



25
2570 34
ASISTENCIA AL EXIST 2123
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"IMPORTANCIA PROCESAL DE LA AVERIGUACION
PREVIA PARA INVESTIGAR EL TIPO PENAL DEL
DELITO DE QUE SE TRATE Y LA PRESUNTA
RESPONSABILIDAD DEL INculpADO"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ALEJANDRO DE ANDA ARCIGA



MEXICO, D. F.

CD. UNIVERSITARIA 1900 **7**

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM.
P R E S E N T E.

ESTIMADO MAESTRO:

EL PASANTE DE DERECHO SEÑOR ALEJANDRO DE ANDA
ARCIGA, HA ELABORADO SU TRABAJO DE TESIS DENOMINADO:
"IMPORTANCIA PROCESAL DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA PARA
INVESTIGAR EL TIPO PENAL DEL DELITO DE QUE SE TRATE Y LA
PRESUNTA RESPONSABILIDAD DEL INCUPLADO". BAJO MI DIRECCIÓN.

EN MI CONCEPTO MENCIONADO ENSAYO REUNE LOS
REQUISITOS ESTATUTARIOS PARA EL EXAMEN CORRESPONDIENTE. POR
LO QUE, SALVO SU MEJOR OPINIÓN, RUEGO A USTED EXPEDIR EL
OFICIO PARA QUE SE IMPRIMA EL MISMO Y SE PUEDA CONTINUAR CON
LOS TRAMITES DE RIGOR, PUES YA HE MANIFESTADO QUE MERECE LA
APROBACIÓN.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
CD. UNIVERSITARIA, 7 DE OCTUBRE DE 1996.

DR. PEDRO HERNANDEZ SILVA.

PHS/GS.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

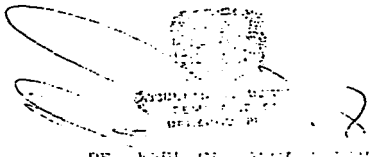
Cd. Universitaria, a 29 de noviembre de 1996.

C. DIRECTOR GENERAL DE LA COORDINACION
ESCOLAR DE LA UNAM.
P R E S E N T E.

EL C. ALEJANDRO DE ANCA ARCIGA, ha elaborado en este seminario a mi cargo y bajo la dirección del DR. PEDRO HERNANDEZ SILVA, su tesis profesional intitulada IMPORTANCIA PROCESAL DE LA AVERIGUACION PREVIA PARA INVESTIGAR EL TIPO PENAL DEL DELITO DE QUE SE TRATE Y LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD DEL INculpADO, con el objeto de obtener el grado académico de licenciado en Derecho.

El alumno ha concluido su tesis de referencia el -- cual llena los requisitos señalados en el art. 8 -- fracción V, del reglamento de seminarios para la tesis profesional, por lo que otorgo la aprobación -- correspondiente para todos los efectos académicos.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
EL DIRECTOR DEL SEMINARIO



A MI MADRE:

Quién con su energía, cariño y afán de hacer un hombre de provecho me dio, la oportunidad de estudiar una carrera profesional.

A MI PADRE:

Con todo mi cariño.

A MIS HERMANOS:

Por haberme dado siempre momentos de cariño y apoyo en lo largo de mis estudios.

A MI HIJO:

Como un ejemplo, para su futuro con amor y cariño.

A LAURA:

Incansable compañera quién con decidido apoyo y amor, me impulsó para la culminación de este ensayo.

Con respeto y gratitud al pueblo y a los trabajadores de México, ya que gracias a ellos tuve la oportunidad de recibir educación en las instituciones públicas de donde soy egresado.

A mi Alma Mater, porque ser y saberme universitario es un orgullo y privilegio que no todos tienen.

A mi querida Facultad de Derecho, recinto de grandes juristas, y formadora de ilustres abogados comprometidos con la Universidad y México, mi gratitud por ser parte de ella.

Mi reconocimiento al Dr. Pedro Zamora Sánchez, maestro y amigo, quién siempre me impulsó para la conclusión de mi carrera. Mi perenne agradecimiento y mi respeto a mi maestro.

Al Dr. Pedro Hernández Silva por su gran ayuda y asesoría en la culminación de la presente tesis. Porque para enseñar y formar, hay que ser y saber.

A mis compañeros y amigos .

**IMPORTANCIA PROCESAL DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA PARA
INVESTIGAR EL TIPO PENAL DEL DELITO DE QUE SE TRATE Y
LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD DEL INCUPLADO**

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

EL PROCEDIMIENTO PENAL EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

a)	Partes en que se Divide el Procedimiento Penal...	1
b)	Averiguación Previa o Preparación de la Acción Procesal Penal.....	2
c)	Preparación del Proceso o Término Constitucional (72 horas).....	15
d)	Instrucción o Proceso Mismo.....	19

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

a)	Generalidades de la Averiguación Previa en la Historia.....	22
b)	Antecedentes en México.....	25
c)	Concepto.....	35
d)	Ubicación Procesal.....	37

CAPÍTULO III

LA AVERIGUACIÓN PREVIA

a)	Objeto de la Averiguación Previa.....	40
b)	Noción de la Acción Penal.....	41
c)	Preceptos que la Rigen.....	42
d)	Caracteres de la Acción Penal.....	43
e)	La Acción Penal y la Pretensión Punitiva.....	46
f)	Justificación del Período de Averiguación Previa.	49
g)	Presupuestos para el Ejercicio de la Acción Penal.....	55
h)	Aspectos que comprende la Averiguación Previa....	59
i)	Características Principales.....	60

CAPÍTULO IV

EL TIPO DEL DELITO DE QUE SE TRATE Y LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD

a)	Importancia del Tipo Penal en el Derecho de Procedimientos Penales.....	72
b)	Concepto.....	73
c)	Evolución del Concepto en México.....	78
d)	La Integración y Comprobación del Tipo Penal del Delito de que se Trate.....	80

e)	Medios para Comprobar el Tipo Penal del Delito de que se Trate en la Legislación Mexicana.....	84
f)	Resoluciones que se dictan al Vencerse el Término Constitucional de las Setenta y Dos Horas.....	98

