORICOS
DEL MINISTERIO PUBLICO
Y DE LA
AVERIGUACION PREVIA .

1.1 EPOCA ANTIGUA.

El Ministerio Público como institución ha tenido gran importancia en el Derecho Moderno. Al consagrarse el principio de la Acción Penal por el Estado, se inicia el periodo de la acusación estatal, uno o varios órganos son los encargados de promoverla. Esta institución ha sido duramente combatida, se le ha mencionado como un ente monstruoso y contradictorio, inmoral e inconstitucional que se mueve como autómatas a voluntad del poder ejecutivo, también se le ha catalogado como un invento de la monarquía francesa destinado únicamente a tener a la mano a la Magistratura.

Sus partidarios y seguidores son muchos, pero su adopción se ha consagrado en la mayor parte de los Pueblos cultos, considerándose como una Magistratura independiente que satisfaga la misión de velar por el estricto cumplimiento de la Ley, que es depositaria de los más sagrados intereses de la sociedad.

En los antecedentes del Ministerio Público se afirma que existió una necesidad de la humanidad en sus orígenes, la de defenderse de los fenómenos naturales que causaban pánico por no poderseles explicar, viéndose en la necesidad de reunirse con sus semejantes y en esa forma se fueron formando las primitivas sociedades y también empezaron los conflictos en forma paralela a

cada grado de complejidad de esas sociedades. Es así como el derecho se va transformando, ya que si tomamos en cuenta la complejidad de la organización y la evolución de cada grupo podemos ver el avance que a tenido el derecho: en un principio resulta la venganza primitiva que se encuentra caracterizada por la Ley del Tali6n "ojo por ojo y diente por diente". esta venganza privada con posterioridad se transforma en venganza divina. ya que se realizaban juicios y los cuales eran fundamentados conforme a la religi6n.

1.1.1 GRECIA.

En esta 6poca los propios ciudadanos formaban parte en el proceso penal. "Se afirma que existi6 en Grecia, donde un ciudadano llevaba la voz de la acusaci6n ante el Tribunal de los Heliasias. En el Derecho Atico, era el ofendido por el delito quien ejercitaba la acci6n penal ante los tribunales. No se admitia la intervenci6n de un tercero en las funciones de acusaci6n y de defensa. Regia el principio de acusaci6n privada. Despues se encomend6 el ejercicio de la acci6n penal a un ciudadano como representante de la colectividad", era una distinci6n honrosa que enaltecia al elegido y el pueblo lo premiaba con una Corona de Laurel. Sucedi6 a la acusaci6n privada, la acusaci6n 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 a la responsable y procurase su castigo o el reconocimiento de su inocencia como un noble atributo de justicia social". (1)

En esta época encontramos el llamado Arconte, que fue una Magistratura que surgió aproximadamente en el año 663 a.c., siguiendo parte integrante del gobierno ateniense; un Magistrado que en representación del ofendido y de sus familiares por incapacidad o por negligencia de estos intervenía en los juicios; pero tales atribuciones son dudosas y aunque se ha insistido que entre los atenienses la persecución de los delitos era facultad que se les otorgaba a las víctimas y sus familiares.

Se habla de igual forma de los Tesmonteti, y que eran mero denunciantes; la acción penal podía ser ejercitada por el agraviado.

Asimismo, el Tribunal de los Heliastas estaba compuesto por 6000 ciudadanos los cuales eran anualmente elegidos a la suerte y

(1) González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Ed. Porrúa S.A. Mexico 1988. págs. 53 y 54.

que se dividían en diez secciones para las distintas clases de causas, estos tomaban sus decisiones después de haber escuchado los alegatos de las partes y las pruebas que ofrecían, el tribunal dictaba sentencia ante los ojos del pueblo.

El acusador garantizaba sus acusaciones con juramento o caución, tenía derecho a una parte de los bienes del acusado si este era condenado, pues de lo contrario, él era castigado con grandes penas.

"Licurgo creó los éforos encargados de que no se produjese la impunidad cuando el agraviado se abstenía de acusar. Con el tiempo los éforos fueron censores, acusadores y jueces a partir del Pericles, el Aréopago acusaba de oficio y sostenía las pruebas en caso de que el inculcado hubiese sido injustamente absuelto por los Magistrados. Aquí el Aréopago fungía como el Ministerio Público, al ejercerse la acción penal ante el Tribunal del pueblo para revocar las sentencias contrarias a la Ley. Por su parte el Arconte denunciaba cuando la víctima carecía de parientes o éstos no ejercitaban la acción. Finalmente el sostenimiento de ésta quedaba muy a menudo en manos de oradores". (2)

El acusado se defendía por sí mismo aunque en ciertas

(2) García Ramírez, Sergio. Derecho Procesal Penal. Ed. Porrúa S.A., 2a ed. México 1977. Págs. 200 y 201.

ocasiones le auxiliaban algunas personas en la redacción de su defensa, usando instrumentos que preparaban llamados Logógrafos.

En el siglo siete antes de Cristo se creó la ley escrita y los Temotetas, que eran seis arcontes que tenían en sus funciones el de aconsejar al Rey, cuando éste se encontraba en conflictos, en estos tiempos se llegó a ver que las funciones de los temostecas eran muy semejantes a las del Ministerio Público actualmente puesto, que además de denunciar a los malos funcionarios públicos ante los órganos competenciales correspondientes, apoyaban y daban consejo al ciudadano electo, con el fin de sostener la acusación en contra del acusado independientemente de que solamente fuese un juicio político.

Posteriormente realizaba la conquista de Grecia por las Huestes del Consul Flaminio, pueblos sojuzgados por Roma, conquistaron al vencedor por su cultura más avanzada y de esta manera se transplantaron las Instituciones Jurídicas Griegas, por lo tanto el Foro Romano adquirió la brillantez y el esplendor de las instituciones Helénicas, perfeccionadas por el fino espíritu latino.

Estos son los antecedentes más aproximados y precisos de la institución encargada de la persecución de los delitos y la averiguación previa. Se puede determinar que en Grecia no llegó a existir una institución que se encargara de instruirlo que ahora

conocemos como la averiguación previa ya que las impulsiones y necesidades del ambiente social no llegó a que se permitiera su implantación y quizá porque en la persecución de los delitos estaba a cargo de la víctima y de sus familiares, por lo cual se puede determinar que eran personas encargadas de dicha función, no tuvieron la visión suficiente para la realización de su investigación y ejercicio de la acción penal, en consecuencia se cometían muchas injusticias por que no se realizaban las investigaciones necesarias.

1.1.2 ROMA.

Todo ciudadano estaba facultado para promover la acusación. Cuando el romano se adormeció en su indolencia y los hombres de Breno tocaron a las puertas de la Gran Urbe, cuando las rivalidades entre Sila y Mario produjeron el periodo de las declaraciones secretas, se abandono la acusación popular y el procedimiento de oficio, que es para algunos autores el germen del Ministerio Público.

En el imperio romano, había personas encargadas de perseguir a los criminales, siendo los Magistrados los que realizaban esta tarea, auxiliados por los denominados "Curiosi", "Stationari" o "Irenarcas" que eran los que realizaban las tareas policíacas. Al

lado de estas figuras. también existieron los *sindice. consules. locorum villarum.* o ministeriales. cuya función a cargo era la del descubrimiento de los delitos, pero estos personajes fungían exclusivamente como denunciantes.

Algunos hombre importantes en Roma como Gatón y Cicerón tuvieron a su cargo el ejercicio de la acción penal en representación de los ciudadanos. más tarde, designaron Magistrados a quienes se encomendó la tarea de perseguir a los criminales. como los *curiori. stationari* o *irenarcas.* que propiamente desempeñaban servicios policiacos y particularmente los *prefactus urbis* en la ciudad: los *proesides* y *precónsules.* los *advocati fisci* y los procuradores *Caesaris* de la época imperial. que si al principio fueron una especie de administradores de los bienes del príncipe. adquirieron después suma importancia en los órdenes administrativos y judicial. al grado de que gozaban del derecho de juzgar acerca de las cuestiones en que estaba interesado el fisco. En las legislaciones bárbaras encontramos a los *gastoldi* del derecho Longobardo a los *cante* o los *sayones* de la época franca y los *miscidominici* del Emperador Carlomagno. El procedimiento de oficio. implantado en Roma se reconoce en el Derecho Feudal por los Condes y Justicias Señoriales. Como ya se dijo al principio el ofendido era quien se encargaba de la persecución de los delitos. así como la acusación. protegiendo a la sociedad de los

hechos delictuosos pero con el paso del tiempo estas funciones les fueron encomendados a los Preconsules y los Procuradores.

En los primeros tiempos del derecho romano existieron tres periodos: la Monarquía, la República y el Imperio.

En la primera época el derecho fué formalista debido a que el sentido religioso era importante en esa época, los Reyes eran los administradores de Justicia. En el siguiente periodo los Jueces penales y los Magistrados podían a su leal saber y entender imponer la detención preventiva: mediados del siglo VI, se expidieron las Leyes Prociae que consistían en reprimir tales prácticas abusivas aún cuando el rigor del derecho impusiese la detención del inculgado, por lo general se prescindía de su encarselamiento confiando la custodia a los particulares, asimismo en el Imperio se da el procedimiento extraordinario, en la que se desapareció la división de la instancia en iure dejando de ser oral el procedimiento.

El procedimiento penal adoptó la forma privada y la pública y esta última a su vez se subdividió en :

a) Cognatio, era considerado como uno de los procedimientos más antiguos, que concedían al Magistrado la más amplia facultad para representar a la comunidad y realizar las investigaciones pertinentes. Para llegar al conocimiento de la verdad se iniciaba con la pregunta al acusado y al final del

proceso el culpable podía hacer uso del recurso de apelación a la sentencia. con la Ley Valeria todos los ciudadanos tenían el derecho de apelar al pueblo ante los comicios centuriados que se encontraban reunidos, pero a pesar de este recurso vemos que se encontraban las mujeres y los ciudadanos fuera de esta protección. esta forma pertenecía a la época monárquica.

b) La acusatio. surgió en el último siglo de la República. era un proceso acusatorio en el cual. cualquier ciudadano romano sin ser Magistrado podía ejercer el derecho de acusación en un acto público y oral. así se le termina el monopolio al Juez. pero cuando se carecía de este acusador el juez podía proceder de oficio como pronunciamiento extraordinario en el cual tenía su auge en la época imperial con matices del procedimiento inquisitorio. pero de nuevo se reúne en la misma persona la función de Juez y Acusador.

Con el paso del tiempo la acción persecutoria de los delitos dejó de ser eminentemente popular para encuadrarse en marco solemne y legal. al designarse Magistrados. Procónsules y Procuradores. los que realizaban sus actividades a la par de ser recaudadores y administradores de los bienes del Estado.

Estos Magistrados. son los primeros antecedentes del Ministerio Público. ya que tenía como principal función la de acusación. que en la actualidad es la principal que lleva a cabo

el órgano investigador.

1.2 PERIODO CANONICO.

Este proceso penal sustituye al procedimiento antiguo, distinguiéndose entre el procedimiento empleado por el Tribunal del Santo Oficio y el que constituye el sistema laico de enjuiciamiento inquisitorio. El Tribunal estaba formado por un Promotor Fiscal y un Defensor.

En el decreto del Papa Lucio III. en el año de 1184. se facultó a los obispos para que enviarán a los comisarios a practica pesquisas. que era un medio empleado para hacer saber al Tribunal del Santo Oficio la conducta de los particulares en relación a las imposiciones de la iglesia. Más tarde en el Concilio de Toloso. el Papa Inocencio II. reglamentó el funcionamiento de la inquisición episcopal. la cual estaba compuesta de un eclesiástico designado por los obispos y dos personas laicas que se encargarían de perseguir y denunciar a los herejes.

Se señala que en el Concilio de Toloso: "En todas las parroquias se nombrarán dos sacerdotes. con dos o tres seglares. que despues de juramentarse. harán continuas y rigurosas

pesquisas en todas las casas, aposentos, soberados y setanos, etc., para cerciorarse de que no hay en ellos herejes escondidos". (3)

El procedimiento iniciaba por acusación dilación y pesquisa. la primera era formulada por el Procurador del Santo Oficio o Promotor Fiscal. La labor de los inquisidores, consistió en interrogar a los acusadores, oír las declaraciones de los testigos e investigar por todos los medios que tuvieran a su alcance, sobre la conducta de las personas que eran señaladas como culpables, se admitieron testigos que podían ser tachados conforme al derecho común, se prohibió la presencia de abogados defensores y se empleaba el tormento para llegar a la verdad, en caso de que no se obtuviera la confesión; formulaba nuevas preguntas para que las contestara el inculpado, se recibían las pruebas sin que el inculpado supiera los nombres de las personas que habían declarado en su contra; antes del pronunciamiento de la sentencia podía el tribunal emplear el tormento. Dictado el fallo se enviaba al Consejo Supremo para que confirmara o modificara dicha resolución. "El proceso penal canónico de tipo inquisitorio se distingue por el empleo del secreto y la escritura y por la adopción del sistema de pruebas tasadas. Formando parte del Tribunal de la Inquisición, existía el Promotor Fiscal considerado como el antecedente del Ministerio

(3) González Bustamante, Juan José. op. cit. pag. 13.

público. En el proceso penal canónico el Juez disfruta de amplios poderes para buscar por sí los elementos de convicción y está facultado para hacer uso de los procedimientos que mejor le parezcan inclusive el tormento, los azotes y las marcas. Es el árbitro supremo de los destinos del inculcado a quién se priva de todo derecho y se veda el conocimiento de los cargos que existen en su contra...". (4)

Se llega a la conclusión que la investigación era llevada a cabo por el Tribunal del Santo Oficio y por la Inquisición Episcopal, es de notarse que para la Iglesia en su legislación, no hubo ninguna ley que reglamentara la duración de la investigación de un delito y no se cometieran violaciones.

1.3 EPOCA MEDIEVAL.

Se encuentra nuevamente en esta época los juicios inquisitorios, ya que los ministerios de justicia o fiscal, son los encargados de anunciar y hacer notar los delitos o excesos según los vastos testimonios que fueran aportados.

(4) González Mustamante, Juan José, op.cit. pág. 12.

El procedimiento en Inquisición Europea fué también religioso ya que llegaban hasta la confiscación de los bienes de los herejes basándose en el Concilio de Tours celebrado en 1163.

1.3.1 ITALIA.

Los delitos daban lugar a procesos civiles, que era cuando la suma resultante de la pena pecuniaria beneficiaba al particular, y en los criminales cuando aquella se entregaba en favor del Fisco o bien se trataba de pena corporal o mixta, cuando en ella participaba el Fisco y el particular.

" Hubo un tiempo en que casi todas las penas fueron pecuniarias. Los delitos de los hombres eran entonces el patrimonio del Príncipe, los atentados contra la seguridad pública era objeto de lucro, de modo de que quién estaba destinado a defenderla tenía interés en que se le ofendiera. Por consiguiente, el objeto de las penas era un pleito entre el fisco (exactor de las penas en cuestión) y el reo, un asunto civil contencioso, privado más bien que publico, que daba al fisco más derecho que lo exigido por la defensa pública". (5)

Se dividían la jurisdicción entre los jueces y los

(5) García Ramírez, Sergio, op. cit. páag. 76.

eclesiásticos. los segundos se encargaban de los delitos de herejía, sacrilegio, bestialidad y los relacionados con el matrimonio o sea, cuando se cometían adulterio o bigamia, existieron dos tipos de enjuiciar, que eran:

El acusatorio, se distinguía por la forma del proceso civil, se iniciaba con causación escrita y sin publicidad los debates, a los particulares les competía el ejercicio de la acción penal, si el acusado no se presentaba en un plazo determinado ante el Juez era amenazado de destierro, pero una vez que el inculpado hubiera contestado la acusación debía presentar el juramento de calumnia, esto es de acusar falsamente y en forma eventual comprometerse además a perseguir la actividad acusatoria; el examen de los testigos era secreta, individual y separadamente una vez determinada la acusación de estos, el juez pronunciaba sentencia debido a que este proceso se desarrollaba con rapidez. El proceso inquisitivo se caracterizaba, porque su acusación podía ser escrita u oral, oficial o privada y se dividía en dos fases inquisición general que consistía en la determinación de derecho y la búsqueda del reo y la inquisición especial que se abría como resultado de las averiguaciones mencionadas o de flagrancia de delito que recaían contra una persona en concreto la sospecha de criminalidad. Se iniciaban las actuaciones con las denuncias que revestía forma de causación y si la declaración resultaba fundada, el juez iniciaba el procedimiento; el denunciante no

estaba obligado ni aprobar ni a insistir ni siquiera le reputaba al testigo. Únicamente era como mero informador de la causa.

Por consiguiente se puede determinar que en Italia el procedimiento se iniciaba cuando se afectaban los intereses, tanto, del fisco como del particular, esta investigación no era realizada por alguien en especial, ya que los funcionarios que existieron eran solo denunciantes oficiales, que se encontraban a las órdenes de los jueces o sea que eran inferiores jerárquicos de éstos. Por lo que se puede determinar que en esa época fueron comunes las detenciones ilegales, ya que no se realizaba minuciosamente la investigación sino únicamente se acusaba.

1.3.2 FRANCIA.

Los investigadores en su mayoría determinan que es en Francia donde nace la institución del Ministerio Público moderno. En esta época no existieron representantes sociales, debido a que la acusación por parte del ofendido o de sus familiares destacó en forma notable, por lo tanto los delitos que se realizaban en contra de los monarcas, eran perseguidos por los Procuradores de la Corona.

"En Francia, donde la Asamblea del pueblo, crea la

incipiente Institución del Ministerio Público, cuando se sustituyeron las viejas formas monárquicas, encomendaron las funciones del Procurador y del Abogado del Rey, a comisarios que acusaban y ejercitaban la acción penal, en tono brutal, que muchos inocentes caían a manos de injustos representantes del pueblo y del Rey, rompiendo el equilibrio y la finalidad de la Institución".(6)

En el periodo monárquico el Ministerio Público no asume la calidad de representante del poder Ejecutivo ante el poder Judicial por que en esa época es imposible hablar de división de poderes.

Durante la Revolución Francesa se conservaron los Comisarios del Rey a quienes era preciso escuchar sobre la acusación en materia criminal y que requería el interés de la Ley. Pero la iniciativa de la persecución se reservó a funcionarios de la Policía Judicial, Jueces de Paz y Oficiales de Gendarmería. El acusador público elegido popularmente, sostenía la acusación. En materia correccional, el Comisario del Rey poseía la iniciativa de la persecución y ejercicio de la acción penal.

Es en estas circunstancias como se aprobó en Código de Napoleón de Instrucción Criminal, el 20 de abril de 1810, el

(6) Oronoz Santana, Carlos Manual de Derecho Procesal Penal, Ed. Cárdenas, 2a ed. México 1983, págs. 39 y 40.

Ministerio Público queda definitivamente organizado como Institución Jerárquica, dependiente del poder Ejecutivo: las funciones que le asigna el Derecho Francés son requerimientos y de acción.

En Francia es donde surge la Institución del Ministerio Público, pero los que se encargaban de la averiguación de los delitos eran los Procuradores, Abogados y posteriormente los Comisarios del Rey. En las acusaciones que emitían estos funcionarios eran notorias las injusticias que se cometían con los ciudadanos por no hacer una legislación firme que los protegiera de dichas arbitrariedades.

1.3.3 ESPAÑA.

"El Derecho Español tomó las bases del Derecho Francés para crear la Institución propiamente dicho del Ministerio Público ya que encontramos en las Leyes de Recopilación expedidas por Felipe II, en 1563, la creación de Procuradores Fiscales' uno para actuar en los Juicios Civiles y el otro para actuar en los Juicios Criminales". (7)

(7) Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Ed. Porrúa S.A., 9a ed. 1986. pag. 88.

" Normalmente se inicia el proceso, mediante acusación escrita y directa, pero también hay denuncia y pesquisa ordenada de oficio por el Rey o por los Jueces. Se reglamenta la legitimación para acusar. La acusación debe ser llevada por un sólo acusador, en ocasiones ha de sostenerse imperativamente, en otras, cabe el desistimiento. Se permite la aveniencia. Si la prueba es suficiente y hay buena fama del inculpado, sobreviene la absolución, si hay mala fama se aplica el tormento..." (8)

En las Ordenanzas Reales de Castilla se instituyeron cesdores y visitadores, con atribuciones de inspección sobre los órganos encargados de administrar justicia, en ella se ordenaba la pesquisa contra individuos. Durante la reconquista en procedimiento acusatorio y es el sistema que predomina en los Fueros Municipales.

En el antiguo Derecho Español, se decía que únicamente las detenciones preventivas debían aplicarse sólo a los acusados de delitos graves. La detención no se imponía como castigo de los delitos sino para guardar a los imputados hasta que se fuesen juzgados. cualquier persona podía detener sin mandamiento judicial a los actores de ciertos delitos, pero se castigaba al que aprehendiese a una persona sin que se le comprobara el delito, la mantuviere presa por más de veinte horas.

(8) García Ramírez, Sergio. op. cit. pág. 78.

La Institución del Ministerio Público se introduce en España y en sus colonias con el advenimiento de Felipe V. quién pretendió modificar la legislación de su reino. conforme a lo que entonces regía en Francia según el Decreto del diez de noviembre de 1713.

En consecuencia la averiguación se iniciaba con la acusación escrita o directa o también podía originarse ésta si el Rey lo ordenaba a los jueces. pero ninguna de estas autoridades estaba sujeta a un término para que integrara su investigación. por consiguiente se cometían muchas violaciones.

1.4 EPOCA MODERNA.

En el proceso penal se originan nuevamente las magnificencias del proceso penal antiguo. después de haberlas depurado y adaptado a las transformaciones del derecho. se inspira en las ideas democráticas que sustituyen al viejo concepto del derecho divino de los Reyes por la Soberanía del pueblo.

La Institución del Ministerio Público tal como existe actualmente es de origen netamente francés. En las leyes expedidas del 29 de septiembre de 1791. se marcó una nueva orientación al procedimiento penal en Francia. tuvo grandes inovaciones. entre ellas:

- a) Suma de garantía al acusado:
- b) Derecho inalienable para nombrar defensor desde el momento de su averiguación previa a su consignación;
- c) Publicidad y oralidad limitada en los actos procesales:
- d) Obligación del Juez para proveer el nombramiento del defensor, cuando el acusado no lo hubiese designado.

En la declaración de Derechos del Hombre que precedieron a la Constitución del 3 de septiembre de 1791, se relacionan con el procedimiento penal, se conservan aún en las Constituciones de los pueblos democráticos. Se establecía que la ley es la expresión de la voluntad general y que debe ser la misma para todos, sea que ella proteja o castigue; que ningún hombre pueda ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados por la Ley.

En la actualidad en Europa se opera una notoria transformación en lo que tradicionalmente se ha tenido como normal consagradas del procedimiento. Existe en ciertos países una tendencia a revivir las viejas formas que caracterizaron el proceso penal de tipo inquisitorio, limitándose a las formalidades procesales.

La época moderna es cuando surgen más leyes concretas las cuales se encargarían de proteger al acusado durante el procedimiento, pero nada más de éstas, ninguna señala el momento que se deberá tener para integrarse la averiguación previa, por lo que cabe indicar que hasta este momento no se había mencionado nada a lo referente a las faltas de un término para que las autoridades investigadoras resolvieran sobre dicho término.

1.5 MEXICO.

Juventino V. Castro en su obra Funciones y Distribuciones del Ministerio Público en México indica que la formación del Ministerio Público en México ha sido bajo los tres elementos siguientes:

- a) La Procuraduría o Promotoría Fiscal de España;
- b) El Ministerio Público Francés; y
- c) Un conjunto de elementos, netamente Mexicanos, nacido principalmente en la Constitución de 1917.

Sin embargo es indispensable hacer mención a las posibles instituciones que realizaron funciones parecidas a lo que en la actualidad es el Ministerio Público y que quedaron plasmadas en las diversas legislaciones antiguas, no deben buscarse solamente en el antiguo derecho romano, en el derecho español y en el

francés sino también en los pueblos. que tenían fundamental importancia por ser nuestros antepasados. por consiguiente hare mención de la evolución que ha tenido en nuestro país la figura del Ministerio Público.

1.5.1 EPOCA PRECORTESIANA.

Considero importante señalar que en la evolución histórica del Ministerio Público en México. los antecedentes existentes de los pueblos prehispánicos. como la cultura Maya y Tarasca así como la organización del pueblo Azteca. ya que se la fuente de nuestras instituciones jurídicas.

" Muy pocos datos precisos se tienen sobre el Derecho Penal anterior a la llegada de los conquistadores. indudablemente los distintos reinos y señoríos pobladores de lo que ahora es nuestra patria. poseyeron reglamentaciones sobre la materia penal como no no existía unidad política entre los diversos núcleos aborígenes. porque no había una sola nación. sino varias. resulta más correcto aludir únicamente al Derecho de tres de los principales encontrados por los europeos poco después del descubrimiento de América: el Maya. el Tarasco y el Azteca. Se le llama derecho Precortesiano a todo el que rigió hasta antes de la llegada de Hernán Cortés. designándose así no sólo al orden jurídico de los tres señoríos mencionados. sino también al de los demás

Grupos". (9)

Se dice, que existió un llamado "Código Penal de Netzahualcoyotl" para Texcoco en el cual según él, el Juez tenía amplia libertad para fijar las penas entre las principales era las de muerte y esclavitud así como con la confiscación, destierro, suspensión o destitución del empleo y hasta prisión en cárcel o en el propio domicilio, entre otros.

En el Pueblo Maya las leyes penales se garantizaban por su severidad y por su extrema rigidez en sus sanciones. La Jurisdicción residía fundamentalmente en el Ahau, quien en algunas ocasiones podía delegarla a los Batabes o Caciques, que tenían a su cargo la función del Juez en la cual aplicaba como penas principales la muerte y la esclavitud; la primera se reservaba para los adulterios, homicidios, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas, la segunda se aplicaba a los ladrones. Si el autor del robo era cometido por un señor principal se le labraba el rostro desde la barba hasta la frente.

La Jurisdicción del Ahau correspondía en todo el Estado y la de los Batabes comprendían el territorio de su cacicazgo.

El pueblo maya no usó como pena la prisión ni los azotes, pero a los condenados a muerte y a los esclavos fugitivos los

(9) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa, 19a ed. México 1984. pag. 40.

encerraban en jaulas de madera, que servían como cárceles y las sentencias penales que se dictaban eran inapelables.

La cultura Maya administraba su justicia en un templo que se alzaba en la plaza pública de los pueblos y que tenía por nombre Popilva, y sus juicios se ventilaban en una sola instancia debido a que no existía el recurso ordinario ni extraordinario.

Los delitos que más se castigaban eran los siguientes: el adúltero era entregado al ofendido quien podía perdonarlo o bien matarlo, el robo de cosa que no podía ser devuelta se sancionaba con la esclavitud y a los traidores los arrojaban a las cuevas.

Con relación a las pruebas que se aceptaban en el procedimiento " Hay probabilidad de que hubiesen usado las siguientes: la confesional, ya que Landa dice de ellos, refiriéndose a los casos de peligro de muerte: confesaban pecado; y otra expresión: ellos confesaban sus flaquezas; hecho que indicaba el conocimiento que tuvieron del valor de las confesiones que no es remoto hubiesen empleado en material judicial: la testimonial, ya que hemos visto el uso de los testigos en el perfeccionamiento de toda índole de contratos; y la presuncional pues echaban maldiciones al que presumían mentiroso". (10)

(10) Colín Sanchez, Guillermo, op. cit. pág. 25.

Del pueblo Tarasco, se sabe muy poco al respecto ya que solo se hace mención de las penas crueles que aplicaba dicho pueblo, tales como:

a) Al forzador de mujeres le rompían la boca hasta las orejas y no descansaban hasta que éste perdiera la vida, el hechicero era arrastrado o se le lapidaba.

b) El adulterio que cometía alguna mujer del Soberano o Calzontzi, se castigaba no solo con la muerte del adúltero sino trascendía a toda su familia, los bienes del culpable eran confiscados.

c) El ladrón que robaba por primera vez generalmente se le perdonaba, pero si reincidía se le hacía despeñar dejando que su cuerpo fuera comido por las aves.

En el Derecho de juzgar estaba en manos del Calzontzi, en ocasiones la justicia la ejercía el Sumo Sacerdote o Petámuti.

El Derecho de los Aztecas imperaban una serie de normas para regular el orden y sancionar toda conducta hostil y contraria a las costumbres y usos sociales. El Derecho no era escrito, tenía un carácter consuetudinario y ante todo se ajustaba al régimen absolutista.

El poder del monarca era delegado en funcionarios especiales en materia de justicia, como el "Cihuacoatl" que desempeñaba funciones muy singulares, auxiliaba al Hueytlatoani, vigilaba la

recaudación de los tributos. presidía el Tribunal de Apelación y era consejero del monarca.

Otro funcionario de importancia era el Tlatuani. representaba la divinidad y gozaba de libertad para disponer de las vidas humanas a su antojo y dentro de sus facultades encuentro la de acusar y perseguir a los delincuentes. aunque generalmente se le delegaba esta función a los jueces.

Es importante hacer la observación de que la persecución de los delitos estaba en manos de los jueces por delegación de los Tlatuani. de tal suerte que las funciones de éstos y la del Cihuacoatl. eran jurisdiccionales. por lo cual no es posible identificarlas con las del Ministerio Público ya que la persecución del delito se encomendaba a los jueces.

Por lo que respecta a figuras que realizaron funciones similares a las que actualmente efectúa el Ministerio Público. tenemos que en cada barrio o calpulli había un Teuctli o alcalde que sentenciaba en los negocios de poca monta: investigaba los hechos en lo de mayor importancia y daba cuenta diariamente con ellos al Tribunal del Tlacatēcatl.

En atención a lo anterior. se puede concluir que la época precortesiana. el Teuctli o alcalde; el Centenetlalpixques. Achcauhtin. alguacil o verdugo mayor; el Topilli y el Cihuacoatl se encargaba de funciones procedimentales y de policía. cada uno

de acuerdo a su competencia; así como las atribuciones del policia o de actuarios, pero en ningun momento aparecen rasgos con los cuales podamos identificar al Ministerio Público ya que todo se encontraba bajo el poder Judicial y como superior del mismo era el monarca.

1.5.2 EPOCA COLONIAL.

Este periodo tendia a mantener las diferencias de castas es por eso que en materia penal hubo un cruel sistema intimidatorio para los negros, mulatos y castas , como tributos al Rey. se prohibia portar armas y tansitar por las calles de noche; para los indios, tal estado de cosas se pretendió remediar a traves de las Leyes de Indias y de otros ordenamientos juridicos , estableciéndose la obligación de respetar las normas juridicas de los indios, su gobierno, policia, usos y costumbres, siempre y cuando no contravinieran el derecho hispano, señalándoles como sanciones los trabajos personales para evitar las de azotes.

Como se puede ver la legislación de Indias tiene gran relevancia especial para nuestro estudio ya que aqui se encuentra el antecedente más remoto en uno de sus libros.

Carrancá y Trujillo, señala: "El I. con 29 Leyes. se titula " De los pesquisidores y jueces de comisión". Los primeros estaban encargados de la que hoy llamaríamos función investigadora del Ministerio Público. hasta la aprehensión del presunto responsable: los jueces de comisión serán designados por audiencias o gobernadores, para casos extraordinarios y urgentes". (11)

En la persecución de los delitos imperó la anarquía. ésto es. perseguían los delitos autoridades civiles. militares y religiosos que a su arbitrio imponían multas o privaban de la libertad a las personas: asimismo se atribuyeron estas facultades al Virrey. Gobernadores. Capitanías o Generales y los Corregidores. Como los "indios" no tenían ingerencia en estos asuntos. se les concedió el derecho para intervenir como jueces. regidores. alguaciles. escribanos y ministros de justicia. para que la justicia se administrara conforme a sus usos y costumbre. esto tué a través de una cédula real de fecha 9 de octubre de 1549. ellos se encargaban de detener a los delincuentes y los caciques ejercían jurisdicción criminal. excepto en los casos en que debían aplicarse la pena de muerte. ya que esta atribución era facultad exclusiva de las audiencias y gobernadores.

En ésta época existieron también tribunales para la persecución de los delitos y para aplicar las sanciones

(11) Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ed. Porrúa. 3a ed. México 1986.pág. 117.

correspondientes. entre ellos tenemos: el Tribunal del Santo Oficio. la Audiencia. El Tribunal de la Acordada y Tribunales Especiales para juzgar vagos.

El Tribunal del Santo Oficio estaba integrado por Inquisidores. Secretarios. Consultores. Calificadores. Comisarios. Promotor Fiscal. Abogado. Defensor. Alguaciles. Alcaldes. etc.. se puede considerar que se da la presencia del Ministerio Publico en México ya que tiene estrecha vinculacion con la Promotoria Fiscal: el Promotor Fiscal se encargaba de las denuncias. de perseguir a los herejes enemigos de la Iglesia y llevaba la voz acusatoria en los juicios.

Al crearse la Audiencia era un Tribunal con funciones gubernamentales el cual solucionaba los problemas relacionados con la administración de justicia.

En la Nueva España se instalaron dos: uno en la ciudad de México y el otro en Guadalajara. y eran regidas por las Leyes de Indias y sólo en defecto de estas. por las de Castilla.

En el año 1527. el fiscal tomó parte en la audiencia que estaba integrada por dos fiscales. uno para lo civil y otro para lo criminal. así como por oidores que se encargaba de realizar investigaciones desde su inicio hasta la sentencia.

Colin Sánchez. menciona: " Los oidores investigaban las

audiencias o los hechos hasta llegar a formularse la convicción necesaria para dictar sentencia: pero tratándose del Virrero Presidente, tenían prohibido avocarse a las armas; suplían las faltas de los alcaldes del crimen y firmaban las órdenes de aprehensión, las cuales para ser válidas necesitaban, por lo menos, ostentar dos firmas de los oidores".(12)

Posteriormente en la ordenanza española de fecha 9 de mayo de 1587, producida en México a través de la Ley de 8 de junio de 1823, se establece la intervención de un juez con facultades ilimitadas para dirigir un proceso, y la de un fiscal que formulaba pliego de acusación y perseguía a los herejes y enemigos de la iglesia, los fiscales tenían el carácter de promotores de justicia realizando una función pública, impersonal desinteresada y noble obrando en defensa y a nombre de la sociedad al perseguir a los delincuentes.

Como se puede ver el Derecho Colonial fué sumamente complicado en virtud de enorme número de leyes y disposiciones de toda índole que fueron dictadas en el transcurso del tiempo, aparte de que cuando se dictaba alguna ley especialmente para las colonias o para la Nueva España y ésta no resolvía un conflicto, los técnicos en derecho vigente en España, padecía el mismo defecto, por lo tanto se puede decir que las legislaciones

(12) Colín Sánchez, Guillermo. op. cit. pág. 34.

que estuvieron vigentes durante este periodo, lo único que hicieron fué regular algunos de los delitos que se cometían en esa época.

1.5.3 EPOCA INDEPENDIENTE.

Esta época se inicia con la Constitución e Cádiz de 1812.

" La Constitución de Cádiz de 1812. trajo al Derecho Americano algunas instituciones novedosas y liberales. Vino en pos suya el Derecho Constitucional de México Independiente, enriqueciendo sin cesar los mandamientos sobre la materia, con un progresivo sentido de garantía a los gobernadores y fueron suprimidos los juicios por comisión y el tormento; se rodeó de seguridades el régimen de la detención; se reglamentaron los cateos y los allanamientos; se escribió el juramento del inculcado al declarar sobre hechos propios; se consagraron los derechos de audiencia; se fijó la conciliación forzosa en caso de pleitos sobre injurias, se limitó el número de fueros, que a la postre se redujo a uno solo; el militar se disminuyó a tres el número de instancias, se regularon la declaración preparatoria y el auto de formal prisión, se fijaron recursos por inobservancia de trámites esenciales del procedimiento, se prohibió la retroactividad desfavorable y se reguló la garantía de ser

juzgado por el tribunal previamente establecida, se impidio la extradición de reos politicos y esclavos, se determinó la gravedad de la justicia, se prescribió la prolongación de la prisión por falta de pago de honorarios y de administración de dinero, se introdujo el careo entre las garantías en favor del inculcado, se fortaleció y cobró gran prestancia la institución del Ministerio Público, quedando a su cargo la persecución de los delitos y confiándose al Juez la imposición de las penas, etc.".(13)

Pérez Palma. Rafael menciona: La primera Constitución en México, tuvo como antecedente un documento llamado "Los Sentimientos de la Nación" de Don José María Morelos y Pavón, y el Derecho Constitucional del 22 de octubre de 1814, el cual manifestaba la Libertad de la América Mexicana y este mismo año en la Constitución de Apatzingan quedaron plasmadas algunas garantías que se le debían respetar al ciudadano, en su artículo 21 que dice:

"Solo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido algún ciudadano".(14)

Este mismo autor señala el artículo 30 que dice: "Ninguno debe ser juzgado ni sentenciado, sino después de haber sido oído

(13) García Ramirez, Sergio. op. cit. pág. 81.

(14) Pérez Palma, Rafael. Fundamentos Constitucionales de Procedimiento Penal Ed. Cárdenas. 1a. ed. México 1974. pág. 78.

legalmente". (15)

En esta época algunas leyes fueron parciales como las leyes de 1824, creada para mejorar la Administración de Justicia, y en la que se deposita el poder Judicial de la Federación en la Suprema Corte de Justicia, en los Tribunales de Circuito y en los Juzgados de Distrito, a quienes se les señalaba atribuciones en la Ley.

"La Administración de Justicia en los Estados y Territorios se sujetaba a las reglas siguientes: Se prestará entera fe y crédito a los actos registrados y procedimientos de los Jueces y demás autoridades de otros Estados: El Congreso General uniformará la Leyes, según las que deberán probarse dichos actos, registros, procedimientos". (16)

En esta misma Ley quedaba prohibida, la confiscación de bienes, el tormento, la detención por indicios no debe exceder de las 72 horas, etc.