CAPÍTULO V

EL CONTENIDO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA Y EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

a)	Acción Procesal Penal su Concepto.....	109
b)	Acción Penal su Concepto.....	109
c)	Disposiciones Generales.....	110
d)	Recepción de Denuncias y Querellas y su Ratificación.....	116
e)	Declaración y Aseguramiento del Inculpado.....	121
f)	Principios que Rigen el Ejercicio de la Acción Penal.....	125
g)	Órganos a Quienes se Encomienda.....	130
h)	Conclusión de la Averiguación Previa.....	133
i)	La Consignación.....	134

CAPÍTULO VI

LA CONCLUSIÓN Y SU IMPORTANCIA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA

a)	El no Ejercicio de la Acción Penal.....	143
b)	Control del no Ejercicio de la Acción Penal en el Extranjero.....	144
c)	El no Ejercicio de la Acción Penal en nuestra Legislación y su Control.....	147
d)	Necesidad de Control Externo del no Ejercicio de la Acción Penal.....	157
	CONCLUSIONES.....	167
	BIBLIOGRAFÍA.....	172

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es realizado con el propósito, de destacar la importancia de la Averiguación Previa en el Derecho Procesal Penal, por ello, lo denominé "IMPORTANCIA PROCESAL DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA PARA INVESTIGAR EL TIPO PENAL DEL DELITO DE QUE SE TRATE Y LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD DEL INCUPLADO. El tema en comentario, es una inquietud propia del que ésto escribe y que es concebida, tomando en cuenta una de las garantías innatas en el individuo como es la libertad, ya que se debe precisamente a una buena integración de la Averiguación Previa y una adecuada configuración del elemento del tipo penal, para estar en posibilidad de determinar si el inculpado es inocente o culpable. Por ello consideré oportuno el desarrollo del trabajo en comento ya que el mismo ha sido motivo de injusticias por parte de los encargados de la aplicación de la ley, ya que muchos de ellos desconocen o no integran como debe ser una Averiguación Previa, y en la mayor de las veces, debido al desconocimiento de la ley o mala integración de la causa penal liberan al culpable y condenan al inocente.

Por lo antes expuesto creo que es de vital importancia para los profesionistas consumados como para los que aspiramos a la licenciatura profesional, el saber impartir debidamente la justicia, siempre tomando en consideración los principios básicos del Derecho.

Ahora bien y desde el punto de vista social, es importante no pasar por alto las consecuencias que derivan de la falta de una buena integración de la Averiguación Previa y se esté en posibilidad de determinar la culpabilidad o no del inculpado, ya que en caso de no ser así y se llega a condenar a un inocente, las consecuencias tanto en la familia como en la sociedad, en la mayoría de los casos son fatales.

Sirva el presente trabajo como una comunicación en su observancia para todos aquellos, que de una o de otra forma, intervienen en la integración de la Averiguación Previa.

CAPÍTULO I

EL PROCEDIMIENTO PENAL EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Como sabemos, el procedimiento es el conjunto de actos y formas legales que deben ser observados obligatoriamente por todos los que intervienen, desde el momento en que se entabla la relación jurídica material de derecho penal para hacer factible la aplicación de la ley a un caso concreto.

Partiendo de lo anterior puedo decir que el proceso penal es un desarrollo evolutivo, que indispensablemente se sigue para el logro de un fin, pero no un fin en sí mismo, sino más bien, como medio para hacer manifiestos los actos de quienes en el intervienen, los cuales deberán llevarse a cabo en forma ordenada, pues el surgimiento de uno será el que de lugar a su vez al nacimiento de otros, y así sucesivamente, para que mediante su previa observancia se actualice la sanción prevista en la ley penal sustantiva.

a) Partes en que se Divide el Procedimiento Penal.

El procedimiento penal tiene cuatro periodos:

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

ejercita la Acción Penal;

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

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

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

A efecto de comprender mejor los periodos del procedimiento penal, es oportuno señalar lo siguiente.

b) Averiguación Previa o Preparación de la Acción Procesal Penal.

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

Antes del ejercicio de la acción penal se procede a la preparación de la misma; este período se llama de averiguación previa y tiene por objeto llenar los requisitos del artículo 16 constitucional para el ejercicio de la acción penal. El desarrollo de este período corresponde al Ministerio Público. La actividad investigadora como primera fase persecutoria recibe, en ocasiones, el nombre de diligencias de Policía Judicial.

Ahora bien, el hecho de que las leyes hagan referencias a esa clase de diligencias, no significa, en modo alguno, que la Policía Judicial, sea un órgano investigador, con facultad de practicar diligencias, con independencia del Ministerio Público. El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no crea dos instituciones autónomas entre sí, ni siquiera vinculadas por relaciones de coordinaciones, sino por el contrario, dos instituciones (Ministerio Público y Policía Judicial), claramente subordinada la segunda a la primera. Las diligencias de Policía Judicial no son otra cosa que las diligencias de averiguación previa y las practicadas, en su caso, por individuos pertenecientes a la Policía Judicial, solamente serán válidas si son dirigidas por el Ministerio Público. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto al respecto "que no es exacto que las diligencias practicadas por la Policía Judicial carezcan de validez, porque cuando el Ministerio Público actúa en su carácter de autoridad y jefe de la Policía Judicial, el juez puede atribuir eficacia plena probatoria a las diligencias que aquel practique, sin incurrir en violación al artículo 21 constitucional".¹

¹ Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. T. XV. Vol. II. 5ª época. Junio-Julio. México, 1993. p. 108

El mencionado precepto a grandes rasgos, establece "que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso. 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.

El principio, denominado de la oficiocidad, que en nuestro concepto no deba existir reconoce dos excepciones. 1° Cuando se trate de delitos en los que solamente se puede proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha formulado; y 2° Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha cumplido.

La iniciación de oficio, autorizada por los artículos

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

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

Los artículos 116 y 117 del Código Federal de Procedimientos Penales, establecen, desde luego, la

obligación de denunciar, por parte de los particulares y de los funcionarios públicos, por el contrario, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no hace referencia alguna a dicha obligación. Sin embargo, si observamos que ni aún en el primero de los citados Códigos, se conmina con pena alguna el incumplimiento de la obligación de denunciar, llegaremos a la conclusión de que, en realidad, ésta no existe. Obligación sin sanción es una contradicción en sí misma. Por otra parte, la omisión de la denuncia no puede ser constitutiva del delito de encubrimiento, como se sostiene por algún sector de la opinión jurídica, puesto que, de acuerdo con la doctrina más autorizada, los actos de favorecimiento han de ser positivos:

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

Los delitos perseguibles únicamente por querrela son, según el Código Penal para el Distrito Federal, los siguientes: daño en propiedad ajena imprudencial (artículo 62), peligro de contagio entre cónyuges (artículo 199 bis), estupro (artículo 262), adulterio (artículo 274), abandono de cónyuge (artículo 337), y demás delitos que se establecen en los artículos 356, 357, 358, 359 y 360 del Código Penal para el Distrito Federal.

Asimismo se tipifica el fraude interviniendo en el robo o fraude cometido entre ascendientes y descendientes, como podemos observar para los delitos antes mencionados es necesario que medie una querrela por parte de la persona ofendida para que pueda dar inicio la acción penal.

La reforma hecha al Código Penal citado, por Decreto del 16 de febrero de 1971, publicado en el Diario Oficial de 19 de marzo del propio año, en vigor sesenta días después de su publicación, introdujo hondas modificaciones con relación a la persecución de los delitos culposos cometidos con motivo del tránsito de vehículos, los cuales se perseguirán por querrela de parte en los siguientes casos: a) cuando se cause únicamente daño en propiedad ajena, cualquiera que sea su valor; b) cuando se causen lesiones de las comprendidas en el artículo 289 del Código Penal; y c) cuando se causen ambos resultados, de daño en propiedad ajena y lesiones de la mencionadas. En todo caso, la perseguibilidad por querrela está condicionada a que el sujeto no se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes u otras substancias que produzcan efectos similares. Es incuestionable que si el delito culposo causa lesiones de mayor gravedad que el delito de homicidio especificadas en los artículos 289 y 290 del Código Penal, se perseguirá de oficio. También se sigue persiguiendo de oficio el delito cometido en el sistema ferroviario, de transportes eléctricos, en navíos, aeronaves o en cualquier transporte de

servicio público federal.

La querrela es exigida a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de Gobernación, para el ejercicio de la acción penal por delitos fiscales y migratorios, por los artículos 42 del Código Fiscal de la Federación y 123 de la Ley General de Población, respectivamente.

La querrela puede ser formulada, indistintamente tanto por el ofendido como por sus representantes, ya sean legales o contractuales. Con relación a estos últimos, es decir, a los apoderados, se ha discutido la calidad del poder que deben tener, sin embargo, la reforma hecha al artículo 120 del Código Federal de Procedimientos Penales, con fecha 2 de enero de 1985, publicada en el Diario Oficial de 13 del propio mes y año, ha resuelto que "las querellas formuladas por personas morales se admitirán cuando el apoderado tenga un poder general para pleitos y cobranzas, con cláusula especial para formular querellas, sin que sea necesario acuerdo o ratificación del Consejo de Administración o de Asamblea de Socios o de Accionistas, poder especial para el caso determinado, ni instrucciones concretas al mandante".

Criterio análogo inspiró, sin duda alguna, la reforma hecha al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal por Decreto de 8 de Noviembre de 1965, en los siguientes términos: "Se reputará parte ofendida para tener

por satisfecho el requisito de la querrela necesaria, a toda persona que haya sufrido algún perjuicio con motivo del delito, y, tratándose de incapaces, a los ascendientes y, la falta de éstos, a los hermanos o los que representen a aquellos legalmente. Las querrelas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por apoderados que tengan poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del Consejo de Administración o de la Asamblea de Socios o de Accionistas ni poder especial para el caso concreto. Para las querrelas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de raptó, estupro, o adulterio, en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero de este artículo".

La segunda parte del artículo 264, en su redacción anterior a la reforma, disponía que "si a nombre de la persona ofendida comparecía alguna otra, bastaba para obtener por legalmente formulada la querrela, que no hubiera oposición de la persona ofendida". La interpretación de este artículo llevaba a la conclusión de que, de una parte, para tener formulada legalmente la querrela, era necesario que el ofendido la conociera y no se opusiera a ella, y de otra parte, la oposición del ofendido, aunque fuera incapaz, debía tenerla por formulada, pensamos ahora que la reforma de 1965, salva el problema apuntado. Como el nuevo artículo no alude

a la hipótesis de que a nombre del ofendido comparezca otra persona hay que entender que solamente es aceptable la querrela formulada por alguno de los sujetos a quien dicho precepto reputa ofendido, y que la oposición del incapaz, directamente ofendido, a la querrela formulada por su ascendiente, hermano o representante legal, es ineficaz.

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

1° En caso de adulterio, en que puede querrellarse el marido de la adúltera que fuere casada; y

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

La existencia de la querrela no se condiciona al empleo sacramental de la palabra, La Suprema Corte ha resuelto que "cuando la ley exige la querrela para persecución de un delito, basta, para que aquella exista, que el ofendido ocurra ante una autoridad competente, puntualizando los hechos en que se hace consistir el delito".²

² ACERO, Julio. Nuestro Procedimiento Penal. 10ª edición. Porrúa. México, 1995. p. 206

Como una modalidad especial de la querrela existe la llamada excitativa, es decir, la querrela formulada por representante de un país extranjero para que se persiga los responsables del delito de injurias proferidas en contra del país que representa, o en contra de sus agentes diplomáticos (artículo 360, fracción II del Código Penal para el D.F. en Materia Común y para toda la República en Materia Federal). La excitativa se ha formulado, obviamente, por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, que es órgano de relación internacional, para que éste la transmita al Procurador General de la República. (Sujetos activos de la querrela. Comprobación de la personalidad del querellante).

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

Las diligencias de averiguación previa deben enderezarse, en primer término al comprobar la existencia de elementos exigidos por el artículo 16 de la Constitución para el ejercicio de la acción penal, y, en segundo lugar, al comprobar los elementos del tipo penal, tal como lo exige el artículo 19 de la propia Ley fundamental. Es cierto que la comprobación del elemento del tipo penal es materia del auto

de formal prisión, pero no es menos que los elementos para comprobarlo que deben ser aportados por el Ministerio Público, que es a quien corresponde la iniciativa procesal. El Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 168 dispone que el Ministerio Público y el tribunal en su caso, deberán procurar ante todo que se compruebe el elemento del tipo penal del delito de que se trate como base del procedimiento penal". Si el Ministerio Público, al ejercitar la acción, aporta, además de los elementos exigidos por el artículo 16 constitucional, los del 19 ahorrarán la práctica de diligencias durante el período de preparación del proceso.