Posteriormente se promulga la Constitución de 1857, quedaron plasmados los principios de orden constitucional y que en la actualidad rigen en nuestro procedimiento penal, referente a esto, Colín Sánchez manifiesta "Nadie puede ser juzgado ni sentenciado, sino, por leyes dadas con anterioridad al hecho y

(15) Pérez Palma, Rafael. op. cit. pág. 78.

(16) Colín Sánchez, Guillermo op. cit. págs. 43 y 44.

exactamente aplicadas a él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley, nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito infraganti toda persona puede aprehender al delincuente, a su complice, poniéndolos sin demora a disposición de autoridad inmediata".(17)

Una vez que la República triunfa sobre el Imperio y teniendo como Presidente a Don Benito Juárez. En 1869 expidió la Ley de Jurados Criminales, que regiría en el Distrito Federal, ya que trajo consigo diversas disposiciones sobre la forma de llevar a cabo el procedimiento penal y que por primera vez en la vida independiente de México, es donde aparece la Institución del Ministerio Público, la cual se encargaría de hacer todas las investigaciones en busca de la verdad, aunque también existían tres promotores y procuradores fiscales que representarían a esta Institución.

Es en esta Constitución Liberal donde continuarán los "Fiscales" con igual categoría que los Ministros de la Corte, para que en representación de la sociedad promoviera la instancia, pero que consideró que el ofendido no debía ser obligado a esperar que el Ministerio Público ejercitara la acción

(17) Colín Sánchez, Guillermo. op. cit. págs. 46.

penal. por lo que se rechazó la idea y fueron instituidos los Fiscales en el Orden Federal.

Sus funciones eran acusatorias ante el juzgado, aunque desvinculadas del agravio de la parte civil y solo acusaban en nombre de la sociedad por el daño que causaba el delincuente.

Se le otorga a la Autoridad Judicial en forma exclusiva la facultad de imponer penas, estableciéndose además que los Juicios Criminales no pueden tener más de tres instancias y nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito.

El artículo 27 de la Constitución de 1857, disponía:

"A todo procedimiento del orden criminal debe proceder querrela o acusación de la parte ofendida, o instancia del Ministerio Público que sostenga los derechos de la sociedad".(18)

De acuerdo con este precepto, el ejercicio de la acción penal correspondía por igual al ofendido y al Ministerio Público, como representante de la sociedad.

A pesar de que el proyecto de la Constitución de 1857, presentado a la asamblea significaba dar consistencia del sistema moderno a la institución, los constituyentes, fieles a su ideal individualista, rechazaron en su totalidad la iniciativa correspondiente al precepto citado.

(18) Tena Ramírez, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano Ed. Porrúa, pág. 557.

Es de esta forma que se reguló la inclusión del Fiscal y del Procurador General de la Suprema Corte de Justicia, por lo Público apareció con la Ley de Jurados en 1869 y que hasta la actualidad su función sigue vigente como titular de la averiguación previa.

1.5.4 LEGISLACIONES PROCESALES DE 1880 A NUESTROS DIAS.

Con las legislaciones mencionadas se dieron una serie de confusiones, era necesario que se creara una Ley en Materia Criminal y con la expedición del Código Penal de 1871, da pauta a que se integre una comisión para resolver el nuevo Código de Procedimientos Penales. " La expedición del Código Penal de 7 de diciembre de 1871, obra del insigne juris-consulto Don Antonio Martínez Castro, que constituye el primer intento de codificación seria, hizo imperiosa la necesidad de completar la reforma legislativa con una buena ley de enjuiciamiento criminal, y el Congreso de la República por decreto de lo de junio de 1880, autorizó al Ejecutivo para expedir la administración de justicia en el Distrito Federal y en Territorio de Baja California. Desde el 4 de febrero de 1871 se integró una comisión para estudiar las reformas al procedimiento penal. "...La comisión estaba compuesta por los señores Licenciados Don Manuel Dublán, Don Manuel Ortiz de Montelliano y Don Luis Méndez. Más tarde se

agregaron los señores Licenciados Don José Linares y Don Manuel Siliceo y como Secretario fungió el señor Licenciado Don Pablo Macedo..."(19)

Con los grandes esfuerzos que realizaron estas personas así como el apoyo que le brindó el propio Ministerio de Justicia y del Promotor Fiscal, se consiguió que la ley fuera promulgada el 15 de Septiembre de 1880, entrando en vigor el 10 de Noviembre del mismo año: al fin el país iba a tener una Ley de Enjuiciamiento Criminal que establecía las reglas a que debía sujetarse el desarrollo de los procesos.

Este Código adoptó la Teoría Francesa, en la cual el Ministerio Público formaba parte de la Policía Judicial y por lo tanto los que iniciaban las primeras diligencias en búsqueda de la verdad, sin esperar al Ministerio Público, en caso de que éste no lo hiciera había un Juez de Paz que podía iniciar las diligencias, hasta en tanto se presentara el Juez de lo Criminal.

Este Código de Procedimientos Penales de 1880, señala al Ministerio Público como una magistratura instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de justicia a nombre de la sociedad y para defender ante los tribunales los intereses de ésta: es de esta forma que el Ministerio Público se constituye en Magistratura Especial aunque sólo desempeñaba funciones de acción

(19) González Bustamante, Juan José, op. cit. pag. 21.

en lo que tocaba a la persecución de los delitos y requerimiento, no tenía la función investigadora por ser de la Policía Judicial.

El Código de 1894. reglamentó al Ministerio Público con miras a reconocer la autonomía de esta autoridad.

En la Reforma del 22 de Mayo de 1900. introducida a los artículos 91 y 96 de la Constitución de 1857. se suprimen a los Fiscales de los Tribunales Federales. los cuales siguieron funcionando en los Estados Unidos Mexicanos. hasta después de la Constitución de 1917. se independiza en esta reforma la institución del Ministerio Público de los Tribunales. pero la sujeta al Ejecutivo.

Con el Código Federal de Procedimientos Penales de 1908. dispone que los Jueces de Distrito y Magistrados de Circuito formen parte de la Policía Judicial; y que el Ministerio Público Federal por primera vez sea el que se encargue de la persecución e investigación de los delitos.

Con la promulgación de la Constitución de 1917. y con el triunfo de la Revolución Mexicana da origen al Derecho Mexicano y se aparta totalmente de la Teoría Francesa. Esta Constitución protege los intereses de la colectividad. conservó los postulados democráticos de la Carta Magna de 1857.

Fué hasta la Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos de 1917. en sus artículos 21 y 102. que se establece la constitucionalidad y legalidad de los actos del Ministerio Público y de la Policía Judicial.

Precisamente en el artículo 21. se concede la facultad persecutoria de los delitos exclusivamente al Ministerio Público. tambien hace mención a la creación de la figura de la Policía Judicial. representada bajo el mando y dirección de éste: lo anterior en términos generales hablando de la institución a grose modo. Es el encargado de la persecución de los delitos. asimismo la imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.

En su artículo 102 se crea la representación social Federal. encargada precisamente de la persecución de los delitos de éste orden. resaltando por su importancia la asesoría y dependencia con el ejecutivo federal en materia legal: la importancia en materia de amparo. es decir. el control delegado en los actos de autoridad.

Para poder apreciar el espíritu de la reforma constitucional de 1917 y la transformación que sufrió la institución del Ministerio Público. se puede afirmar que éste es un organismo independiente y sus funcionarios están sujetos a una sola unidad de mando y de control. El Procurador de Justicia debe intervenir en el procedimiento penal desde la primera diligencia. solicitar

las órdenes de aprehensión contra los que aparezcan responsables, buscar y representar las pruebas que acrediten su responsabilidad, pedir la aplicación de las penas y cuidar que los procesos penales sigan su marcha normal.

En términos generales, es en la Constitución de 1917, que se legitima esa institución como única facultada para perseguir los delitos y consignarlos ante la autoridad judicial, de tal forma que en el artículo 21 constitucional se establece la clara división de la facultad acusatoria y la facultad de aplicación de las leyes.

"En consecuencia, dicho precepto constitucional atribuye el monopolio de la persecución de los delitos al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual debe estar bajo su mando y autoridad, y siendo evidente que la función persecutoria entraña ineludiblemente la actividad investigadora tendiente a constatar la comisión del hecho delictivo y los datos o elementos que hagan probable la responsabilidad de su autor o autores para efecto del ejercicio de la acción penal ante los tribunales, este precepto constituye la base constitucional de la etapa llamada de la averiguación previa del proceso penal".(20)

En agosto de 1919 se expidió la primera ley orgánica del

(20) González Rojo, Alfredo. Averiguación Previa en México. Anuario Jurídico, Volumen XII, Mexico, 1985. pág. 414.

Ministerio Público, es cuando se crea como organismo independiente y sus atribuciones quedaran sujetas a las instrucciones que reciba del Procurador, pero en su caso el ofendido puede recurrir al Juicio de Amparo y solicitar la protección de la justicia federal.

La Ley Procesal que siguió fue de fecha 15 de diciembre de 1929, la cual se refirió a la victima del delito y también indica que la reparación del daño era parte de la sanción del hecho ilícito, por lo cual sería exigida oficiosamente por el Ministerio Público como acción penal; por la falta de inoperancia y otros defectos que se le encontraron dio lugar a que fuera sustituida el 27 de agosto de 1931, por el Código de Procedimientos Penales vigente hasta la fecha y por el Código Federal de Procedimientos Penales del 23 de agosto de 1934, en este último intervinieron para su redacción el Procurador General de la República, Licenciado Emilio Portes Gil, y los señores Licenciados Angel González de la Vega, Angel Carvajal, Alberto R. Vela, Macedonio Uribe, Javier Piña y Palacios y otros más; este Código es el producto de una meditada labor científica, esta Ley no tuvo como objeto nada más que el simple deseo de innovar, sino de ajustar la nueva Ley Procesal a los preceptos contenidos en la Constitución Política de la República Mexicana y en el Código Penal de 1931.

De todo lo expuesto se puede decir que en cada periodo que

vivió el país. la investigación de los delitos que se ha iniciado cuando alguien realizaba una conducta lesionando el bien jurídico tutelado. en contra de una persona o del Estado. en la actualidad esta forma no ha cambiado pero también durante la evolución del país se crearon varias leyes que ya fueron expuestas por consiguiente en cada ordenamiento que fueron expedidos se contemplan beneficios para los ciudadanos y para el país pues con una de ellas México logra su independencia. con las otras leyes protege a los ciudadanos. al señalarles las formas del procedimiento. Nace la institución del Ministerio Público que es el titular de la investigación y persecución de los delitos. teniendo para sí el monopolio de la acción penal. y hasta la actualidad mantiene estas mismas funciones. ya que en este último punto no se ha modificado pero lo que no menciona ninguna de estas legislaciones en sus preceptos es el tiempo que debe observar el Ministerio Público en su averiguación previa para su conclusión. y que hasta nuestros días no existe ningún artículo que haga mención de este término. por lo que se puede determinar que no existe ninguna reforma sobre este punto dejando subsistente el problema por cuanto hace a las averiguaciones previas que se inician sin detenido ya que por lo que hace a las personas que se encuentran detenidas actualmente. se tiene un término de 48 horas que marca la Constitución el cual con posterioridad se hará mención.

CAPITULO II.

CONCEPTOS FUNDAMENTALES
EN LA AVERIGUACION PREVIA

2.1 EL MINISTERIO PUBLICO.

Este organismo es de suma importancia dentro del procedimiento penal, tanto dentro de la averiguación previa, en la cual actúa como autoridad, como dentro de todo el proceso penal cuya función es actuar como parte. Dicha Institución posee una personalidad jurídica propia, por lo tanto es conveniente concebirlo como Representante del Estado y del interés social.

Toda vez que en nuestra Carta Magna ha quedado establecido que el ejercicio de la acción penal está encomendada en forma de monopolio al órgano estatal denominado Ministerio Público en representación del interés social, es necesario tener un concepto del mismo, para poder llegar a comprender la importancia que tiene en las funciones que realiza dentro de nuestro Derecho.

La palabra Ministerio proviene del latín ministerium, que significa cargo que ejerce uno, empleo, oficio u ocupación especialmente noble y elevado. Por lo que hace a la expresión público, está deriva también del latín publicus-populus: pueblo, aplicado a la potestad o derecho de carácter general y que afecta en la relación social como tal, perteneciendo a todo el pueblo. Por tanto, en su acepción gramatical, el Ministerio Público significa cargo que se ejerce en relación al pueblo.

MINISTERIO PUBLICO.- Es la institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo ejecutivo, que posee como funciones esenciales la de persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal: interviene en otros procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales, de ausentes, menores e incapacitados y finalmente como consultor y asesor de los jueces y tribunales.

Como se desprende del artículo 21 Constitucional, el cual contiene las atribuciones del Ministerio Público como son de investigar y perseguir los delitos y el presunto responsable, realizando las diligencias tendientes a la preparación del ejercicio de la acción penal en su desarrollo en el proceso, mediante el conjunto de facultades ejercidas por el Estado, a través del Representante Social llamado Ministerio Público y la Policía Judicial la cual estará bajo la autoridad y mando de aquel con el fin del rápido y expedito ejercicio de la ley.

Por lo que se refiere a su situación actual, en las leyes orgánicas del Ministerio Público, tanto en la esfera federal como en sus entidades federativas, se advierte la preocupación esencial de regular de manera predominante la función de investigación y persecución de los delitos, y se deja en segundo término tanto la asesoría jurídica del gobierno inducida en la Constitución de 1917, como su intervención en otras ramas procesales.

"Esta concentración de facultades persecutorias se observa en los Códigos de Procedimientos Penales, si se toman como modelos el federal de 1934 y el Distrital de 1932 (seguido en lo esencial por los representantes de las entidades federativas, los que atribuyen de manera exclusiva al propio Ministerio Público, la investigación de los delitos con el auxilio de la policía judicial, cuerpo especializado que se encuentra a su servicio. Un aspecto importante que observamos en la orientación de los citados códigos actualmente en vigor, es el otorgamiento al Ministerio Público del llamado "monopolio del ejercicio de la acción penal" que deriva de una interpretación que consideramos discutible, del artículo 21 de la Constitución, lo que significa que son los agentes de la institución los únicos legitimados para iniciar la acusación a través del acto procesal calificado como "consignación", que inicia el proceso y sólo se le confiere una limitada intervención en los actos relacionados con la reparación del daño o la responsabilidad civil proveniente del delito, tomando en cuenta que la citada reparación es un aspecto de la pena pública".(21)

MINISTERIO PUBLICO FEDERAL.- "El Ministerio Público Federal, es una institución dependiente del Ejecutivo Federal, precedida por el Procurador General de la República quien tiene a su cargo la persecución de los delitos del orden federal, vigilar la

(21) Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ed. Porrúa, Pág 218 y 219.

observancia de los principios constitucionales y legalidad en el ámbito de su competencia, presta consejo jurídico al Gobierno Federal, para que la administración de justicia sea pronta y expedita, entre otras".(22)

La institución del Ministerio Público es una magistratura independiente que tiene la misión de velar por el estricto cumplimiento de la Ley y que es depositario de los más grandes intereses de la sociedad toda vez que está es su principal función.

En tal virtud la Institución del Ministerio Público surge como figura jurídica con personalidad propia a la que se le encomienda el ejercicio de la acción penal, y abre las puertas a la jurisdicción para hacer valer la pretensión punitiva, nacida de la comisión de un hipotético delito, así como en lo relativo a la actividad posterior, ya en la instancia como parte o sujeto de la relación procesal que la activa y la lleva a su fin por medio de la misma acción.

En tal virtud se puede llegar a la conclusión que hoy en día el Ministerio Público constituye particularmente un instrumento total del procedimiento, así como la importantísima fase indagatoria, donde tiene la responsabilidad del ejercicio de la acción penal en nombre del Estado, asimismo en la fase

(22) Manual de Encuentros Comunitarios para la difusión del Derecho Mexicano, Procuraduría General de la República, Dirección General Jurídica, México, 1990, Pág. 17.

instructiva en que figura como parte.

Por consiguiente esta Institución es autoridad en la averiguación previa y se convierte en parte desde el momento de la consignación y debe encausar sus actuaciones a través del titular del Poder Judicial y nuevamente aparece como autoridad al formular la acusación.

En relación a la naturaleza jurídica del Ministerio Público, no existe un criterio definido en este campo doctrinal, ya que para unos autores es un Representante Social, otros autores señalan que es un Organismo Administrativo, algunos le atribuyen el carácter de colaborador de los Organismos Jurisdiccionales, y otros señalan que es un Organismo Judicial.

En consecuencia se puede determinar que al Ministerio Público le corresponde como función primordial el salvaguardar el interés de la sociedad por que se ha delegado en él proveer de todo lo necesario para el mantenimiento de la legalidad.

"No es posible negar al Ministerio Público en su carácter de Representante Social y colaborador de los Organismos Jurisdiccionales, lo que no se puede aceptar es que se considere parte del Poder Judicial, ya que el Ministerio Público no decide controversias y además por que nuestra Constitución Federal no lo autoriza, puesto que en forma clara determina sus facultades, que son distintas a las que señala a la Autoridad Judicial, y agrega

que dentro de la decisión tripartita de poderes gubernamentales que nos rigen, las funciones que le están asignadas corresponden a las del Poder Ejecutivo, en atención a las disposiciones que norman sus funciones, se subordinan a los principios de Derecho administrativo y todo se impone en consecuencia reconocerle el carácter de Organó Administrativo del Poder Ejecutivo." (23)

Se puede concluir que, el Ministerio Público es un representante social en el ejercicio de su función persecutoria, así como también que los actos que realiza son de naturaleza administrativa y lo que prevalece en total desacuerdo, es que se le considere como un organó judicial, ya que en ello el Ministerio Público sufre un retroceso en su formación histórica puesto que sobre las ideas que separa en forma específica la función jurisdiccional de la que deberá corresponder al Ministerio público, se avanzó progresivamente hasta establecer el sistema actual, en términos del artículo 21 constitucional, que es a los Organos Jurisdiccionales a quienes se les ha otorgado la facultad de aplicar el derecho y el Ministerio Público como autoridad pública la de perseguir los delitos.

Algunos otros investigadores de la figura del Ministerio Público, lo estiman como colaborador del Organó Jurisdiccional, debido a las funciones que realiza y se encuentran involucradas

(23) González Blanco, Alberto. El Procedimiento Penal Mexicano. Ed. Porrúa, México 1975. pág. 61.

con el procedimiento penal " Que es posible admitir que el Ministerio Público colabora con la autoridad jurisdiccional a través de sus funciones específicas, ya que estas obedecen al interés característico de toda la organización estatal: para el fiel cumplimiento de sus funciones el Estado encomienda deberes específicos a sus diversos órganos para que su colaboración plena y organizada mantengan el orden y la legalidad razón por la cual el Ministerio Público (órgano de acusación), lo mismo al perseguir el delito que al hacer cesar toda lesión jurídica en contra de los particulares, dentro de este postulado, sea un auxiliar de la función jurisdiccional para que los jueces hagan actuar la Ley."(24)

En relación que si el Ministerio Público es un Órgano Judicial, sea discutido de manera amplia y los que sostienen esa posición le otorgan a esta Institución el carácter de Órgano Jurisdiccional ya que postulan que no puede ser un Órgano Administrativo, sino más bien de carácter judicial, argumentando que la potestad judicial tiene por objeto y fin el mantenimiento y actuación del Órgano Jurídico, por lo tanto le otorgan ese carácter y no administrativo.