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

Las mencionadas diligencias, son de dos clases:

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

b) Discrecionales, que sin estar expresamente señaladas en la ley, sean necesarias lógicamente para la

comprobación de los elementos del delito".³

Las diligencias de carácter obligatorio para toda clase de delitos, están mencionadas en los artículos 94 a 103 del Código de Procedimientos Penales común y 123 del Código Federal de Procedimientos Penales. En síntesis, dichas diligencias consisten, en su conjunto, como reza el artículo 265 del código citado en primer término, en "dar fé de las personas y de las cosas a quienes hubiere afectado el acto delictuoso". Dar fé es tanto como establecer de una manera auténtica, la existencia de personas, lugares y cosas y describir las características que presentan y el estado que guardan. Las daciones de fé, tan usuales entre nosotros, son, en definitiva, diligencias de inspección ocular.

Las diligencias obligatorias para la comprobación de determinados delitos en particular están previstas tanto en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal como en el Código Federal de Procedimientos Penales, se refieren al homicidio (artículos 105 a 108 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 171 y 172 del Código Federal de Procedimientos Penales), aborto e infanticidio (artículos 112 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 173 del Código Federal de Procedimientos Penales), falsedad o falsificación (artículo

³ GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. El Procedimiento Penal Mexicano. 17ª edición. Porrúa. México, 1995. p. 139

119 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal), y robo (artículo 114 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 174 del Código Federal de Procedimientos Penales), que actualmente está derogado.

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

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

En la averiguación previa debería operar, con mayor razón que en la instrucción, el principio de la concentración de los actos. Con el objeto de lograr la mayor eficacia con la menor actividad, pues, según se ha dicho con verdad, cada minuto que pasa es la verdad que huye, el conjunto de actos investigatorios debería ser reducido a la unidad. Este principio de concentración, olvidado por el Ministerio Público, que se burocratiza, no lo ha sido por la Ley. Los

artículos 121 y 165 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, disponen que para la comprobación de los delitos que requieran conocimientos especiales se utilizarán asociadas las pruebas de inspección ocular y de peritos, y que el Ministerio Público procurará que los que hayan presenciado el delito declaren, si es posible, en el mismo lugar de los hechos, respectivamente.

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

**c) Preparación del Proceso o Término Constitucional,
(72 horas).**

La Averiguación Previa, o período de preparación de la acción penal, se inicia con la denuncia o la querrela y concluye cuando el Ministerio Público está en aptitud de ejercitar la acción penal, de tal manera que, con la consignación de los hechos al Órgano Jurisdiccional, se inicia el proceso y con ello su instrucción.

La preparación del ejercicio de la acción penal se realiza en la averiguación previa, etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar para esos fines, el elemento del tipo penal del delito de que se trate y la presunta responsabilidad.

Esta facultad siempre había recaído exclusivamente en los agentes del Ministerio Público; sin embargo, en materia federal, la Policía Judicial, "en ejercicio de sus facultades", "debe recibir las denuncias de los particulares o de cualquiera otra autoridad, sobre hechos que puedan constituir delitos de orden federal, sólo cuando las circunstancias del caso aquellos no puedan ser formuladas directamente ante el Ministerio Público, al que la Policía Judicial Federal informará de inmediato acerca de las mismas y de las diligencias practicadas..." (art. 3º fracción I, del Código Federal de Procedimientos Penales).

Semejante facultad entraña un grave peligro, dado el comportamiento que desde siempre ha tenido la policía y además por su falta de conocimiento.

"Las disposiciones legales que regulan esta etapa son: los artículos 16 constitucional; 1º, fracción I del Código de Procedimientos Penales en materia federal; y 3º, fracción

I y 94 del Código de Procedimientos Penales en el Distrito Federal".⁴

El artículo 16 constitucional dice a la letra: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos del flagrante delito, en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos, sin demora, a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya lugar ninguna autoridad judicial, tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial..."

⁴ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 15ª edición. Porrúa. México, 1995. p. 244

De acuerdo con el precepto transcrito, para la válida promoción de la acción penal deberán darse los siguientes requisitos: la comisión u omisión de un hecho reputado por la ley como delito; que tal hecho lo haya realizado una persona física, que se haya dado consentimiento del ofendido a su legítimo representante, si el delito se persigue a petición de parte agraviada; que lo dicho por el denunciante o querellante esté apoyado por declaración de persona digna de fe y de crédito o por otros elementos de prueba que hagan presumir la responsabilidad del inculpado.

En resumen, podemos decir que el estudio de la averiguación previa abarcará: la denuncia, los requisitos de procedibilidad (querrela, excitativa y autorización), la función de Policía Judicial en sus diversas modalidades y la consignación.

Ahora bien, para la integración de la Averiguación Previa dependerá forzosamente, del delito de que se trate, es decir todos los datos, pruebas, diligencias e investigaciones para integrar el elemento del tipo penal del delito de que se trate y la presunta responsabilidad mismos que el Ministerio Público deberá de allegarse mediante una investigación minuciosa, práctica y profunda dependiente del delito de que se trate, ésto con la colaboración de la Policía Judicial, peritos y la ayuda de las otras personas ya sean afectadas, o que tengan conocimiento del asunto que se investigue,

consistiendo esta ayuda en poder allegarse de los elementos necesarios para poder determinar el objeto, el tiempo, lugar y forma en que sucedió la acción criminal.

d) Instrucción o Proceso Mismo.

La instrucción es la etapa procedimental en donde se llevarán a cabo actos procesales, encaminados a la comprobación de los elementos del tipo penal y al conocimiento de la responsabilidad o inocencia del supuesto sujeto activo; el órgano jurisdiccional, a través de la prueba conocerá la verdad histórica y la personalidad del procesado, para estar en aptitud de resolver, en su oportunidad, la situación jurídica planteada.