Aunque en nuestra Carta Magna no se encuentra contemplado de tal forma ya que en su artículo 21 lo mencionan como parte integral del Poder Ejecutivo.

(24) Colín Sánchez Guillermo, op. cit. pág. 94.

2.2 AVERIGUACION PREVIA.

A esta se le considera como la primera etapa del procedimiento penal. ya que con posterioridad se dará en el proceso la Instrucción y el Juicio finalmente en concepto de cierto sector, la ejecución de la pena especie de instrucción administrativa, ésta se encarga de procurar el esclarecimiento de hechos y de participación en el delito así como la probable responsabilidad. se desarrolla ante la autoridad del Ministerio Público, de origen cuando se da a conocer el hecho, obtenida por la denuncia o querrela, y culmina con el ejercicio de la acción penal. o la resolución de archivo.

La averiguación previa se define como: " La fase preprocesal y que tiene por objeto el investigar el delito y recoger las pruebas indispensables para el Ministerio Público y se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal en el caso concreto."(25)

En relación a la averiguación previa Jose Francisco Ville nos dice: " Es la primera etapa del procedimiento penal desarrollada por el Ministerio Publico durante la cual practica las diligencias legalmente necesarias para comprobar la existencia de los delitos y la responsabilidad de quien o quienes

(25) González Bustamante, Juan José. op. cit. pag. 23.

en ellos participa, a fin de proceder al ejercicio de la acción penal correspondiente ante los Tribunales que del mismo compete tal función."(26)

Las atribuciones que le concede el artículo 21 constitucional al Ministerio Público algunos estudiosos se refieren a dos momentos procedimentales:

- a) Preprocesal;
- b) Procesal.

El primero abarca precisamente la averiguación previa, constituida por la actividad investigadora del Ministerio Público, tendiendo a decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal: función investigadora que se inicia a partir del momento en que ésta Institución tiene conocimiento de un hecho posiblemente delictuoso y el cual se encuentra auxiliado por la Policía Judicial. El Ministerio Público debe iniciar su función investigadora partiendo de un hecho que razonablemente pueda presumirse de delictivo, esto se da a través de una denuncia o querrela sustentando la averiguación previa en una sólida base jurídica.

Es así como se da la función persecutoria, como la realización de todas las diligencias que tienden a la preparación del ejercicio de la acción penal y su desarrollo en el proceso.

(26) Franco Villa José. El Ministerio Público Federal. Ed. Porrúa, México 1985, pág. 150.

entraña una autentica labor de averiguación, de búsqueda constante de las pruebas que puedan acreditar la existencia de los elementos materiales del tipo penal y la responsabilidad de que en ellos intervienen.

En consecuencia se puede determinar que en este período la función que desempeña el Ministerio Público es el unir mediante una búsqueda todos los indicios, datos y elementos suficientes que justifiquen la existencia del tipo penal y la probable responsabilidad del individuo, al cual se le atribuye la comisión del ilícito, consistente en todas las diligencias que tienden a la preparación del ejercicio de la acción penal, la promobilidad de la acción debe estar regida por nuestros preceptos legales.

Abarcando tal parámetro preprocesal de averiguación previa que se inicia a partir del momento en que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho posiblemente delictuoso, el cual se encontrará auxiliado por la policia judicial, hecho que se conoce por la autoridad a través de una denuncia, acusación o una querebella, sustentando la averiguación previa en una sólida base jurídica.

En tal virtud la función persecutoria como la realización de todas las diligencias que tienden a la preparación del ejercicio de dicha acción y de su desarrollo en el proceso "La función persecutoria, entraña una auténtica labor de

averiguación. de búsqueda constante de las pruebas que acrediten la existencia de los elementos del delito y la responsabilidad de quienes en ellos participan."(27)

Por consiguiente es necesario que la conducta del individuo se manifieste y adopte diferentes características que trasgredan las normas jurídicas y reúnan los calificativos necesarios para la integración del tipo penal. y de tal manera provoque el interés del derecho penal: dicha conducta va a ser valorada de acuerdo con las reglas establecidas por el sistema de enjuiciamiento; de tal forma se establece la relación entre el Derecho del Estado, para la persecución penal vinculada al individuo autor de tal conducta.

La actividad investigadora se encuentra regida por:

- a) Principio de iniciación de la investigación;
- b) Principio de oficiosidad; y
- c) Principio de legalidad.

Existe además de la legalidad constitucional. el apoyo en disposiciones secundarias. atribuye la titularidad de la averiguación previa al Ministerio Público el artículo 3o. del Código de Procedimientos Penales en el Estado de México. otorga la calidad del titular de la averiguación previa. al Ministerio

(27) Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. Ed. Porrúa 1968. pág. 88.

Público, en igual forma los artículos 10., 30.fracciones I y II de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia en el Estado de México, que confiere dicha atribución al titular de la averiguación previa.

2.3 DETENCION.

La misma existencia humana conduce a reconocer que los hombres de por si, de acuerdo con su organización, derecho a la vida y a la libertad en sus multiples aspectos a la igualdad, a la propiedad, al trabajo y en especial tiene derecho a que su dignidad personal, o sea, su integridad mental y corporal, sus derechos adquiridos y su libertad de acción sean respetados mutua y reciprocamente por todos y cada una de las personas.

En relación a esto se puede comentar que las garantías Constitucionales o Derechos humanos, como un conjunto de normas consagradas en nuestra Carta Magna que tutela tales derechos del individuo, e impone el Poder Estatal, así como a las autoridades el cumplimiento y observación de dichos funcionarios.

Las disposiciones especiales referentes a la libertad corporal que contiene nuestra Constitución estipula los casos y los requisitos que permiten que la autoridad restrinja la libertad personal por razones de interés social, afectado por una

alteración del Orden Jurídico. a través de ataques a la convivencia pacífica. se contempla en la Ley Suprema. en su artículo 14 párrafo segundo y tercero y el artículo 16 de la Constitución.

Los restricciones que impone el Estado a la libertad de las personas. son medidas que adoptan el Poder Público en beneficio de la colectividad. con el fin de asegurar la marcha normal del procedimiento. resultando lo anterior es necesario entrar al concepto que de manera indubitable la médula de las actuaciones del Ministerio Público en la averiguación previa como en la detención.

Detención: "Acción o efecto de detener. privación de la libertad en que median los presupuestos para ejecutar la medida precautoria." (28)

Es la privación de la libertad individual de carácter provisional que sufre una persona presunta responsable de un delito por un mandato judicial o por alguna de las excepciones que señala el artículo 16 Constitucional. el cual ahora también incluye el término de retención. el cual podríamos interpretar como la privación de la libertad discrecionalmente. dentro de un límite conocido. que va desde el cumplimiento del término correspondiente. hasta con la posibilidad de prolongar la

(28) Falomir de Miguel. Juan. Diccionario para Juristas México Mayo 1981. pág. 450.

duración de la detención del probable responsable con la pena límite, máximo de su culpabilidad en un lugar de reclusión.

"La privación de la libertad de una persona con objeto de ponerla a disposición de una autoridad competente." (29)

Alcala Zamora y Levece: "Una de las típicas medidas precautorias dentro del proceso penal tiene por objeto, no tanto asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte, como de manera más directa, evitar la desaparición del presunto culpable y que utilice su libertad para borrar huellas del delito, y dificultar la acción de la justicia. La detención posee un sentido general y late como privación de la libertad personal y otro estricto procesal, privación de la libertad material de un presunto culpable por un tiempo preciso con el objeto de ponerlo a disposición de la autoridad competente.

"Es un estado de privación de la libertad que sufre una persona en virtud de un mandamiento judicial, depositarlo en una cárcel o prisión pública que tenga la seguridad necesaria para que no se evada." (30)

Existen tres hipótesis en relación a la privación de la libertad:

(29) De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa. México 1988. págs. 236 y 237.

(30) González Bustamante, Juan José. op. cit. pag. 114.

1.- La detención en los casos de delitos cuya comisión sea flagrante, en las que cualquier persona puede detener al indiciado, pero que deberá ponerlo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y está con la misma prontitud a la del Ministerio Público, quien no podrá retener al indiciado por más de 48 horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; con la posibilidad de duplicar dicho término en aquellos casos que en su momento prevea como delincuencia organizada.

2.- El cumplimiento de una orden judicial, de aprehensión, en cuyo caso se deberá poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna. La contravención a dicha obligación se sancionará por la Ley Penal.

3.- La detención que podrá ordenar el Ministerio Público, bajo su responsabilidad, es en la que deberá fundar y expresar los indicios que motiven su proceder lo cual sólo podrá librarse en casos urgentes, cuando se trate de delitos graves, así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda acudir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, establecido en el artículo 16 párrafos 5o. y 6o. de nuestra Constitución.

Para poder ratificar la detención de un indiciado, cuando se

consigne la averiguación con detenido. el Juez debe analizar si efectivamente éste fue privado de su libertad en flagrancia del delito. al efecto deberá examinar las constancias de autos para determinar la legalidad de la privación de la libertad como medida de control de legalidad. para que la violación en caso de existir. lo mismo acontece respecto de la detención ordenada por el Ministerio Público en caso de urgencia en cuya hipótesis para ratificarse de la detención del indiciado, se debe analizar si se cumplieron los requisitos que establece el 5o. párrafo del artículo 16 Constitucional o sea si se justificó que se está en presencia de las hipótesis del delito grave que así define la ley. y ante el riesgo fundado de que el indiciado se pudiera sustraer de la acción de la justicia, también se debiera examinar cual fue la causa por la que el Ministerio Público no pudo acudir ante la autoridad judicial, a pedirle su intervención para el libramiento de una orden de aprehensión. además como todo mandamiento de autoridad se examinará si se fundaron y motivaron las causas que generaron el proceder del órgano de investigación. y se justifica la privación de la libertad del indiciado por orden del Ministerio Público. o si fué sorprendido en flagrancia en el delito.

Ninguna persona podrá ser detenido por el Ministerio Público por más de 48 horas determinado en el artículo 19 Constitucional. plazo en que deberá ordenarse su libertad. o

ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada.

Se finaliza como fundamento a la detención el contenido del artículo 16 de nuestra Carta Magna, regulando la privación de la libertad en delito flagrante: la detención del Ministerio Público en casos urgentes: la clasificación por parte del Juez, al recibir la consignación de la legalidad o ilegalidad de la detención por la urgencia o flagrancia para los efectos de ratificar su detención o decretar su libertad con las reservas de ley.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal habló sobre el punto en discusión:

Artículo 132.- " Para que un Juez pueda librar orden de detención contra una persona, se requiere:

I.- Que el Ministerio Público la haya solicitado; y

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

En el Código de procedimientos Penales para el Estado de Mexico, en su artículo 152 dispone lo siguiente:

Artículo 152.- El Ministerio Público al practicar diligencias de averiguación previa está obligado a proceder a la detención de los probables responsables de un delito, sin necesidad de orden judicial, en los casos siguientes:

1.- En caso de flagrante delito; y

2.- En casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley, y ante el riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no pueda acudir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención expresando las razones y los fundamentos que motiven su proceder.

La orden de detención será ejecutada por la policía judicial quien deberá, sin dilación alguna, poner al inculpado a disposición del Ministerio Público que le haya librado.

La Policía Judicial solamente podrá detener a los inculcados en los casos previstos en este artículo. De toda investigación que practique, deberá rendir informes. Cuando un particular detuviere a un inculpado en caso de delito flagrante, deberá ponerlo sin demora a disposición del Ministerio Público; cuando no lo hubiere en el lugar, a la autoridad más inmediata quien con la misma prontitud lo entregará a la Representación Social.

Cualquier violación a tales disposiciones harán penalmente responsable al Ministerio Público, o funcionario de Policía Judicial que decreta la detención; la persona detenida en contravención a lo previsto, en este artículo será puesto en

inmediata libertad. como ya se dijo no puede estar privado de su libertad por más de 48 horas o el doble si se tratara de delincuencia organizada.

2.4 APREHENSION.

En nuestro procedimiento la libertad del indiciado se restringe en uso de diversos medios, estimándose en sentido estricto la aprehensión como uno de ellos derivado de un mandamiento de la autoridad judicial, en términos de la Constitución.

En tal mandato es necesario considerar las diferentes opciones de dicho termino juridico. por lo que dice Marco Antonio Diaz de León, la aprehensión: " En el proceso penal es la medida cautelar que consiste en la captura del acusado penalmente y debe ser decretada únicamente por el Juez y tiene como fin asegurar el objeto y desarrollo del proceso. así como hacer factible la imposición de la pena privativa de libertad en los delitos que la proveen. es decir. en los delitos que contemplan una sanción corporal." (31)

La palabra aprehension proviene del latin "prehensia", que denota la actividad de cojer. asir. En términos generales se

(31) Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal. Ed. Porrúa. México 1989. pág. 222.

debe entender por aprehensión el acto material de apoderarse de una persona privándola de su libertad."(32)

"La orden de aprehensión desde el punto de vista dogmático, es una situación jurídica, un estado, un modo de lograr la presencia de un imputado en el proceso. Desde el punto de vista procesal es el acto jurisdiccional legalmente fundado que ordena la privación de la libertad de una persona por un tiempo determinado."(33)

Para que se pueda proceder a la detención de un individuo, debe quedar plenamente comprobado el tipo penal que se le atribuye así como la responsabilidad criminal, y que haya pruebas suficientes que señalen plenamente su presunta culpabilidad.

Cuando no se da los casos de flagrancia o de notoria urgencia, el derecho a la libertad está rodeado de las siguientes garantías. Primero la orden de aprehensión debe dictarse por la autoridad judicial; segundo por el delito que tenga señalado pena corporal; tercero este delito debe de haber dado lugar a una denuncia o querrela de persona digna de fe.

Para que se pueda librar una orden de aprehensión, se requiere que el Ministerio Público la haya solicitado, y para

(32) Rivera Silva, Manuel. op. cit. pág. 137.

(33) Colín Sánchez, Guillermo. op. cit. 267.

estar en aptitud de dicho pedimento previo al ejercicio de la acción penal en su pliego consignatorio de satisfacer los requisitos prevenidos en el artículo 16 Constitucional párrafo segundo. No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda 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 integren el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

La Policía Judicial quien es la que ejecuta la orden de aprehensión, deberá de poner al inculpado a disposición del Juez sin dilación alguna, y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

Uno de los preceptos que imparte mayor protección a todo gobernado, es el artículo 16 constitucional principalmente a través de la garantía de legalidad que consagra, la cual dada su extensión y efectividad jurídica pone a las personas a salvo de todo acto que transgrede su esfera de derechos.

De todo lo anterior se puede desprender como garantía que la orden de aprehensión debe satisfacer los mismos requisitos que exige el auto de formal prisión, conforme al artículo 19 de la Carta Magna, lo cual constituye una seguridad jurídica, puesto que desde el momento en que se ordena la privación de su libertad

por mandamiento de captura, ya existe una clasificación del delito que se le atribuye, por lo cual el indiciado está en actitud de defenderse adecuadamente, esto es, sin perjuicio de que al momento en que se resuelva su situación jurídica, se precise en definitiva el delito por el cual se seguirá el proceso.

Se puede determinar que la orden de aprehensión de que emana del Juez para que al inculpado se le vulnere su libertad en casos excepcionales, como los previstos en los párrafos cuarto y quinto del artículo invocado, relativos a la flagrancia y en los casos urgentes.

De acuerdo a lo estipulado en la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su tesis jurisprudencial, Orden de Aprehensión: Para que proceda una orden de aprehensión no basta que sea dictada por autoridad judicial competente en virtud de denuncia de un hecho que la ley castiga con pena corporal, sino se requiere además que el hecho o hechos denunciados legalmente puedan constituir un delito que la ley castiga como pena corporal; el Juez de Distrito debe hacer un estudio de las circunstancias en el que el acto fue ejecutado, para dilucidar si la orden de captura constituye ó no, violación de garantías. Quinta Epoca. Tomo XVIII. Pág. 1076. Pca Apolinar y Coag. Unanimidad de votos. Criterio Doctrinal y Lineamientos que motivan y fundan dicho punto.

2.5 FLAGRANCIA.

El término proviene de *flagranti*, *flagrantiae*, cuyo significado es arder, brillar, estar flameante, incandescente, metafóricamente al paso del Derecho y aplicándose al delito significa delito resplandeciente o actualidad del delito, se impone claramente y subsiste ante los ojos de los demás observadores, por lo que es menester que el hecho delictuoso perdure ó no haya concluido en el momento en que se descubre, es decir que se sorprenda en la realización de la ejecución.

"Flagrancia es el momento mismo de estar cometándose el delito sin que el autor haya tenido tiempo u ocasión de huir actualizando el delito en si."(34)

Consideran algunos otros autores que la Flagrancia es aquel en que se encontrará al delincuente en el momento mismo de cometer el delito, es decir, es evidente que una persona que lo vea se da cuenta de que está cometiendo un delito, y en su caso, un particular puede detener al delincuente y entregarlo a la autoridad.

Esta facultad nos remite al artículo 16 de la Carta Magna en su 4o. Párrafo donde nos establece que "en los casos de delito flagrante cualquier persona puede detener al inculpado poniéndolo

(34) Palomar de Miguel, Juan, op. cit. pág. 602.

sin demora a disposición de la autoridad inmediata, y ésta, con la misma prontitud a la del Ministerio Público.

El artículo mencionado en su párrafo 6o. fue reformado e introduce una disposición novedosa como complemento al prevenir en caso de una urgencia o flagrancia, el Juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley. se trata de un control jurisdiccional de legalidad con relación a las detenciones, para efecto de determinar si dicha detención si fué realmente hecha con flagrancia ó concurriendo los requisitos de urgencia.

Esto da origen a que los jueces den la debida importancia así como tomar la responsabilidad de ratificar la detención ó dar en tal caso la libertad al indiciado.

Cuando la persona es sorprendida dentro de la flagrancia en el acto de estarlo cometiendo, se involucra para que el sujeto pueda ser aprehendido por la policía judicial ó por el Ministerio Público sin orden judicial.

Por su parte el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su artículo 267 establece:

Se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el

inculpadó es perseguido material e inmediatamente y después de ejecutado el delito.

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

La violación de esta disposición hará penalmente responsable a quien decreta la indebida retención y el indiciado deberá ser puesto inmediatamente en libertad.