"Instrucción, desde el punto de vista gramatical, significa impartir conocimientos. En el aspecto jurídico, alude a que sean dirigidos al juzgador, independientemente de que éste tome iniciativa para investigar lo que a su juicio, no sea suficientemente claro para producirle una auténtica convicción.

La instrucción se inicia cuando ejercitada la acción penal, el juez ordena la radicación del asunto, dando inicio así el proceso, y consecuentemente, la trilogía de actos que

lo caracterizan: acusatorios, de defensa y decisorios".⁵

La diversidad de actos procesales que deberán llevarse a cabo durante esta fase, justifica su división en periodos o etapas.

Como lo apuntamos en páginas anteriores, en el Distrito Federal el primer período abarca, desde el "auto de inicio" o de radicación, hasta el auto de formal prisión; y el segundo, principia con el auto mencionado en último término y concluye con el auto que declara cerrada la instrucción.

El Código Federal de Procedimientos Penales, objeto de incesantes reformas, considera en la actualidad que la instrucción principia con el auto de formal prisión, resolución que considera agotada la averiguación o instrucción y que da lugar a que las "partes" promuevan las pruebas que estimen pertinentes y que puedan practicarse dentro de los quince días siguientes al en que se notifique el auto que recaiga a la solicitud de la prueba. Según las circunstancias que aprecie el juez en la instancia, podrá ampliar el plazo de desahogo de prueba hasta por diez días más".

"Se declara cerrada la instrucción cuando habiéndose

⁵ RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. 13ª edición. Porrúa. México, 1995. p. 116

resuelto que tal procedimiento quedó agotado, conforme a lo previsto en el párrafo anterior, hubiesen transcurrido los plazos que se citan en este artículo o las partes hubieran renunciado a ellos" (art. 150).

De todo esto habrá que concluir lo siguiente: el procedimiento de preinstrucción se inicia con la consignación y concluye con el auto de formal prisión, resolución judicial que da lugar al surgimiento de la instrucción, misma que quedará reducida a una sola etapa o a dos; dejando a la voluntad de las "partes" el que pueda darse la segunda, puesto que pueden renunciar a los plazos que se indican en el artículo 150; o bien, acogerse a ellos.

Los actos procesales que se desarrollan durante la instrucción, en el Derecho mexicano se rigen fundamentalmente por los principios de publicidad, oralidad, escritura e inmediatividad.

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Con el propósito de tener una mejor aplicación de la ley penal, es que las instituciones de ésta disciplina, han ido evolucionando a tal grado que lo que a la averiguación previa se refiere cada día se ha ido perfeccionando, por que de ella depende que haya una buena integración de la misma para poder comprobar en un momento dado el elemento del tipo penal del delito que se trate.

a) Generalidades de la Averiguación Previa en la Historia.

Siendo la averiguación previa producto de la función investigadora de los delitos, natural es que su origen esté íntimamente relacionado con los antecedentes de ésta.

Partiendo de esta premisa encontramos que en la etapa conocida como régimen de auto-defensa que existió en las organizaciones sociales primitivas, la reacción contra el entuerto es asunto puramente privado. "En esta época el poder público no interviene en la tutela y restablecimiento del derecho. El particular ofendido tiene que salir en defensa de su derecho violado para vengar la ofensa recibida y, como señala Dos Reis, "en vez de que la fuerza física estuviese al servicio del derecho, éste último se encontraba

a merced de aquella".⁶ El único medio para la salvaguarda de los intereses particulares es la fuerza, quedando al arbitrio de los presentes agraviados la determinación del carácter jurídico o antijurídico de cualquier a proceder convirtiéndose de este modo en juez y parte.

Por ello, esta situación no podía subsistir y al ir operando, históricamente, la transición de la concepción jurídica privada del delito y de la pena a la concepción jurídico-pública, el poder público, necesariamente, fue interviniendo en las contiendas a fin de buscar soluciones objetivas y limitar la venganza privada, apareciendo el Talión.

En un estadio más avanzado, el poder público, desempeña el papel de árbitro, como en el antiguo proceso privado romano, en el que a decir de Manzini, "el órgano del Estado (juez magistrado o popular), se ponía como árbitro entre las partes contendientes y juzgaba atendiéndose a lo expuesto por las partes mismas".⁷

Este proceso fue abandonado muy pronto, dando lugar al proceso penal público, con sus dos formas, la cognitio y la

⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 17ª edición. Forrúa. México, 1993. p. 39

⁷ MANZINI, Vicenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. 11ª edición. Europa-América. Argentina, 1963. p. 35

acusatio, en la cual era el Estado quien efectuaba la propia función de defensa social y, tratándose de delicta pública era también quien intervenía en el proceso, para declarar la certeza del delito y pronunciar la sentencia. Es así como finalmente la autoridad pública imparte justicia fijando la reparación para la víctima y la pena para el victimario.

Cuando en la acusatio se abusó del propósito de venganza, hubo necesidad de buscar un sistema más adecuado y surgió en el derecho romano el proceso penal extraordinario, en el cual las pesquisas se llevaban a cabo por funcionarios o agentes públicos denominados curiosi, nunciatores, stationari, etc., quienes trasmitían al juez los resultados de sus averiguaciones y búsquedas, pero al evolucionar este procedimiento los poderes del magistrado fueron paulatinamente aumentando, hasta invadir la esfera del acusador privado y poder proceder de oficio a la instrucción y fallo.

"El cambio continúa y el Estado poco a poco va comprendiendo que la persecución de los delitos es una función social que él debe desempeñar y no dejarla al arbitrio de los particulares. Así se llega al procedimiento inquisitivo, que culmina con la Ordenanza de Luis XIV del mes de agosto de 1670, en la cual el juez, como representante del poder público, es quien investiga, prueba, acusa y decide, convirtiéndose en esta forma en juez y parte desarrollándose

el proceso en las tinieblas del secreto y con la mecanicidad e inmovilidad de la escritura".⁸

La libertad y justicia a que el espíritu humano aspira; no concibe que el juez sea también "parte" en el proceso y exige la imparcialidad de aquél. Con la revolución Francesa nace la forma mixta y se entrega a otro órgano oficial, el Ministerio Público, la función de acusar.

Al progresar la concepción pública del proceso penal, se otorgan mayores facultades al Ministerio Público, según las diversas legislaciones de los distintos países y, en la Constitución Política Mexicana de 1917, se le hace jefe de la policía judicial, quedando en sus manos la función investigadora de los delitos.

b) Antecedentes en México.

Durante la dominación española y hasta muchos años después de consumada la Independencia, tuvo aplicación entre nosotros la legislación hispana, en la que se reconocía el sistema inquisitorio de enjuiciamiento que se caracterizaba por el omnimodo poder del juez para la investigación del delito, el secreto y la falta de garantías para el acusado.

⁸ FLORIAN, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. 3ª edición. Fondo de Cultura Económica. México, 1970. p. 66

En las leyes españolas de mediados del siglo XV aparecen los funcionarios conocidos como Procuradores Fiscales, entre cuyas funciones, reglamentadas por Felipe II, en las leyes de Recopilación del año de 1565, se les señalaba la de asistir a los tribunales para procurar el castigo a los delincuentes que no eran perseguidos por un acusador privado. En esta forma el Promotor o Procurador Fiscal interviene en el proceso hasta la iniciación del plenario para formular su pliego de acusación, vemos así que esta Institución carecía de autonomía pues si intervenía en el proceso, lo hacía formando parte integrante de la jurisdicción. Por lo tanto, durante toda la época en que tuvo vigencia este sistema, quien realizaba la investigación de los delitos era el Juez.

Podemos decir en términos generales que en México este sistema imperó hasta mediados del siglo XIX.

"En la Ley de 15 de junio de 1869, conocida con el nombre de la Ley Juárez o Ley de Jurados en Materia Criminal para el Distrito Federal se empieza a perfilar nuestro Ministerio Público".⁹

En esta Ley en sus artículos 4º a 8º establece tres promotorías fiscales para los juzgados en lo criminal que tienen la obligación de promover todo lo conducente en la

⁹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. op. cit. p. 245

investigación de la verdad. "En el artículo 23 se califica al Promotor Fiscal de representante del Ministerio Público, se le constituye en parte acusadora independiente de la actividad de la parte civil, pero sin adoptarse propiamente la institución Francesa del Ministerio Público. Por ser independientes entre sí, los promotores fiscales no formaban una organización; carecía de unidad y dirección en el desempeño de sus funciones".¹⁰

El 15 de septiembre de 1880, bajo el gobierno del General Porfirio Díaz, se expide el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en el cual la institución del Ministerio Público toma cuerpo y se organiza adoptando las características de la institución francesa, se menciona que los jueces son los funcionarios de más alta jerarquía de la policía judicial, entre cuyos miembros figura el Ministerio Público, y que aquélla tiene por objeto la investigación de los delitos, la reunión de sus pruebas y el descubrimiento de sus autores, cómplices y encubridores, en tanto que El Ministerio Público es una magistratura instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de justicia en nombre de la sociedad y para defender ante los tribunales los intereses de ésta. "A pesar de ello, la averiguación de los delitos continúa en manos del juez, pues se establecía que en los delitos perseguibles de oficio, el

¹⁰ Ibidem. p. 246

Ministerio Público, sin pérdida de tiempo, requerirá la intervención del Juez competente del ramo penal, para que inicie el procedimiento y sólo, excepcionalmente, cuando hubiese peligro de que, mientras se presenta el inculpado se fugue y se destruyan o desaparezcan los vestigios del delito, está facultado para aprehender al responsable y asegurar los instrumentos, huellas o efectos del delito. Por lo tanto, intervenían en la investigación de los delitos hasta ciertos límites".¹¹

Al promulgarse el 6 de julio de 1894, un nuevo Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, que conserva esencialmente las ideas contenidas en el de 1880, Juez y Ministerio Público continúan siendo miembros de la policía judicial, correspondiendo a éste perseguir y acusar ante los tribunales a los responsables de un delito y cuidar de que las sentencias se ejecuten puntualmente.

En la Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito y Territorios Federales, que se expidió el 12 de Septiembre de 1903, se adopta ya íntegramente la institución del Ministerio Público y, por vez primera, aparece presidida por el Procurador de Justicia, dándosele así unidad y dirección y deja de ser un mero auxiliar de la administración de

¹¹ ACERO, Julio. op. cit. p. 185

justicia para convertirse en una magistratura independiente de lo judicial, representando a la sociedad, como una extensión del Poder Ejecutivo, actuando como parte en el juicio y titular de la acción penal. Se conceden en esta ley, en materia de averiguación previa, facultades al Ministerio Público para recoger todas las huellas del delito y practicar ante si las diligencias urgentes, que tiendan a fijar la existencia de éste o de sus autores.

Fijando de esta manera el carácter de la institución, transcrito fiel de la institución francesa en que se inspiró la citada ley, y que perduró hasta la radical reforma que sufre en la Constitución Política Mexicana de 1917.

Por lo que hace al Ministerio Público Federal, funcionaron en los Tribunales Federales fiscales adscritos a los mismos, que desaparecen con el Decreto del 22 de Mayo de 1900, que reformó los artículos 91 y 96 de la Constitución Política de 1857, creando el Ministerio Público de la Federación, como institución independiente de los tribunales, pero sujeta al Poder Ejecutivo.

En la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal del 16 de diciembre de 1908, se considera a la institución como auxiliar de la administración de justicia en el orden federal y como encargada de procurar la persecución, investigación y represión de los delitos de la competencia de los tribunales

federales y defender los intereses de la Federación, ante la Suprema Corte, Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito.