Con esto se puede establecer diversas hipótesis de la flagrancia, así tenemos:

a) "Cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo", lo anterior es lo que se ha dado en llamar propiamente flagrancia estricta, y es el acto con el que una persona es sorprendida mientras está cometiendo un delito.

estableciéndose esa relación íntima entre el hecho delictuoso y su autor, es decir, que la detención se realiza en la fase consumativa de la conducta.

b) "Cuando después de ejecutado el hecho delictuoso el inculpado es perseguido materialmente". esta segunda hipótesis es lo que se ha dado en llamar cuasifiagrancia, y se condiciona para que proceda la misma, y que la persecución sea ininterrumpida, esto es que no se ponga el inculpado fuera del inmediato alcance de los que le persigan. La palabra "después" debe entenderse que se inicia en los momentos inmediatos posteriores a la consumación del evento delictivo, no importando el tiempo que transcurra en la persecución siempre y cuando no cese la misma, si por cualquier razón se llegare a suspender ya no se estará en la hipótesis antes señalada; por tanto no abarca cualquier etapa posterior a la consumación del delito.

c) "Cuando la persona señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos a quien hubiera participado con ella en la comisión del delito; o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito; o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundamentalmente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la Ley, no haya transcurrido un plazo de 72 horas desde el momento de la comisión

de los hechos delictivos. se hubiese interrumpido la persecución del delito". es lo que se ha dado llamar presunción de flagrancia y la misma proviene de que están resplandeciendo las pruebas de la participación del inculpado. también llamada flagrancia de la prueba. lo que existe en esta hipótesis son datos que hacen suponer fundamentamente de que ese sujeto fué el autor o participe. En estos casos el Ministerio Público verificará que se trate de un delito considerado como grave y no haya transcurrido más de 72 horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos y se hubiese iniciado la averiguación previa correspondiente y no se haya interrumpido la persecución del delito. pues en caso de no reunir estos requisitos el Ministerio Público no podrá retener a ninguna persona.

2.6 CONSIGNACION PENAL.

"Es el acto del Ministerio Público de realización normalmente ordinaria que se efectúa una vez integrada la averiguación. en virtud del cual se inicia el ejercicio de la acción penal poniendo a disposición del Juez todo lo actuado en la mencionada averiguación así como las personas y cosas relacionadas en su caso con las mismas".(35)

(35) Osorio y Nieto. Cesar Augusto. Averiguación Previa. Ed. Porrúa. México 1989. pág. 25.

La consignación también recibe el nombre de ejercicio de la acción penal que lleva a cabo el Ministerio Público consignador ante el Juez, es acción y ejerce en forma absoluta que le es atribuible en el artículo 21 Constitucional.

El Ministerio Público con las facultades de que se encuentra investido, puede llegar a juzgar más casos que la propia autoridad judicial, al culminar sus investigaciones determinando la consignación ó negándola, sin más argumento que sus propios juicios de los hechos. Resolviéndose de esta manera la problemática de la criminalidad y la procuración de justicia, en la mayoría de los casos queda a nivel de averiguación previa y en manos del Ministerio Público, como dueño exclusivo de la acción penal.

Para que proceda la averiguación es indispensable que en esta se hayan practicado todas y cada una de las diligencias necesarias para integrar el tipo penal y la probable responsabilidad, ya sea a nivel de agencia investigadora ó de mesa de trámite, en la integración de la averiguación en cada tipo específico se agotará la indagatoria de manera que existan los suficientes elementos que situen al Ministerio Público en aptitud de integrarla y en su caso proceder a la consignación respectiva.

Los preceptos constitucionales fundamentales de la

consignación podemos establecer a los artículos 16 y 21. el primero citado en cuanto a los requisitos para el ejercicio de la acción penal y el segundo de los mencionados respecto de las atribuciones al Ministerio Público, de ejercitarla como ley secundaria, aplicable a los Códigos sustantivos del Distrito Federal y de los Estados. En consecuencia se puede determinar que en nuestro sistema procesal, consignación es el acto por el cual de manera escrita el Ministerio Público ejercita acción penal y expresa la pretensión punitiva ante el órgano jurisdiccional.

CAPITULO III
LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD
DE LA
AVERIGUACION PREVIA.

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

En la averiguación previa es en la que sólo tiene la intervención del Ministerio Público en su calidad de autoridad especial. se inicia a partir del momento en que ese órgano toma conocimiento a través de la denuncia, acusación o querrela que en forma oral o escrita le sean presentadas, sobre hechos que se hayan cometido o se pretendan cometer y que los mismos los tenga contemplados y sancionados por la ley penal como delitos.

La función persecutoria del Ministerio Público se inicia cuando se cumplen los requisitos de procebilidad que establece el artículo 16 Constitucional, entendiéndose estos como las condiciones o formas legales, y los principios que rigen esta actividad los cuales son:

a) El de Iniciación: Que consiste en la iniciación de la investigación, está regida por lo que bien podría llamarse principio de requisitos de iniciación, en cuanto no se deja la iniciativa del órgano investigador el comienzo de la misma investigación, ya que para esto se necesita que se encuentren reunidos ciertos requisitos previamente establecidos por la ley.

b) El de oficiosidad: La actividad investigadora se rige por este principio, para la búsqueda de pruebas, hecha por el órgano encargado de la investigación aun tratándose de delitos perseguibles por querrela, toda vez que ha iniciado la investigación el órgano investigador, oficiosamente lleva a cabo

la búsqueda de aquellos elementos que en un momento dado puedan comprobar la existencia de los elementos del tipo penal y hacer probable la responsabilidad del inculpaado.

c) El de Legalidad: Consistente en que si bien es cierto que el órgano investigador de oficio practica su averiguación, y que tiene el monopolio de esta, también lo es que debe estar a lo dispuesto por la ley.

En consecuencia se puede concluir que los requisitos de procedibilidad son necesarios para que se inicie el procedimiento. tal caso es el de la comprobación tanto de los elementos del tipo como de la probable responsabilidad, así mismo, en nuestra Carta Magna en su artículo 16, expresa que la denuncia, acusación o querrela, debemos entender que la acusación es el género cuyas especies son la denuncia o la querrela, pues el artículo 20 fracción III, al ordenar "Se le hará saber... el nombre de su acusador y la naturaleza y causas de la acusación..." (36)

3.1 LA DENUNCIA

Es la narración de hechos que se consideran delictuosos.

(36) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ed. Porrúa 1996. pág.17.

existiendo los delitos que se llaman de oficio en los que cualquier persona, siendo el interesado directamente, el ofendido o siendo un tercero, es decir cualquier persona que ponga en conocimiento los hechos al Ministerio Público, titular de la averiguación previa.

" El periodo de preparación de la acción penal, principia en el momento en que la autoridad investigadora tiene conocimiento de la comisión de un hecho delictuoso, o que aparentemente reviste tal caracteristic y termina con la consignación ".(37)

Al tratar las generalidades de la función persecutoria, quedó manifestado que la iniciación de esta no queda a arbitrio del órgano investigador, sino que es necesario para iniciar la investigación guardar o reunir requisitos legales de iniciación. Estos requisitos son la presentación de la denuncia o querrela.

Es así como dentro de esta fase investigatoria y tratando de que sea aplicable la pretención punitiva, es necesario que se reúnan los requisitos exigidos por el artículo 16 de la Constitución General dela República; es decir, el Ministerio Público puede tener conocimiento de un hecho delictuoso en forma directa e inmediata, por conducto de los particulares, por la policia o por quienes estén encargados de un servicio Público.

(37) Rivera Silva, Manuel.op. cit. pág. 97.

Técnicamente la denuncia se puede definir de la siguiente manera: "Relación de actos que se supone delictuosos, hechos ante la autoridad investigadora con el único fin de que ésta tenga conocimiento de ellos". (38)

La denuncia definida en los anteriores términos entraña los siguientes elementos:

a).- Una narración de los hechos presumiblemente delictivos: Consistente en exponer en forma sencilla, hechos presuntamente delictuosos que integran la posible comisión de un delito, es decir, consiste en una simple exposición de los actos realizados.

b).- Hecha esta ante el órgano investigador, o sea, el conocimiento dado al representante social para su actuación.

c).- Hecha por cualquier persona, aun cuando se ha discutido en forma amplia este punto de referencia, la denuncia puede ser considerada dentro de la legislación procesal en vigor, que toda persona que tiene conocimiento de la comisión de un delito que deba perseguirse de oficio, está obligada a denunciar ante el Ministerio Público, y en caso de urgencia ante el funcionario o agente de la policía, y que está obligada la persona en el ejercicio de sus funciones públicas y tiene conocimiento de la probable existencia de un delito, debiendo transmitir los datos

(38) Rivera Silva, Manuel. op. cit. pág. 98.

que fuesen necesarios para la iniciación de la averiguación.

Con esto se puede determinar que existiendo causa para la presentación de una denuncia, ésta tendrá de formularse ante autoridad competente, el Ministerio Público representante de la sociedad para tales efectos. Ante éste habrá de señalarse los elementos que funden el pedimento punitivo, indicándosele en que consiste la persecución de responsabilidad del inculcado, a efecto de ser examinada ésta, y en caso de encontrarla justificada procederá a la iniciación de la averiguación e integración de la misma, para los efectos legales correspondientes.

Como se ha dicho, la denuncia es el relato de hechos que se supone son delictuosos, los cuales se le dan a conocer al Ministerio Público, con el fin de que éste inicie e integre la averiguación previa, así mismo que determine si existen los elementos que permitan integrar el tipo penal, y hacer probable la responsabilidad. No solo el órgano investigador puede recibir las denuncias, sino también la Policía Judicial en casos urgentes, dando cuenta inmediata a el titular de dicha investigación, único facultado para la investigación de los delitos, para preparar el ejercicio de la acción penal, debe estar enterado de la denuncia, tomando en cuenta que la Policía Judicial depende y está bajo el mandato inmediato del Ministerio Público.

En nuestro Código Federal de Procedimientos Penales en sus artículos 116 y 117, se establece la obligación de presentar la denuncia, sin que se señale sanción a falta de cumplimiento y en casos urgentes ante cualquier funcionario o agente de la policía. El Código Penal del Distrito Federal no hace ninguna manifestación en relación con la presentación de nuestro punto de discusión, pudiéndose concluir en términos generales que existe obligación legal de presentarla.

En el artículo 400 de dicho ordenamiento, fija la sanción para quien no procure por los medios lícitos que tengan a su alcance, impedir la consumación de los delitos que se sepa va a cometerse o se estén cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio, y para que el requerido por las autoridades no de auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delinquentes, se concluye que únicamente en estos tres casos (delitos que se va a cometer, se está cometiendo y cuando se es requerido por las autoridades), existe la obligación de presentar denuncia.

Se puede llegar a la conclusión de que no en todos los casos existe la obligación jurídica de presentar denuncia.

Esta se puede presentar por escrito en la oficialía de partes de la Procuraduría General de la República, turnándose a la Fiscalía Especial que corresponda al delito denunciado, o bien a

la Delegación General Metropolitana, misma que cuenta con tres Subdelegaciones ubicadas en los distintos Reclusorios Preventivos(Norte, Sur y Oriente).

Por lo que se refiere al orden común, las denuncias se pueden presentar por escrito en la oficialia de partes de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, turnándose a las mesas de trámite del sector central o a las que se encuentren en las agencias investigadoras correspondientes, para que se integre la averiguación previa y se lleve a efecto dicha investigación.

Por consecuencia también dichas denuncias se pueden presentar en las propias agencias investigadoras para que se integren los elementos del tipo penal y ver si existe la responsabilidad del o los inculpadcs.

Los efectos de la denuncia, en términos generales son, en primer término obligar al órgano investigador a que inicie la labor investigadora, que deberá estar regida por el principio de legalidad, el cual determina que no es el Ministerio Público el que caprichosamente fija el desarrollo de la investigación, sino la ley.

3.2 LA QUERELLA.

Para el legislador, la querella también recibe el nombre de acusación, son términos que los usan en forma sinónima.

La querella posee una doble acepción, como sinónimo de la acción privada y como simple requisito de procedibilidad, en nuestro país consistente en la privación del monopolio acusador del Ministerio Público, la querella es simple requisito de procedibilidad que resume en una manifestación de conocimiento sobre hechos delictuosos y una expresión de voluntad a efecto de que se lleve adelante el ejercicio de la acción penal.

La querella es la narración de los hechos presumiblemente delictivos por la parte ofendida ante el órgano investigador, con el fin de que se castigue al autor de los mismos. Es decir, se necesita la voluntad de los ofendidos para que actúe en contra del probable responsable el órgano judicial, es a petición de parte y respecto a aquellos delitos que la propia ley establece.

El Maestro Franco Sodi define a la querella como: "Una manifestación hecha por el ofendido a la autoridad competente dándole a conocer el delito de que fué víctima y su interés en que se persiga al delincuente". (39)

"... relación de hechos expuestos por el ofendido ante el

(39) Franco Sodi, Carlos. El Procedimiento Mexicano. Ed. Porrúa. 2a. ed. México 1957. pág.147.

órgano investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito...". (40)

Dicha definición contiene los siguientes elementos:

1.- Una Relación de hechos presumiblemente delictivos:

2.- Realizada por la persona ofendida, en virtud de que el legislador ha considerado que existe una serie de delitos en donde la punibilidad de los mismos puede causar daño mayor al ofendido, que la ocultación de los mismos, por lo que se le concede la oportunidad de que haga o no, según su criterio, del conocimiento del Ministerio Público, lo que significa que si son externados por otras personas no constituye querrela:

3.- Que dicha relación de hechos sea presentada ante el órgano investigador:

4.- Que manifieste el interés del ofendido para que sea castigado el autor de los hechos.

No hay que confundir el perdón con el consentimiento a cierto lapso. El perdón judicial es la manifestación expresa de la voluntad, en virtud de la cual se hace patente el propósito del ofendido de que no se castigue al infractor, entendiéndose de que el perdón opera cuando se inicia el procedimiento penal; de tal manera se deduce que el perdón extingue la acción

(40) Rivera Silva, Manuel. op. cit. pág. 112.

procesal penal, porque el Ministerio Público no puede continuar excitando al órgano jurisdiccional.

Por lo que respecta al consentimiento, cuando la ley lo registra no se encuentra dentro de la acción procesal penal, debido a que esta ni siquiera ha nacido, pues el consentimiento se debe entender como previo al nacimiento de la intervención del órgano investigador, este inicia su actividad con la querrela y si esta no existe, por el consentimiento no puede aparecer la acción procesal penal ni la fase preparatoria de la misma.

Uno de los principales requisitos de procedibilidad es que existe una ausencia de interés directo del Estado, al considerarse que no afecta a la colectividad sino tan sólo al ofendido.

El artículo 263 del Código de Procedimientos Penales señala que: " Sólo podrán perseguirse a petición de la parte ofendida los siguientes delitos:

I. Hostigamiento sexual, estupro y privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales.

II. Difamación y calumnias.

III. Los demás que determine el Código Penal."(41)

(41) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Ed. Sista. México 1996. páq. 121.

En esta última fracción entre otros se encuentran: el adulterio; daño en propiedad ajena; lesiones, producidas con motivo de tránsito de vehículos; abandono de cónyuge; abuso de confianza; golpes y violencias simples; peligro de contagio venéreo entre cónyuges; y los delitos previstos como el robo, abuso de confianza, fraude cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes consanguíneos hasta el segundo grado, concubina o concubinato, adoptante o adoptado y parientes por afinidad hasta el segundo grado, o terceros que hubieren participado en la ejecución del delito con los sujetos mencionados.

Estos delitos tienen como requisito indispensable que la persona ofendida o su representante legal (en los casos en que el ofendido sea menor de edad o incapacitados) manifieste su voluntad de que se persiga al que se presume transgredió la ley penal.

Ahora bien, el artículo 264 del mismo ordenamiento establece que para la persecución de los delitos se hace necesaria la querrela de la parte ofendida y si esta es menor de edad, la simple manifestación verbal de su queja la hace procedente en los términos de los artículos 275 y 276 del Código de Procedimientos Penales, el primero referido a la circunstancia de que cuando los hechos presuntamente delictivos se hagan del conocimiento de la Policía Judicial y sean de los que se persiguen por querrela y

esta es a petición de parte, deberá orientarse debidamente al querellante para que acuda al Ministerio Público y la presente: el artículo 276 del mismo ordenamiento se refiere a que tanto las querrelas como las denuncias pueden ser formuladas en forma verbal o escritas, concretándose a describir los hechos supuestamente delictivos sin darles una clasificación jurídica, misma que incluye dentro de las facultades de la representación social, debiendo observarse los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición. Cuando la denuncia o la querrela no reúnan los requisitos citados, el funcionario actuante prevendrá al promovente para que la modifique, informando al denunciante o querellante acerca de la trascendencia jurídica de este acto, así como de las penas en que incurrirán los que declaran falsamente ante las autoridades, además se le informará sobre las modalidades del procedimiento, según se trate del delito perseguible por oficio o por querrela.

Cuando la parte ofendida sea un incapaz, son los ascendientes, y a falta de estos, los hermanos los que la representan legalmente, quienes podrán formular la querrela o la denuncia en su nombre: en materia federal esto se reglamenta en los artículos 117 a 120 del Código Federal de Procedimientos Penales, donde se le da el mismo tratamiento.

Por lo tanto la denuncia como la querrela son los primeros elementos con que cuenta la averiguación previa, ya que son los

medios para poner en conocimiento de la autoridad competente la comisión de los hechos delictuosos, pero estos dos medios tienen las siguientes diferencias:

Como característica fundamental de distinción, tenemos que la querrela sólo puede ser presentada por la persona ofendida o por su representante legal, debidamente, en contener la manifestación expresa de que se persiga al delincuente, en tanto que la denuncia puede ser presentada por cualquier persona: una segunda diferencia es que los delitos que se persiguen a petición de parte, pueden ser suspendidos por el perdón y con éste puede terminar tanto la averiguación previa como el mismo proceso; y con una tercera diferencia es que en la denuncia el denunciante que ha rendido su declaración o en su caso aportado pruebas en la averiguación previa, pierde todo poder para seguir en la relación con el proceso toda vez que el órgano investigador tiene esta función o atribución monopolizada, en cambio el querellante tiene tal importancia todavía en el proceso, pues de él depende que se llegue a la sentencia o se otorgue antes de esta el perdón.

En consecuencia, se puede decir, que la querrela es un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito para hacerlo del conocimiento de las autoridades, otorgando su denuncia para que sea perseguido, se manifiesta en forma precisa, que no obstante se haya integrado el delito, la actuación del engranaje judicial está condicionada a esta manifestación de la

voluntad del particular, sin la cual no es posible proceder: de ahí que la querrela la entendemos como un requisito de procedibilidad.

3.3 COMPROBACION DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO .

Anteriormente recibia el nombre de cuerpo del delito y en base a las reformas en materia penal del 3 de septiembre de 1993, lo conocemos actualmete como elementos del tipo penal, no es fácil por la importancia que dicho término presenta pero era necesario ya que con cuerpo del delito existian una infinidad de contuciones en vista de que se consideraba como el objeto material con el cual se realizo dicho ilícito.

La averiguación previa conduce a la comprobación de los elementos que integran el tipo penal(cuerpo del delito). "El cuerpo del delito es el procedimiento penal está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales que contiene la definición."(42)

El tipo penal ó cuerpo del delito no está constituido por las lesiones, el puñal o el objeto material; sino por la existencia material, la realidad misma del delito; de este modo comprobar la existencia de los elementos del tipo penal, es decir, comprobar su materialidad.

(42) González Bustamante, Juan José. op. cit. pág. 160.

El tipo penal se da por la adecuación del acto: en nuestra legislación habla al respecto en sus artículos: 122 del Código de procedimientos para el Distrito Federal, y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, referentes a la definición del tipo penal: "El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculcado, como base del ejercicio de la acción y la autoridad judicial, a su vez examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

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

II. La forma de intervención de los sujetos activos; y

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Se puede llegar a la conclusión que el tipo penal del delito no es sólo la descripción hecha en la norma penal sustantiva, sino que también hay que tomar en cuenta los elementos objetivos, subjetivos o normativos, en otros términos: es el tipo penal, el conjunto de elementos contenidos en la descripción típica por la ley penal, en relación a su ejecución y sus circunstancias.

Para comprobar el tipo penal, se debe entonces demostrar, la existencia de un hecho típico como delito, con todos sus

elementos constitutivos tal como lo define la ley: ya que con un sólo elemento del tipo penal que no encuadre no habrá delito.

En consecuencia se puede determinar que se debe tomar en cuenta todo lo que la ley determina, así como practicar todas las diligencias que sean conveniente con la debida acreditación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.

3.4 COMPROBACION DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

Esta debe de estar debidamente comprobada de que dicho ilícito se ha realizado. " Existe presunta responsabilidad cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico por lo cual debe ser sometido al proceso correspondiente." (43)

La probable responsabilidad o presunta implica que deben tenerse determinadas pruebas, por las cuales ha de suponerse la responsabilidad de un sujeto o la intervención de una persona realizando alguna conducta activa de las formas que señala el Código Penal como tipos penales.

"Por presunta responsabilidad se entiende la probabilidad razonable de que una persona determinada haya cometido un delito y existiera cuando del cuadro procedimental se deriven elementos

(43) Colín Sánchez, Guillermo, op. cit. pag. 287.

fundados para considerar que un individuo es probable sujeto activo de alguna forma de autoría. Se requiere, para la existencia de la presunta responsabilidad, indicios de responsabilidad, no la prueba plena de ella..."(44)

El Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 13 hace mención sobre la responsabilidad, el cual dice:

"Son autores o partícipes del delito:

I.- Los que acuerden o preparen su realización:

II.- Los que lo realicen por sí:

III.- Los que lo realizan conjuntamente:

IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro:

V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo:

VI.- Los que dolosamente presenten ayuda o auxilien a otro para su comisión.

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito: y

VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en la comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo..."(45)

El tipo penal y la probable responsabilidad generalmente se comprueban con los mismos elementos de prueba, que son todas las diligencias y peritajes necesarios, o en forma contraria podemos encontrar que las diversas diligencias y peritajes

(41) Rivera Silva, Manuel, op. cit. pág. 112.

(45) Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Ed. Sista. México 1996. pág. 5.

practicados, pueden tener como conclusión que el "presunto" no sea responsable de los actos que se imputan.

Se puede concluir que el periodo de la averiguación previa entraña una labor de verdadera investigación o de una constante búsqueda de los elementos que acreditan la existencia de los delitos y de la presunta responsabilidad de quienes en ellos hayan tenido participación, tal averiguación es llevada a cabo por el órgano investigador y titular de la averiguación previa, ya que lo encontramos contemplado tanto en nuestra Constitución como en las leyes secundarias: Por tal motivo se hace del conocimiento de un delito a la autoridad competente, por medio de la denuncia o querrela, se dice que se inicia el procedimiento para aplicar la ley al caso concreto y cumplir con su tarea de la impartición de la justicia.

Aun existen problemas referentes a las lagunas que existen tanto en los preceptos constitucionales como de las leyes secundarias que fundamentan la averiguación sin detenido, al no señalar un término que como máximo marque su duración, por lo cual se siguen cometiendo arbitrariedades por parte del Ministerio Público al establecer este el momento en que concluirá la integración de dicha averiguación así como el ejercicio de la acción penal, por lo cual se debería hacer reformas al respecto para evitar monopolizar al Ministerio Público y no se dieran tantas violaciones a nuestras leyes.

CAPITULO IV
RESOLUCIONES QUE OTORGA EL
MINISTERIO PUBLICO
EN LA AVERIGUACION PREVIA

4.1 CONSIGNACION

Esta pone en movimiento toda actividad procesal. hace que se inicie el proceso penal. crea una situación jurídica especial para el probable responsable de un delito. impone el órgano jurisdiccional el deber de realizar determinados actos. también al Ministerio Público. quien debe continuar por todas sus partes el ejercicio de su acción.

"La consignación es el acto procedimental a través del cual el Ministerio Público ejercita la acción penal. poniendo a disposición del juez las diligencias y al indiciado en su caso. iniciando con ello el proceso penal judicial".(46)

En consecuencia la consignación caracteriza el ejercicio de la acción penal y por lo tanto. no podríamos hablar de dicho ejercicio. sino hubiere habido. previamente la consignación.

"La consignación es el acto del Ministerio Público de realización normalmente ordinaria. que se efectúa una vez integrada la averiguación previa y en virtud de la cual se inicia el ejercicio de la acción penal. poniendo a disposición del Juez todo lo actuado en la mencionada averiguación previa. en su caso".(47)

(46) Colín Sánchez. Guillermo. op. cit. pág. 262.

(47) Osorio y Nieto, César Augusto. op. cit. pág. 44.

La consignación se encuentra contemplada por los artículos 16 y 21 de nuestra Constitución, el primero se refiere a los requisitos para el ejercicio de la acción penal y el 21 se refiere a la atribución del Ministerio Público de ejercitar la acción penal, por lo que respecta al orden común y para la materia federal, además de los preceptos constitucionales ya citados, la consignación se fundamenta en el artículo 102 de la Carta Magna.

Para que se pueda realizar la consignación es necesario que en la averiguación previa se hayan practicado todas y cada una de las diligencias necesarias y que existan los suficientes elementos que acreditan el tipo penal y la probable responsabilidad para que el Ministerio Público este en aptitud de ejercitar la acción penal.

Respecto a la forma de realizar la consignación no se establece en algún precepto formalidad especial de solemnidad alguna para su realización, con lo que coincide la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que es posible formularla de cualquier manera con tal de que no aparezca en ella que se reúnen los elementos del ilícito y que se puede atribuir una probable responsabilidad atendiendo a si, pone o no a disposición del Juez a un presunto o varios responsables, hay dos formas de consignar con y sin detenido las cuales a continuación se dará una sucinta explicación:

4.1.1 SIN DETENIDO

Puede ocurrir que el órgano investigador, del resultado de su investigación, encuentre que están reunidos los requisitos constitucionales para proceder contra una persona que no se encuentre detenida, esta autoridad consignará los hechos al órgano jurisdiccional que corresponda, solicitándole se sirva acordar el libramiento de la orden de aprehensión (cuando se tratan de delitos que se sancionan de pena corporal), o la orden de comparecencia o presentación (si el delito es de los que se sancionan con pena alternativa), o en su defecto alguna medida de apremio como: apercibimiento, multa, presentación con la fuerza pública o el arresto hasta por 36 horas.

En consecuencia cuando sea pena corporal el Ministerio Público solicita al realizar la consignación se gire orden de aprehensión; asimismo cuando se trate de pena alternativa o pecuniaria dicho órgano solicitará orden de comparecencia.

La pena corporal se traduce en la privación de la libertad, como es, la prisión confinamiento, arraigo domiciliario o salir fuera de determinado parámetro.

La pena pecuniaria es la que priva de algunos bienes patrimoniales, como la multa y la reparación del daño.

4.1.2 CON DETENIDO.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 16 constitucional. Nadie puede ser detenido sin que proceda denuncia, acusación o querrela por persona digna de fe de un hecho que se considere como delito y sea sancionado con pena corporal y mediante mandato por escrito de autoridad judicial competente que funde y motive el acto.

Se puede prescindir de los anteriores requisitos cuando exista flagrancia o notoria urgencia.

Como ya se dijo **Flagrancia:** Es cuando se sorprende y se detiene al sujeto activo del delito al momento de cometer éste.

Quasiflagrancia: Procede cuando se detiene a alguien después de haber cometido el delito, se persigue materialmente.

Notoria Urgencia: Procede cuando se trata de un delito grave, cuando existan fundadas sospechas de que se va a evadir de la acción de la justicia y por el lugar y la hora no exista autoridad competente que libre la orden de aprehensión.

Entre los delitos graves se encuentran los previstos en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales: "...Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores

fundamentales de la sociedad, se clasifican como delitos graves los siguientes: homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60 párrafo tercero; terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150 y 152; ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores previsto en el artículo 201; trata de personas, previsto en el artículo 205 segundo párrafo; explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal previsto en el artículo 208; violación previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto previsto en los artículos 286 párrafo segundo y 287; homicidio previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315 bis, 320 y 323; secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimos y penúltimo; robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracción VIII, IX y X y 381 bis; extorsión previsto en el artículo 390; y despojo previsto en el artículo 395 último párrafo, todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; así como el de tortura previsto en los artículos 3o. y 5o. de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura".(48)

(48) Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, op. cit. pág. 128.

En consecuencia se puede decir que el Ministerio Público tiene monopolizado el ejercicio de la acción penal, ya que éste es el único órgano encargado de conformidad con el artículo 21 constitucional que se le atribuye la función persecutoria la cual es permanente e indeclinable.

El Estado en su calidad de Estado, tiene en abstracto la función investigadora y poco explorada por nuestra doctrina sobre las diversas clases de determinaciones del órgano investigador una vez agotada la averiguación donde no existe diligencia pendiente.

Al estudiar la naturaleza de las investigaciones practicadas por el Ministerio Público se puede llegar a las diferentes determinaciones:

1.- Que estime que en las diligencias practicadas todavía no se ha comprobado la existencia de un delito o la probable responsabilidad de un sujeto:

2.- De la averiguación practicada estima demostrado el tipo penal, sancionado con pena corporal y la probable responsabilidad del individuo, que no se encuentra detenido, obliga al Ministerio Público a solicitar de la autoridad judicial la orden de aprehensión:

3.- De la averiguación efectuada se halle comprobada la

existencia de un delito sancionado con pena corporal así como la responsabilidad del sujeto el cual se encuentra detenido. consignándose en tales términos:

4.- De la averiguación llevada a cabo estima comprobado el tipo penal que no merece pena de prisión y la probable responsabilidad del sujeto, es así que al momento de ejercitar la acción penal el Ministerio Público, solicitará se libre Orden de Comparecencia a la Autoridad Judicial, en razón de que al existir delitos sancionados con pena alternativa, ya sea pecuniaria o corporal e intencible no debe restringirse jamás la libertad del ciudadano, haciéndose la consignación sin detenido.

Cuando se ha llevado a cabo el conjunto de diligencias el Ministerio Público estará en aptitud de dictar la resolución que se conoce con el nombre de determinación encontrándose reunidos los supuestos que exige el artículo 16 de la Constitución, procederá a la consignación, atendiéndose como el acto procedimental a través del cual el Representante Social ejercita la acción punitiva, poniendo a disposición del Juez tanto al indiciado así como las diligencias de averiguación previa, solicitando del tribunal la acción del procedimiento judicial.

Al recibir la averiguación previa el Juez resolverá si el ejercicio de la acción reúne o no los requisitos de procedibilidad, de encontrarse satisfechos ratificará la

detención material del consignado. en caso contrario ordenará su inmediata libertad.

La procuración de justicia en el acto consignatorio. son de manifestar ante la autoridad jurisdiccional:

- a) Que declare si el hecho es delito o no:
- b) Declarar la probable responsabilidad del individuo:
- c) En su oportunidad procesal declarar la ley al caso concreto en una sentencia previa en juicio justo.

En pleno ejercicio de la decisión jurisdiccional. supone la existencia de un juicio previo. seguido de todas sus formas tutelares y sujeto a las normas legales. La determinación si un hecho encuadra al tipo penal o no. que personas han intervenido en su comisión y cuales son las sanciones o medidas de seguridad que deban de aplicarse. constituyendo un atributo de la función jurisdiccional. además se le otorga la facultad de ordenar usar la coerción para hacer que se cumplan sus determinaciones para así estar en posibilidad de ejercer su jurisdicción. Existiendo en México sólo tres jurisdicciones:

- 1.- Común o local:
- 2.- Federal:
- 3.- Militar.

En el ejercicio de su soberanía. el Estado cumpliendo una de sus atribuciones. lleva a cabo la función jurisdiccional para así

preservar la convivencia social siendo un paso de lo abstracto a lo concreto, es decir, de la ley penal a la ejecución, de la ley penal la cual denota una actividad desarrollada por órganos específicamente determinados en representación del Estado y en ejercicio de la jurisdicción aplica la ley al caso concreto, esta es distinta de la que llevan a cabo órganos de la relación procesal como el Ministerio Público, sus actos en cierta forma judiciales no son jurisdiccionales, entendiéndose a la jurisdicción como el acto de aclarar el Derecho Objetivo en aquellos casos particulares o subjetivos que se requieran. Sintéticamente se define como la potestad en que se hayan investidos los Jueces y Tribunales para administrar la justicia, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

Cuando se hace la declaración preparatoria es el primer acto de defensa que realiza el indiciado o probable responsable ante el Juez, el tiempo que se tiene para tomar dicha declaración es de 48 horas. Los derechos del detenido nos los da el artículo 20 Constitucional, el cual establece en su fracción primera libertad provisional bajo caución siempre y cuando no se trate de delito grave, que garantice la multa o pena pecuniaria, la reparación del daño y su libertad; fracción segunda tiene derecho a negarse a declarar; fracción tercera tiene derecho a saber quien lo acusa y de que lo acusa; fracción cuarta tiene derecho hacer careado con los que depongan (declaren) en su contra; fracción quinta

tiene derecho a ofrecer pruebas y a que se le reciban; fracción sexta tiene derecho a ser juzgado por tribunales previamente establecidos y competentes; fracción séptima tiene derecho a la defensa; fracción novena tiene derecho a nombrar un defensor. Asimismo el Juez una vez tomada la declaración preparatoria tendrá un término de 72 horas para que determine la situación jurídica del indiciado; es dictar auto de plazo constitucional este plazo se podrá duplicar a petición del indiciado. (artículo 19 constitucional) y es la resolución jurídica del detenido y que pueden ser de tres formas:

I.- **Auto de formal prisión:** cuando se acreditan los elementos del tipo y la probable responsabilidad de acuerdo al artículo 122 " El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculcado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

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

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

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

Asimismo, se acreditarán si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado de su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

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

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley".(49)

2.- **Auto de formal prisión con sujeción a proceso sin restricción de su libertad:** Cuando el delito no tiene pena privativa de la libertad o tiene pena alternativa y se encuentran acreditados los elementos del tipo y la probable responsabilidad.

3.- **Libertad por falta de los elementos para procesar:**

El artículo 302 del Código Procesal Penal para el Distrito
(49) Idem. pág. 112.

Federal.se refiere a cuales son los fundamentos en que debe apoyarse el auto de libertad por falta de elementos y los requisitos que se deben contener:

1.- La falta de comprobación del tipo penal.

2.- La falta de elementos probatorios en que se funde la presunta responsabilidad, expresándose en la resolución la hora y fecha exacta en que se dicte; el delito imputado al inculcado; así también dicho acto ante la autoridad común es apelable, en efecto devolutivo y ante el Juez que lo pronunció dentro de los tres días hábiles seguidos a su pronunciamiento.

La libertad por falta de elementos pueden ser:

a) Con las reservas de la ley: significa que el Ministerio Público puede aportar más pruebas hasta en tanto no opere la prescripción por inactividad.

"Es la libertad que determina el Juez Penal, al resolver la situación jurídica del inculcado durante el plazo constitucional de 72 horas por encontrar de actuaciones que no existen, pruebas suficientes para tener por acreditado el tipo penal o la presunta responsabilidad del inculcado."(50)

A partir de la consignación el Ministerio Público y, más bien desde el momento en que el acusado es puesto a disposición

(50) Diccionario de Derecho Procesal Penal. Ed. Porrúa. pág. 1089.

del Juez empezando a contar un plazo de 72 horas durante el cual el juzgador debe determinar en base a los elementos, si existe tipo penal o la presunta responsabilidad del indiciado, a falta de tales elementos debe resolver libertad por falta de méritos lo que comúnmente se llama libertad por falta de elementos para procesar.

El auto de libertad por falta de méritos con las reservas de ley, al no comprobarse el tipo penal o la probable responsabilidad no existen elementos para procesar, por lo que se debe decretar la libertad, misma resolución que no impide que datos posteriores permitan proceder nuevamente en contra del inculcado, en el sentido que guarda la frase "con las reservas de ley".

Esta resolución aparece cuando no se hubieren satisfecho los requisitos de fondo que son indispensables para el auto de formal prisión y sus efectos son restituir al inculcado en el goce de su libertad de que disfrutaba hasta antes de su captura.

Aquí no se trata de una libertad absoluta por que el inculcado queda sujeto a las contingencias que surjan en las posteriores investigaciones que se practiquen y que puedan motivar una nueva orden de detención; por lo tanto, la libertad del inculcado queda sujeto a nuevos elementos aportados al juzgador distinto a los que sirvieron de base para decretar su

libertad. no puede decirse que la persona queda arraigada en el lugar del juicio, después de haberse reintegrado su libertad, puede ser nuevamente detenido y declarar en formal prisión, en caso de satisfacerse los requisitos de ley.

El Código Federal de Procedimientos Penales, nos dice al respecto: si dentro del término legal no se reúnen los elementos necesarios para procesar o de no sujeción a proceso, en su caso sin perjuicio de que con datos posteriores de prueba se proceda nuevamente en contra del inculpado.

Ante la imposibilidad de atribuir el tipo penal alguno al provisionalmente procesado, es decir, no existiendo tema u objeto procesal, por el cual se pudiera resolver en definitiva a alguna persona, el juzgador deberá dictar resolución de no procesamiento, en el caso de que el procesado hubiere estado detenido, tendrá a la vez como efecto el integrarle su libertad; considerando si bien el proceso en un primer momento por la falta del objeto procesal, ello no impide que se continúe, de ahí que si ofrecida alguna otra prueba que pueda servir para imputar algún delito al procesado, el proceso puede reanudarse, e inclusive aplicarse en las medidas cautelares que procedan. Sentido del legislador, cuando estableció que esta resolución de no procesamiento no causa estado, sino por el contrario si alguna prueba demuestra lo contrario es que podrá seguirse el proceso contra el procesado.

Además establece la Ley Federal que es apelable en el efecto devolutivo de los autos por falta de elementos para procesar.

b) Sin reservas de la ley: cuando ya no se puede ofrecer ninguna prueba. Proceden cuando no se encuentran acreditados los elementos del tipo o la probable responsabilidad.

4.2 NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

El Ministerio Público es un cuerpo organizado jerárquicamente en representación de la sociedad o del Estado, tiene como misión obrar de buena fe, su interés es el de promover en principios de justicia, el castigo del culpable o la declaración de su inocencia, es por eso que una vez practicadas las diligencias y reunidos los requisitos legales, se hará la consignación, pero si agotadas estas no se reúnen los elementos constitutivos que compruebe el ilícito porque de los hechos se desprende que no se configuran ningún delito, el Ministerio Público ordenará el no ejercicio de la acción penal, enviando la averiguación previa al archivo, determinación que ha sido objetada debido a que el órgano investigador no tiene facultades jurisdiccionales para declarar prácticamente la inexistencia del delito, pero se ajusta a preceptos constitucionales en el sentido de que los datos que arrojen la averiguación previa deben ser

bastantes para comprobar el tipo penal y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

La ponencia de no ejercicio de la acción penal se propone cuando de las diligencias practicadas por el órgano investigador resulten que los hechos descritos no se adecuan exactamente con alguno de los tipos legales descritos en la ley; o cuando no se acreditó la probable responsabilidad de persona alguna; o cuando resulte que la acción penal se ha extinguido.