El Ministerio Público mexicano sufre un cambio trascendental en la Constitución Política del 5 de Febrero de 1917 que tal como acertadamente previó Dn. Venustiano Carranza, "revolucionó" nuestro sistema procesal. El Ministerio Público había sido una figura decorativa y su funcionamiento nominal, hasta entonces. Las razones que se tuvieron en cuenta para promover la reforma de la institución las expresa el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista en la exposición de motivos del proyecto de Querétaro en la siguiente forma: "Pero la reforma no se detiene allí, sino que se propone una innovación que de seguro revolucionará completamente el sistema procesal que durante tanto tiempo ha regido en el país, no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias. Las leyes vigentes, tanto en el orden federal como en el común, han adoptado la institución del Ministerio Público, pero esta adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquél, tiene un carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia. Los jueces mexicanos han sido, durante el período corrido desde la consumación de la independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial; ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados para emprender verdaderos asaltos

contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que, sin duda alguna, desnaturaliza las funciones de la judicatura. La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por los jueces que, ansiosos de renombre, veían con verdadera fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiese desplegar un sistema completo de opresión en muchos casos contra personas inocentes y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando en sus inquisiciones las barreras mismas que terminantemente establecía la ley. La misma organización del Ministerio Público a la vez que evitará ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos; la busca de los elementos de convicción que ya no se hará por procedimientos atentatorios y reprobados y la aprehensión de los delincuentes. Por otra parte el Ministerio Público con la policía judicial represiva a su disposición, quitará a los presidentes municipales y a la policía común, la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuantas personas juzguen sospechosas, sin más méritos que su criterio particular. Con la institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad individual estará asegurada, porque según el artículo 16 nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirse sino en los términos y con los requisitos que el mismo

artículo exige".¹²

El proyecto sometido a la consideración del constituyente fue motivo de dictamen de la comisión de la Constitución (diputados Francisco J. Mujica, Alberto Román, L.G. Monzón. Enrique Recio y Enrique Colunga).

Ese dictamen que dijo aceptar las ideas del Primer Jefe pero que propuso redacción distinta fue retirado porque el Congreso pensó lo contrario es decir, que no se ajustaba como creían sus autores a las ideas de aquél.

Después de unos días, la mayoría de la comisión presentó la siguiente redacción "También incumbe a la propia autoridad (la administrativa) la persecución de los delitos por medio del Ministerio Público y de la Policía Judicial que estará a disposición de éste".¹³

Con estos antecedentes, se crea en la Constitución Política de 1917 el artículo 21, cuya primera parte, de acuerdo con la redacción que le dió en el voto particular del diputado licenciado Enrique Colunga, que fué aprobado por la asamblea quedó como sigue: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución

¹² GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. op. cit. p. 278

¹³ RIVERA SILVA, Manuel. op. cit. p. 193

de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél".¹⁴

Como consecuencia de la reforma constitucional introducida a los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de la República de 1917, comenta González Bustamante. "La institución del Ministerio Público quedó substancialmente transformada con arreglo a las siguientes bases: a) El monopolio de la acción penal corresponde exclusivamente al Estado, y el único órgano estatal a quien se encomienda su ejercicio, es el Ministerio Público: b) De conformidad con el Pacto Federal, todos los Estados de la República deben ajustarse a las disposiciones constitucionales, estableciendo en sus respectivas entidades la institución del Ministerio Público: c) Como titular de la acción penal, el Ministerio Público tiene las funciones de acción y de requerimiento, persiguiendo y acusando ante los tribunales a los responsables de un delito; el juez de lo penal no puede actuar de oficio, necesita que se lo pida el Ministerio Público; d) La policía judicial tiene a su cargo la investigación de los delitos, la busca de las pruebas y el descubrimiento de los responsables y debe estar bajo el control y vigilancia del Ministerio Público, entendiéndose

¹⁴ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal. 16ª edición. Porrúa. México, 1995. p. 321

que la policía judicial constituye una función; que cualquier autoridad administrativa facultada por la ley, puede investigar delitos, pero siempre que esté bajo la autoridad y mando inmediato de los funcionarios del Ministerio Público; e) Los jueces de lo criminal pierden su carácter de policía judicial, no están facultados para buscar pruebas por iniciativa propia y sólo desempeñan en el proceso penal funciones decisorias; f) Los particulares no pueden ocurrir directamente ante los jueces como denunciantes o como querellantes..."¹⁵

Por su parte Javier Piña y Palacios concluye "que en la formación de nuestro Ministerio Público, concurren tres instituciones: La Promotoría o Procuraduría Fiscales de España, el Ministerio Público Francés y un conjunto de elementos enteramente mexicanos. Del Ministerio Público francés tomó la característica de la unidad que consiste en que cuando actúa uno de sus miembros es la institución misma la que ejecuta el acto y no aquél; la influencia de la Promotoría o Procuraduría Fiscales españolas se hace sentir en cuanto a la técnica de sus actos, sobre todo en la manera de formular conclusiones y el elemento enteramente mexicano relativo a la preparación del ejercicio de la acción penal. A partir de la Constitución de 1917 en la Ley y, en la realidad a partir del año de 1930, el Ministerio Público ha

¹⁵ Ibidem. p. 323

utilizado esa facultad (la de policía judicial) para cumplir con los requisitos en que lo coloca la titularidad única que tiene de la acción penal mediante la cual persigue el delito. Es decir ha utilizado la facultad de policía judicial como medio preparatorio del ejercicio de la acción penal... y el conjunto de diligencias legalmente necesarias que, como jefe de la policía judicial, debe practicar el Ministerio Público, para resolver sobre el ejercicio de la acción penal, ha dado origen al período de la averiguación previa".¹⁶

c) **Concepto.**

"El período de la averiguación previa ha recibido diversos nombres, y para ello se ha considerado su naturaleza jurídica, o las especiales concepciones de sus autores. Así, se le llama también *instrucción administrativa* (García Ramírez), *preparación de la acción* (Rivera Silva), *preproceso* (González Bustamante), *averiguación Fase A* (códigos poblano y yucateco), *fase indagatoria* (Briseño Sierra), *procedimiento preparatorio gubernativo* (Alcalá-Zamora). En otros lugares se le ha conocido también como *indagación preliminar*, o *prevención policial*".¹⁷

¹⁶ PIÑA Y PALACIOS, Javier. Derecho Procesal Penal. 6ª edición. Fondo de Cultura Económica. México, 1994. p. 278

¹⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. 11ª edición. Porrúa. México, 1995. p. 1003

El ilustre abogado Eduardo Pallares, señala que por averiguación previa debe entenderse "El conjunto de actividades que desempeña el Ministerio Público, para reunir los presupuestos y requisitos de procedibilidad necesarios para ejercitar la acción penal. Es una etapa procedimental (no del proceso) que antecede a la consignación a los tribunales, llamada también fase preprocesal, que tiene por objeto investigar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculcado, para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal".¹⁸

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

En esta etapa, el Ministerio Público recibe las denuncias o querellas de los particulares o de cualquier autoridad, sobre hechos que estén determinados en la Ley como delitos; práctica las primeras diligencias, asegura los objetos o instrumentos del delito, las huellas o vestigios que haya dejado su perpetración, y busca la posible responsabilidad penal de quienes hubiesen intervenido en su comisión.