" Se consulta en el caso de que agotadas las diligencias de la averiguación se determina que no existe cuerpo del delito de ninguna figura típica y por supuesto no hay probable responsable; o bien que ha operado alguna de las causas extintivas de la acción penal..."(51)

El no ejercicio de la acción penal está reglamentado en los siguientes artículos:

En el artículo 137 del Código Federal de Procedimiento Penal, se refiere:

"El Ministerio Público ejercerá la acción penal:

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

(51) Osorio y Nieto, César Augusto, op cit. pág. 22.

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

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

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

V.- Cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal".(52)

En el artículo 3o. bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala:

" En las averiguaciones previas en que se demuestre plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, previo Acuerdo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, el Ministerio Público lo pondrá en libertad y no ejercerá acción penal".(53)

(52) Código Federal de Procedimientos Penales, Ed. Sista. páags. 30 y 31.

(53) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, op. cit. pág. 98.

Este artículo sólo menciona como circunstancia para la procedencia del no ejercicio de la acción penal que el inculcado haya actuado bajo una causa de exclusión, de delito de acuerdo al artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

En el Acuerdo A/057/89 emitido por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, en el primero se señala a los supuestos en que el Ministerio Público no ejercitara acción penal contra el inculcado, este acuerdo indica:

PRIMERO.- "En la averiguación previa, el Agente del Ministerio Público de la mesa de trámite consultará el no ejercicio de la acción penal, en los casos siguientes:

a) Cuando los hechos investigados no sean constitutivos del delito, de conformidad con la descripción típica contenida en la ley penal:

b) Se acredite fehacientemente que el inculcado no tuvo participación en los hechos en que se investigan, en lo que respecta a su esfera jurídica:

c) Cuando no exista querrela y que se trate de delito perseguible a petición de parte ofendida, o hubiere formulada por persona no facultada para ello:

d) Que siendo delictivos de los hechos investigados, resulte imposible la prueba de su existencia abstráctulo material y

superable:

e) Cuando la responsabilidad penal se halle extinguida en los terminos de la legislación penal;

f) Cuando de las diligencias practicadas en la averiguación previa de que se trate, se desprenda de manera indubitante que el inculpado actuó en circunstancias que excluya su responsabilidad penal en orden a la comisión del hecho delictuoso;

g) Cuando la conducta o hechos atribuibles al inculpado haya sido materia de una sentencia judicial emitida con anterioridad; y

h) Cuando una ley quite al hecho investigado el carácter del delito que otra anterior le otorgaba.

4.2.1 RESOLUCION DE ARCHIVO.

Esta figura se da cuando el órgano investigador considera que no se encuentran reunidos los elementos del tipo penal de que se trate ni la probable responsabilidad del sujeto y que no hay diligencias pendientes por desahogar, asimismo no se puedan acreditar dichos elementos, o bien se llega a la certeza de que los hechos no son constitutivos de algun delito, en tal circunstancia el Ministerio Público resuelve que se archive dicha causa.

La resolución de archivo también se puede dar por que el presunto responsable falló o bien por haberle otorgado el perdón el ofendido, pero recordando que únicamente se le otorga dicho perdón en aquellos delitos que se persiguen por querrela, ante tal circunstancia se sobrees la averiguación sin necesidad de practicar todas las diligencias necesarias para que se pudiera acreditar los elementos del tipo, así como la presunta responsabilidad.

Dicha resolución se encuentra regulada en el artículo 133 del Código Federal de Procedimientos Penales el cual establece que:

"Cuando en vista de la averiguación previa el agente del Ministerio Público a quien la Ley reglamentaria del artículo 102 de la Constitución General de la República Mexicana faculte para hacerlo, determine que no es de ejercitarse la acción penal por los hechos que se hubieren denunciado como delitos, o por los que se hubiere presentado querrela, el denunciante, el querellante o el ofendido podrán ocurrir al Procurador General de la República dentro del término de quince días, contados desde que se les haya hecho saber esa determinación, hará que este funcionario, oyendo el parecer de los agentes auxiliares, decida en definitivo si debe o no ejercitar la acción penal. (54)

En el Estado de México en su Código de Procedimientos

(54) Código Federal de Procedimientos Penales, ob. cit. pag. 28.

Penales también contempla que si el Ministerio Público dictará la resolución del no ejercicio de la acción penal dentro de las 48 horas de dictar dicha resolución remitirá el expediente al Procurador General de Justicia o al Sub Procurador que corresponda, con asistencia de sus agentes auxiliares determinará si se ejercita o no la acción penal.

Una vez que se a determinado la resolución de archivo y a sido revisado por los agentes auxiliares no procede algun otro recurso que el de responsabilidad, el cual unicamente decide sobre la procedencia legal del funcionario, pero no ordena la continuación de la averiguación. Con esto nos podemos dar cuenta que el Ministerio Público tiene el monopolio en la averiguación previa ya que sus resoluciones no procede ningun otro recurso, como ya se dijo tan solo el de responsabilidad, porque dichas resoluciones como lo establece la jurisprudencia que acontinuación transcribo, dice que en el supuesto que fuera indevida dicha determinación, lo unico que seria el ir contra del interes social que existe para que se investiguen y persigan los hechos delictuosos. El ofendido del delito no puede lograr la persecución penal por el delito sufrido y tendrá que limitarse a ejercitar su derecho de indemnización civil, esto no siempre se logra obtener ya que con el tiempo borran las evidencias materiales que en un momento determinado sirven para comprobar la responsabilidad legal del sujeto activo. Recordando que el Estado

tiene el **JUS PUNIENDI** (el derecho de castigar, más que el derecho de castigar sino la obligación de hacerlo); con esto nos podemos dar cuenta que no se cumple el objetivo encomendado al Estado, ya que dicha facultad la están dejando al arbitrio y sin la posibilidad de poder cambiar su decisión: con esto están obligando a las personas a regresar a la época primitiva de la venganza privada. Ojo por Ojo Diente por Diente.

MINISTERIO PUBLICO. NEGATIVA A INICIAR AVERIGUACION. IMPROCEDENTE AMPARO CONTRA LA.

Conforme al artículo 21 de la Constitución General de la República, la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, de tal manera que, en nuestro sistema jurídico, al adoptarse el sistema acusatorio, se depositó en manos de esta institución la acción penal, a manera de **MONOPOLIO**, de ahí que esa propia institución, representa a la sociedad y no a los particulares individualmente considerados, independientemente de que sean o no los ofendidos o víctimas en el delito de que en concreto se trate y, con esa calidad no tienen dentro de su patrimonio dicha acción, ni constituye un derecho privado de los mismos. En tal virtud la abstención en el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, aun en el supuesto de que, eventualmente, se juzgue indebida, en todo caso podría ser contraria al interés social que existe para que se investiguen y persigan los hechos delictuosos y se

sancione a los responsables; por otra parte, tal abstención es susceptible de revisarse a través de los sistemas de control interno., establecidos en las leyes respectivas, lo cual, en último caso dará lugar a que los actos realizados por los titulares de esa institución, sean materia de juicio de responsabilidad, pero de ninguna manera pueden interponer juicio de garantías.

EPOCA: octava. TOMO: XV-II. Febrero. TESIS: IX.10.59 P: Página 407: del Tribunal Colegiado Circuito.

En relación a lo estipulado en el artículo 21 Constitucional que a la letra dice:

"Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley." (55)

Considero que no es clara la reforma realizada a dicho precepto, ya que no se especifica que tipo de juicio se puede seguir y solo nos hace mención que se puede impugnar por vía jurisdiccional por tal motivo es una violación a las garantías individuales.

Por tal motivo propongo que el Juicio de Amparo debe ser precedente, si lo solicita la víctima del delito, cuando el Ministerio Público se niegue a ejercitar la acción penal, ya

(55) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ed. Porrúa, pág. 19.

que la seguridad jurídica exige que todo acto de autoridad esté fundado en la Ley; el Ministerio Público al negar indebidamente el ejercicio de la acción penal, no sólo lesiona su función verdadera, sino que hace negatoria la de los derechos de la víctima del delito o los daños y perjuicios que a esta se le ocasionan por el mal aplicamiento de la Ley.

Dichos actos del Ministerio Público deben estar subordinados a la buena fe que se le deposita a dicha institución, a la honradez y honestidad. Como la conducta humana es factible, dichas determinaciones deben ser revisadas por nuestro más alto Tribunal de la Nación, en consecuencia, propongo que se admita el juicio de amparo. Esto con la finalidad que los preceptos legales sean aplicados con apego a la Ley; cuando el Ministerio Público se niegue a ejercitar la acción penal, se encuentra investido del carácter de autoridad y no de parte, puesto que ejerce funciones de impulso y decisiones, es decir, tiene evidentemente el Ministerio Público el monopolio de la acción penal.

Al aceptar la propuesta en el sentido que el otendido pueda interponer juicio de amparo en relación al no ejercicio de la acción penal, con esto se evitaría que se violaran las garantías individuales por parte del Ministerio Público, ya que de esa manera se podría modificar las resoluciones que emite el órgano investigador de la averiguación previa y con esto se le brindaría

una mayor seguridad y legalidad a las victimas al momento de interpretar los preceptos juridicos.

Existen criterios en contra de este punto de vista, ya que sostienen que la negativa de ejercitar la accion penal bien o mal dictada, no viola garantias individuales al ofendido, ya que tiene otros medios distintos del juicio de amparo, para hacer valer sus derechos a la reparacion civil.

MINISTERIO PUBLICO, AMPARO CONTRA SUS ACTOS. Durante la investigacion, el Ministerio Publico tiene caracter, el de parte ante el Juez de la partida y el de autoridad con la victima del delito. Por virtud del primero, es el encargado de aportar pruebas con el objeto de que la investigacion se perfeccione y solicitar la practica de las diligencias tendientes a dejar comprobados los requisitos del articulo 16 Constitucional; en cuanto al segundo caracter, que esta en relacion con la victima del delito, es el de autoridad en la medida que tiene una potestad legitima que ha recibido de la Constitucion, y que no es otra, que la de ejercitar la accion penal, conforme lo establece el articulo 21 Constitucional que prescribe que el Ministerio Publico incumbe tal ejercicio. De ahi que si el quejoso se dirige a este funcionario para que solicitara la practica de ciertas diligencias en el proceso, el Ministerio Publico recibe peticion en su condicion de autoridad, por razon de que, segun el mandamiento Constitucional esta encargado de poner en movimiento

el ejercicio de la acción penal, si omitió solicitar la práctica de esas diligencias, no fue omisión que realizara el Ministerio Público en relación con el Juez de la partida, sino con referencia a la víctima del delito, por lo que no puede hacerse valer para esta víctima, la calidad de parte que solamente conserva el Ministerio Público ante el Juez, ni menos confundir las consecuencias de los actos que el funcionario de que se trate lleve a cabo, porque son distintas, bien que actúe como parte ante el Juez, que esa autoridad en relación con el ofendido. Si esto es así y de acuerdo con el régimen de derecho autorizado por nuestra Ley Suprema, cabe afirmar que la actuación del Ministerio Público, cuando es autoridad, es susceptible de control Constitucional, pues no existe acto de funcionario alguno que puede evitar el tamiz de la constitucionalidad o inconstitucionalidad. En estas condiciones, si durante el período de investigación de los hechos, se impone un deber al Ministerio Público, tal como el de obtener los datos que hagan probable la responsabilidad del acusado, en forma en que lo establece el artículo 16 de la Constitución, si el Ministerio Público se niega a obtener esos datos, o bien por su propia determinación no obtiene los que cumplan con el requisito Constitucional, entonces opera la infracción del artículo 16 de la Carta Política. Apareciendo esa infracción, procede el juicio de garantías dado el carácter de autoridad que el Ministerio Público participa y procede para que se cumplan los requisitos del artículo 16 a que

antes se ha aludido. (56)

En consecuencia como lo estableció el criterio de la jurisprudencia ampara al Ministerio Público en la determinación que se refieren al no ejercicio de la acción penal.

4.2.2 RESOLUCION DE RESERVA.

La resolución de reserva también se le da el nombre de suspensión administrativa, esta no es una verdadera causa o supuesto de terminación de la averiguación previa, sino tan sólo una suspensión.

Esta aparece a media vía entre el ejercicio de la acción penal y el no ejercicio de la misma o archivo de las averiguaciones, se sitúa la determinación del órgano investigador "reserva". Se prescribe en caso que de las diligencias practicadas no resultan elementos bastantes para hacer la consignación ante los tribunales, pero con posterioridad pudieran allegarse datos para proseguir la averiguación previa, se reservará el expediente en tanto se ordenará a la policía que haga investigaciones pendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos.

(56) Amparo en Revisión 9489/1946. Jimenez Norberto, agosto 21 de 1946. E. votos, 1a. Sala, Quinta Época, Tomo CI. . pág. 2027.

La reserva de actuaciones tiene lugar cuando existe imposibilidad de cualquier naturaleza para proseguir la averiguación previa y practicar más diligencias y no se ha integrado los elementos del tipo y por ende la probable responsabilidad, o bien cuando habiéndose integrado los elementos del tipo no es posible atribuir la probable responsabilidad a persona alguna.

Respecto de los supuestos de la reserva, las leyes no son explícitas, pero se mencionarán algunos de los supuestos:

a) Que los hechos objetos de la averiguación aun cuando resulten delictuosos, la confirmación de los mismos se encuentra condicionada, es decir que resulte factible que con posterioridad se pueda llegar a demostrar el hecho, de momento existe una imposibilidad transitoria para el desahogo de pruebas para tal efecto (en el caso de archivo la imposibilidad es total).

Esto se encuentra contemplado en el artículo 131 del Código Federal de Procedimientos Penales:

"Si de las diligencias practicadas no resultan elementos bastantes para hacer la consignación a los tribunales y no aparece que se puedan practicar otras, pero con posterioridad pudieran allegarse datos para proseguir la averiguación se reservará el expediente hasta que aparezcan esos datos, y entre tanto se ordenará a la policía que haga investigaciones

tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos". (57)

b) Que aún cuando se demuestre que el hecho es delictuoso, se ignore quién o quiénes son sus autores, caso en que no se conoce la identidad de los potenciales demandados.

c) Que se descubra que se ha omitido alguna condición de procedibilidad.

d) La ley militar prevé a la vez como causal de suspensión del procedimiento "la necesidad del servicio", esto se encuentra regulado en los artículos 447 a 499 Código de Justicia Militar.

En este aspecto no se han desarrollado todas las diligencias, encontrándonos que puede ser una situación de hecho o una dificultad material para practicarse en la sana lógica jurídica: al desaparecer el supuesto que da origen a la reserva, el órgano investigador estará en aptitud de resolver si promueve o no la acción procesal acorde a los requisitos del artículo 16 constitucional.

En el artículo 477 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal manifiesta: " Una vez iniciado el procedimiento en averiguación de un delito, no se podrá suspender sino en los casos siguientes:

(57) Código Federal de Procedimientos Penales, op. cit. pág. 26.

I.- Cuando el responsable se hubiere substraído a la acción de la justicia:

II.- Cuando, despues de iniciado el procedimiento, se descubriere que el delito es de aquellos respecto de los cuales, conforme a los articulos 263 y 264 no se puede proceder sin que sean llenados determinados requisitos y estos no se hubieren llenado: y

III.-En el caso de la ultima parte del articulo 68 del Código Penal y en los demás en que la Ley ordene expresamente la suspensión del procedimiento.

... (158)

Establece el articulo 68 del Código Penal al respecto lo siguiente:

"Las personas inimputables podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora, en su caso, a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas, para su tratamiento y vigilancia, garantizando, por cualquier medio y a satisfacción de las mencionadas autoridades, el cumplimiento de las obligaciones contraídas:

La autoridad ejecutora podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, en forma provisional o definitiva.

(158) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, op. cit. 156.

considerando las necesidades del tratamiento, las que se acreditarán mediante revisiones periódicas, con la frecuencia y características del caso". (59)

Analizando el Código de Procedimientos Penales en su artículo anteriormente citado, en su fracción primera, considero que el legislador se refiere a la suspensión ante el órgano jurisdiccional, es decir, cuando el Juez haya girado orden de comparecencia o de aprehensión contra el inculcado, y éste se hubiera sustraído a la acción de justicia, ya que mientras no se presente a comparecer o no sea detenido no se puede, efectivamente continuar el proceso: en cuyo caso el Juez mandará archivar el expediente.

En cambio, esta suspensión nada tiene que ver con el período de averiguación previa, ya que durante esta etapa si es posible que el probable responsable haya desaparecido de su domicilio y no sea posible localizarlo, haciendo, por lo tanto que no pueda obtenerse su declaración, pero considero que no es razón suficiente para reservar el expediente, toda vez que pueda corroborarse por otro u otros medios de prueba, como un testimonio, su grado de participación o responsabilidad en los hechos que se investigan, por lo que el Ministerio Público, si lo considera procedente, estará en condición de ejercitar acción penal en su contra. Y al hacer la consignación del expediente al

(59) Código Penal para el Distrito Federal, op. cit. 19.

Juzg le facilitará todos los datos que tenga para la ubicación del probable responsable, como su domicilio, lugar de trabajo, incluso, si la tuviera, su fotografía, solicitándole que gire orden de aprehensión o de comparecencia, según sea el caso, contra el presunto responsable. En cuanto a la suspensión en la averiguación previa considero que el legislador se refiere a aquellos casos en que se desconoce la identidad del actor material del delito, es decir, en aquellos numerosos ilícitos donde la investigación se inicia contra quien resulte responsable.

En su fracción segunda se refiere a los delitos que se persiguen por querrela.

En cuanto a su fracción tercera nos habla sobre la suspensión del procedimiento, cuando se compruebe que aunque se haya cometido el delito y este comprobada la probable responsabilidad opere en su favor alguna causa de exclusión del delito.

Con esto se puede determinar que la resolución de reserva tiene lugar cuando existe imposibilidad de cualquier naturaleza para proseguir la averiguación y aun cuando no se ha integrado el tipo penal y en consecuencia la probable responsabilidad penal, o también cuando habiéndose integrado el tipo penal no es posible hasta el momento de atribuir la probable responsabilidad a persona determinada, por tal motivo al desaparecer el supuesto

que da origen a la suspensión o reserva, el Ministerio Público estará en aptitud de resolver si promueve o no la acción procesal.

4.2.3 EFECTOS JURIDICOS DE LAS RESOLUCIONES DE ARCHIVO Y DE RESERVA.

Se va a hablar sobre el carácter meramente provisional o definitivo de las resoluciones de archivo y reserva. Asignándose al primero de estos efectos definitivo, que impida por ende, el posterior ejercicio de la acción, en cuanto al delincuente y a los hechos considerados en la determinación respectiva, parecería ser el Ministerio Público el que se atribuya poderes jurisdiccionales; en cambio si únicamente se le fija efecto provisional, sus consecuencias se confunden y no así sus supuestos, para fines prácticos, con las de la reserva, y se abre la puerta a la permanencia de situaciones indefinidas, solo salvables por la prescripción que ciertamente no contribuye a satisfacer la necesidad del la certeza jurídica.

En la doctrina existen variantes entre los diversos estudiosos de la materia, ya que algunos se pronuncian en favor de la provisionabilidad de los efectos que causa la penencia de archivo, en pro de sus consecuencias definitivas, ya que dicha resolución se dicta cuando se han agotado las diligencias

necesarias, ya que por el contrario, se rinde con los principios generales del derecho, al abrirse causas a situaciones indecisas; si el archivo se funda en la carencia absoluta de elementos para consignar (falta del tipo penal o de la presunta responsabilidad del inculcado), en la imposibilidad material e insuperable de prueba del delito o en el agotamiento de la pretensión (por prescripción, amnistía, muerte del inculcado, etc.), no existe inconveniente alguno para aceptar la definitividad del acuerdo.

En cambio, la posibilidad de revisión (en contra del inculcado favorecido en el sobreseimiento administrativo o resolución de archivo), no deja de suscitarse serias reservas, por más que en ocasiones pudiera ser instrumento de justicia, como lo han reconocido algunas legislaciones extranjeras que aceptan la revisión incluso en contra de la sentencia absolutoria.

En relación a la reserva de la averiguación previa en modo alguno significa que la averiguación previa haya concluido o que no pueda llevarse a cabo más diligencias, puesto que en el caso de obtener nuevos elementos el Ministerio Público investigador y no habiendo prescrito la acción penal está obligado a realizar nuevas diligencias, ya que la resolución de reserva no tiene carácter de definitividad y constituye una causa de interrupción de la prescripción de la acción penal, por lo que siempre queda la posibilidad de practicar diligencias investigatorias de ejercitar la acción penal.

En materia federal como lo establece el código relativo en su artículo 131, si de las diligencias practicadas no resulten elementos bastantes para hacer la consignación a los tribunales y no aparece que se puedan practicar otras, pero con posterioridad pudieran allegarse datos para seguir la averiguación, se reservará, el expediente hasta que aparezcan esos datos, y entre tanto se ordenará a la policía que haga investigaciones tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos.

La resolución de reserva tiene, como su más cercana u homónima institución a la suspensión del proceso, en ambas instituciones el procedimiento no concluye en definitiva sino que tan solo se suspende.

Dentro de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en su artículo 18 fracción IV se señala como una de las atribuciones de la Dirección General de Averiguaciones Previas la de resolver sobre los casos de Reserva.

En la Legislación Procesal del Estado de México capítulo segundo en el cual establece, Si de las diligencias practicadas no se acreditan los elementos del tipo penal del delito y la probable responsabilidad del inculpaado para hacer la consignación a los tribunales y no aparece que se pueda practicar otras, pero con posterioridad pudieran allegarse datos para proseguir la averiguación se reservará el expediente hasta que aparezcan esos

datos... En todo caso, la resolución del Ministerio Público por la que se reserve será revisada por el Procurador General del Estado o el Subprocurador que corresponda, a quienes, dentro del término de 48 horas, se remitirá la indagatoria.

Se ha sostenido en la práctica como en la doctrina que la resolución de Archivo no se le puede dar el carácter de definitividad, como cosa juzgada ya que esta determinación no es judicial sino administrativa, donde impera la jerarquía del Procurador y por su mismo carácter administrativo puede ser revocable en beneficio de la sociedad y continuar la investigación y cuando llegue el caso ejercitar la acción penal.

El Código Federal de Procedimientos Penales es determinante al respecto: las resoluciones de archivo aparejan el efecto de impedir definitivamente el ejercicio de la acción penal respecto de los hechos que la motiven (artículo 139), ya analizado es inimpugnable ya que se refiere al no ejercicio de la acción penal y al sobreseimiento.

Se encuentra regulado en los artículos Quinto Fracción XVII, Sexto fracción X y Diecinueve Fracción II, Inciso "a" y Fracción III del Reglamento Interior de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, las facultades del Procurador y Subprocuradores, entre otras tienen la de resolver sobre el no ejercicio de la acción penal, previo el dictamen de la Dirección General Técnica Jurídica.

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México en su artículo 125 especifica término y forma en que deberá de resolverse la resolución de Archivo de la averiguación previa facultando al Procurador General de la Entidad o el Subprocurador que corresponda quienes con la audiencia de los agentes auxiliares decidirán en definitiva si debe o no ejercitarse la acción penal: el ofendido a partir de la fecha en que tenga reconocimiento de la determinación dentro de los 10 días siguientes podrá solicitar la revisión de esta, y el Procurador General de Justicia del Estado deberá de resolver dentro de un plazo de 5 días hábiles.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala: "...el acto por el cual se ordena el archivo de una averiguación, no es firme, ni inmodificable como algunas resoluciones judiciales, pues aquí opera la jerarquía del Procurador, quien puede citar un acto y después por razones de oportunidad o de una más serena reflexión y siempre en interés de la sociedad tiene poder para revocarlo, puesto que el archivo de un asunto no produce cosa juzgada y es esencialmente revocable por motivos supervenientes". (60)

Entre otras tesis jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia, respecto a las resoluciones del Ministerio Público, encontré las siguientes:

(60) Poder Judicial de la Federación, Apéndice Primera Sala, Segunda parte.

VERIGUACION PREVIA. ARCHIVO DE LA. Si no están acreditados el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad o faltan otros elementos indispensables para el ejercicio de la acción penal el Ministerio Público no está en posibilidad de ejercitarla ni puede obligarlo a ello el juicio de amparo. A.D. 333/ 87 Antonio Rodríguez Díaz. Primer Colegiado del Primer Circuito.

AVERIGUACION PREVIA. ARCHIVO DE LA. Es improcedente el amparo contra la resolución de no ejercicio de la acción penal por que no se afecta la esfera jurídica del ofendido.

A.R. 192/87. 87 Primer Colegiado de Primer circuito Apéndice 87.

En consecuencia con todo esto se puede determinar que de acuerdo a lo estipulado por el artículo 21 constitucional en la cual el Ministerio público esta facultado para perseguir los delitos.

Observando que en dicho artículo se establece el monopolio del ejercicio de la acción penal.

De tal manera, que no hay lugar a ejercitar un juicio de amparo en contra de la resolución del no ejercicio de la acción penal, ya que sería tanto como invadir su propia esfera de acción.

La siguiente jurisprudencia nos podrá ilustrar con mejor precisión lo dicho, y la cual dice:

MINISTERIO PUBLICO. AMPARO CONTRA SUS ACTOS. La abstención en el ejercicio de la acción penal, por parte del Ministerio Público, al igual que el desistimiento de ella, comprende violaciones sociales y no de garantías individuales, y por lo mismo, no puede quedar sometida al control Constitucional del Juicio de Amparo, seguido ante la Autoridad Federal, fundamentalmente por prohibirlo el artículo 21 de la Constitución Federal que restringe el alcance de la regla general contenida en el Artículo 14 de ese mismo ordenamiento, para los casos en que se afecta a una persona, en sus intereses patrimoniales, pues interpretar nuestra Carta Magna en otros sentidos, equivaldría a nulificar los propósitos que tuvo el Congreso Constituyente de 1917 para aprobar la reforma del Artículo 21 de la Constitución Federal de 1857, ya que por medio de una indebida y arbitraria interpretación del precepto que actualmente nos rige, continuaría el Ministerio Público con el carácter de elemento puramente decorativo, los Jueces Mexicanos serían los encargados de averiguar los delitos, y el ejercicio de la Acción Penal ya no estaría encomendada exclusivamente al Ministerio Público y a la Policía Judicial, sino que ambos lo compartirían con la autoridad Judicial que tendría bajo su Autoridad y mando inmediato al Ministerio Público y a la Policía Judicial, a través del juicio de amparo y de las severas sanciones establecidas por la autoridad que no cumple debidamente las ejecutorias de esta suprema Corte, todo lo cual retrotraería nuestro sistema procesal

a la época anterior a la Constitución Federal de 1917 la anterior interpretación al artículo 21 Constitucional, única que respeta el equilibrio de poderes en que descansa nuestro régimen político no queda desvirtuada por el hecho de que la debida abstención en el ejercicio de la Acción Penal parte del Ministerio Público pueda causar daños patrimoniales a los particulares ofendidos en los delitos enunciados, pues partiendo de la base indiscutible de que a esos particulares no puede reconocérseles ningún Derecho desde el punto de vista de la represión de los delitos, sino sólo en cuanto a la reparación del daño, debe considerarse que la correcta interpretación del Artículo 21 Constitucional solo cambia la vía Judicial mediante la cual los afectados pueden entablar su Acción, pues cuando el Ministerio Público se abstiene de ejercitar la Acción Penal tiene a su alcance la vía civil para demandar el pago de daños y perjuicios derivados de un hecho ilícito en el aspecto civil, concepto que no se equipara en Derecho al de lo ilícito penal íntegramente de un delito" (Quinta Época, Tomo CVI, 3393/50 pág 1354). (61)

La situación se afirma continuamente, y de acuerdo con la idea establecida en el artículo 21 Constitucional, el ejercicio de la Acción Persecutoria es facultad exclusiva del Ministerio público, ya que este representa a la sociedad y eso obliga a

(61) Jurisprudencia Visible en "Gongora Fimentel Genaro David y Acosta Romero Miguel: "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos" México, Ed. Porrúa, S.A., Tercera edición 1987. pág. 407.

excluir que dicha acción tenga un contenido privado.

A manera de comentario se puede establecer que respecto de la reparación del daño y la intervención del ofendido en la integración de la averiguación previa así como ante la autoridad Judicial, la Ley procesal ha tenido reformas de gran trascendencia mediante las cuales puede tener una intervención más directa; por lo que respecto a la reparación del daño el Ministerio Público desde la fase indagatoria cuando no se traten de delitos graves y a efecto de conceder la libertad provisional bajo caución al presunto responsable deberá fijarle una garantía bastante al mismo a efecto de garantizar la posible reparación del daño, situación que la autoridad Judicial en el caso que el Ministerio Público ejercite acción penal en contra de persona alguna deberá ratificar o en su caso aumentar el monto de la garantía fijada inicialmente por el Ministerio Público.

Por lo que respecta al MONOPOLIO del ejercicio de la acción penal que el Ministerio Público detenta de acuerdo a nuestra Carta Magna al momento en que se afectan los intereses de la persona ofendida en la respectiva averiguación previa con la resolución del no ejercicio de la acción penal en la actualidad ya que se encuentra establecida una disposición Constitucional que permite una impugnación a dicha resolución.

Realmente, se requiere considerar que esta circunstancia que presenta ahora la nueva reforma Constitucional representa una

evolución del Derecho Penal a través de darle al ofendido un medio de información de acuerdo a sus intereses.

Esto es una circunstancia que se debe de tomar en consideración el ejemplo del inicio de esta situación lo refleja la adición al artículo 21 Constitucional.

En consecuencia si el Derecho Penal está hecho para protegernos, pues el momento en que sufrimos algún ataque, resulta lógico pensar que debemos de intervenir con mayor insistencia a efecto de que no solamente se nos repare el daño sino que también se demuestre la culpabilidad del sujeto activo del delito.

Además como ya lo dije anteriormente propongo que si proceda la interposición de amparo contra los actos del Ministerio Público ya que como se ve en las citadas jurisprudencias este recurso no se puede interponer, por tal motivo dicho órgano tiene el Monopolio de la acción ya que si determina que no procede la acción no se puede interponer amparo.

Por tal motivo manifiesto que el Juicio de Amparo debe ser procedente si lo solicita la víctima del delito, esto es, cuando el Ministerio Público se niegue a ejercitar la acción penal, ya que la seguridad jurídica exige que todo acto de autoridad esté fundado en la Ley y si el Ministerio Público indebidamente, atendiendo al principio de oportunidad, se niega a ejercitar la

acción penal, no sólo lesiona su función verdadera, sino que hace negatoria la de los derechos de la víctima del delito o los daños y perjuicios emergentes del mismo.

Los actos del Ministerio Público deben estar subordinados a la buena fe, a la honradez, honestidad y conocimiento de la persona que lo representa y tender siempre a la investigación de la verdad. Como la conducta humana es factible, es inconcluso por tal motivo el no ejercicio de la acción penal debe ser revisado por el más alto Tribunal de la Nación, fiel intérprete de nuestra Ley Suprema. Esto no quiere decir, que esté invadiendo funciones, puesto que su misión consiste en que toda autoridad, sea cual fuera su naturaleza, deben obrar con estricto apogo a la Ley. Cuando el Ministerio Público se niegue a ejercitar la acción penal, se encuentra investido del carácter de autoridad y no de parte, puesto que ejerce funciones de imperio y decisiones, es decir tiene evidentemente el Ministerio Público el monopolio de la acción penal.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Es evidente que el Ministerio Público con el paso del tiempo ha tenido una gran evolución ya que como se pudo ver en el presente trabajo anteriormente no existía dicha Institución, los encargados de desempeñar la averiguación previa y la persecución de los delitos les correspondía dichas funciones evolutivamente en las diferentes épocas a: las víctimas, Magistrados, el Santo Oficio, la Policía Judicial, Jueces de Paz, Procurador Fiscal, entre otros poco a poco fué tomando forma hasta que realmente se constituyó dicha Institución.

SEGUNDA.- La Institución del Ministerio Público como tal aparece por Primera vez en Francia aunque los que se encargaban de la averiguación de los delitos eran los Procuradores, Abogados y los Comisarios del Rey: fué en la Constitución de 1917 cuando se le atribuye el Monopolio al Ministerio Público lo cual se encuentra estipulado en sus artículos 21 y 102 apartado A.

TERCERA.- El Ministerio Público tiene la función persecutoria de los delitos, una vez que se tiene conocimiento de algún delito a través de la denuncia o la querrela y sean reunido los requisitos de procedibilidad se procede a la investigación del

mismo.

CUARTA.- El Ministerio Público tiene la facultad de determinar el ejercicio o no ejercicio de la acción penal; la primera consiste en "Consignar", ésta se da cuando se han reunido los elementos del tipo y la presunta responsabilidad o sea se cumple con lo estipulado en el artículo 16 de nuestra Carta Magna; la segunda es aquella en la cual el Ministerio Público determina que no se han reunido los requisitos del artículo mencionado, cuando dicha Institución niega el ejercicio de la acción penal, lesiona los derechos del sujeto pasivo del delito al no proceder recuso alguno o medio de defensa para que se pueda impugnar dicha resolución.

QUINTA.- El Ministerio Público, como institución facultada para realizar la persecución de los delitos, ha desvirtuado su cometido, cuando se abstiene de ejercer la acción penal; ya sea en el periodo de averiguación previa o al momento de formular sus conclusiones inacusatorias, viéndose como institución omnipotente e intocable y más con el MONOPOLIO de la acción penal que inclusive la misma Corte le ha dado ese carácter, en el cual estipula que cuando el Ministerio Público actúa como parte en los juicios del orden penal y, por lo tanto, contra sus actos, en tales casos, no procede el juicio de amparo, por consiguiente los amparos que se formulen por el no ejercicio de la acción penal son improcedentes.

En este sentido es necesario que un órgano independiente a esa institución revise el motivo por el cual no se ejercitó la acción penal, toda vez que en la actualidad quien lo hace es el Procurador General, es decir la misma Institución.. y por lo tanto si este confirma la resolución existe según la reforma realizada al artículo 21 Constitucional, un recurso en que dichas resoluciones podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la Ley.

La suscrita propone que se reforme nuevamente el artículo 21 Constitucional ya que es muy ambiguo al disponer sobre el no ejercicio de la acción penal y el desistimiento, si la revisión se hace desde un punto de vista administrativo dentro de la procuración de justicia, pues entonces la teoría de la impugnación ya no encontraría sustentación, ya que no sería una autoridad distinta o inmediata superior, quien revisará los actos de la autoridad investigadora, sino que tendrían que ser revisados dentro de la misma Institución de la Procuraduría de Justicia.

De tal manera dicha revisión tendrá que ser revisada necesariamente por algún Juez Penal, el cual como es claro no podrá ventilar la causa si decide que el ejercicio de la acción debe realizarse, además que con esta reforma al artículo no se otorga la posibilidad de un control legal ágil para no perder los indicios y pruebas del ilícito, por lo que con el juicio de

amparo el sujeto pasivo del delito puede frenar los actos indebidos del Ministerio Público y así poder combatir su monopolio.

SEXTA.- Cuando se niega el ejercicio de la acción penal, el ofendido no puede lograr la persecución penal por el delito sufrido y tendrá que limitarse únicamente a ejercitar su derecho a la indemnización de daños y perjuicios es decir por la vía civil, sin grandes posibilidades legales, porque como se mencionó con el tiempo se borran evidencias materiales que en un momento dado sirven de base para probar la responsabilidad del sujeto activo.

SEPTIMA.- Debe ser procedente el juicio de amparo en contra de la determinación del Ministerio Público, mediante la cual se niega a ejercitar la acción penal, en razón de que viola la garantía de legalidad consagrada en los artículos 14 y 16 Constitucionales, ya que toda autoridad debe tener un control constitucional y cuando el Ministerio Público decreta esta resolución tiene el carácter de autoridad.

BIBLIOGRAFIA

Alcala Zamora, Niceto. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires. 1945.

Amuchategui Requena. Irma G.. Derecho Penal. Editorial Harla. México. D.F.: 1993.

Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa. México. D.F.: 1995. 27a. edición.

Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano: Parte General. Editorial. Porrúa. México. 1986. 3a. edición.

Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México. D.F.: 19a. edición.

Castro, Juventino V.. El Ministerio Público en México. Editorial Porrúa. México. D.F.: 7a. edición.

Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. México. D.F.: 1984. 8a edición.

De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa. México. D.F.: 1994. 20a. edición.

Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal. Editorial Porrúa. México. D.F.: 1989. 2a. edición.

Francisco Villa, José. El Ministerio Público Federal. Editorial Porrúa. México. D.F.: 1989. 1a. edición.

García Ramírez, Sergio. Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa. México. D.F. 1977. 2a edición.

García Ramírez, Sergio y Adato de Ibarra, Victoria. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México. D.F.: 1982. 2a. edición.

González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1988. 9a. edición.

González Rojo, Alfredo. Averiguación Previa en México. Anuario Jurídico. Volumen XII. México 1985.

Osorio y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa. México. D.F.: 1989. 4a. edición.

Pérez Palma. Rafael. Fundamentos Constitucionales de Procedimientos Penales. Editorial Cardenas. México, D.F.: 1974. 1a. edición.

Pineda Pérez. Benjamin Arturo. El Ministerio Público como Institución Jurídica Federal y como Institución Jurídica del Distrito Federal. Editorial Porrúa. México, D.F. 1991.

Rivera Silva. Manuel. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa. México, D. F.: 1988. 17a. edición.

Silva Silva. Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Editorial Harla. México, D.F.; 1990.

Tena Ramirez. Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Porrúa. México, D.F.:1995. 29a. edición.

LEGISLACIONES.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa. México, D.F.: 1996.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Editorial.Sista. México, D.F.: 1996.

Código Federal de Procedimientos Penales. Editorial.Sista. México, D.F.: 1996.

Código Penal para el Distrito Federal. en Materia de Fuero Común y para la República en Materia de Fuero Federal. Editorial.Sista. Mexico, D.F.: 1996.