¹⁸ Ibidem. p. 1004

d) Ubicación Procesal.

Ningún precepto legal señala el tiempo que debe durar la averiguación; de tal manera que estará al arbitrio del Ministerio Público determinarlo. Cuando no hay detenido, el problema no es tan grave, como suele serlo, si el indicado ha sido aprehendido en flagrante delito y está a disposición de esa autoridad; por este motivo se plantea la necesidad de determinar hasta cuándo deberá prolongarse la detención.

Se ha dicho: como la Constitución General de la República establece, "también será consignado a la autoridad o agente de ella, el que, realizada una aprehensión no pusiere al detenido a disposición de su juez dentro de las cuarenta y ocho horas como lo establece el artículo 16 Constitucional ello obliga al Ministerio Público a llevar a cabo la consignación en el término citado. En la actualidad esta fracción fue modificada, y deberá observarse lo dispuesto por el artículo constitucional.

Debemos hacer notar que en el artículo mencionado, la intención del Constituyente de 1917 fue regular la conducta de los encargados de realizar las aprehensiones, advirtiendo, a nuestro parecer, que tratándose de órdenes emanadas directamente de la autoridad judicial, no hay motivo para prolongar la detención, más allá del tiempo indispensable para poner al aprehendido a disposición de aquélla, salvo

cuando "la detención se verifique fuera del lugar en que reside el juez", porque siendo así, al término constitucional de cuarenta y ocho horas, anteriormente se agregaba el tiempo que establecía la fracción XVIII que está derogada actualmente del artículo 107 Constitucional. Consecuentemente, como la averiguación previa, tal parece que no pasó en ningún momento por la mente de los Constituyentes, sino más bien, es creación de quienes elaboraron los Códigos de Procedimientos Penales, su limitación es obligada cuando hay detenido. La Constitución no está en este aspecto de acuerdo con la realidad, por tal motivo sería conveniente reformarla.

Tomando en cuenta que para ejercitar la acción penal, deberán satisfacerse ciertas exigencias legales, si el término de cuarenta y ocho horas del que hemos venido hablando se observará y dentro del mismo se llevará a cabo la consignación, ello rompería con la realidad, porque la práctica ha demostrado la imposibilidad de que, en ese lapso, el Ministerio Público pueda realizar las diligencias características de una averiguación seria y consiente; por lo contrario, se llegaría al extremo de consignar hechos no constitutivos de delitos y a personas ajenas a los mismos.

Sin embargo, no deben extremarse las cosas permitiendo al Ministerio Público que en forma caprichosa prolongue las detenciones.

Es necesario poner límite al desvío de poder, y como el término de cuarenta y ocho horas no es aplicable al caso de que se trata, lo aconsejable sería preverlo legalmente señalando un plazo razonable y preciso dentro del cual, el Ministerio Público quedará obligado a poner al detenido a disposición del órgano jurisdiccional.

CAPÍTULO III

LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Como vimos en el capítulo precedente, el titular de la Averiguación Previa, lo es el Ministerio Público, el cual durante esta etapa tiene que realizar una serie de diligencias para la obtención de sus fines. Todas sus actuaciones deben de contener una estructura sistemática y coherente, atendiendo a una secuencia lógica, precisa y ordenada observando en cada caso, las disposiciones legales correspondientes.

Encontramos así que el contenido de la Averiguación Previa está constituido por un conjunto de actuaciones realizadas ante y por el Ministerio Público, en cumplimiento de su función investigadora, para que pueda resolver si ejercita o no la acción penal. De ahí su denominación de "averiguación previa", es decir, de investigación o indagación anticipada al ejercicio de la acción penal.

a) Objeto de la Averiguación Previa.

Si la Averiguación Previa tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción penal, consideramos útil y necesario tener un concepto de lo que por ésta se entiende, ya que de ella depende que se integre de manera adecuada la

responsabilidad del delincuente, es decir la correcta conjunción de la averiguación previa, trae como consecuencia que el presunto responsable sea o no procesado.

b) Noción de la Acción Penal.

Florián la ha definido como "el poder jurídico de exitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal"¹⁹ En cuanto a la naturaleza jurídica de la acción penal, debe considerarse como un derecho autónomo o, por lo menos distinto del derecho subjetivo de castigar del Estado, el cual lo hace valer por medio de la acción, cuando existen presupuestos para decir que la concepción civilística, de que la acción es un derecho potestativo, es decir, "una mera facultad que su titular puede ejercitar pero sin estar obligado a ello" y su ejercicio no produce obligación para el adversario, no puede importarse al proceso penal, porque "el Estado (o sus órganos) en el ejercicio de la acción penal no produce una facultad, sino que cumple con un deber, aunque éste depende de ciertos requisitos. Además la acción penal no va contra un adversario; ni el acusado puede quedar siempre inactivo, sino que ha de sufrir actos de coerción" como son, por ejemplo, los mandamientos de prisión preventiva.

¹⁹ FLORIAN, Eugenio. op. cit. p. 177

c) Preceptos que la Rigen.

"Al igual que Florián y los autores que siguen la teoría moderna sobre la acción penal, consideran que la acción es un derecho autónomo, distinto del derecho subjetivo que por medio de ella se hace valer, y que las teorías civilísticas no son aplicables con exactitud a la acción penal, pues ésta más que un derecho, implica un deber para el órgano del Estado encargado de su ejercicio, cuando se han satisfecho los presupuestos legales, puesto que es uno de los medios con que el propio Estado cuenta para realizar su función de defensa social".²⁰

A manera de resumen puedo decir que la acción penal tiene carácter administrativo, pues aunque se dirija a la aplicación de la ley, no se manifiesta en ella ni en juicios obligatorios. En efecto, aunque el Ministerio Público impulsa el proceso, la definición de la correcta relación jurídica de derecho penal objeto del mismo corresponde al juez; aunque el Ministerio Público emita juicios, dicte providencias (sobre el ejercicio o no de la acción penal según esté o no fundada, sobre la petición de juicio oral o del sobreseimiento, etc.), sus decisiones y providencias no resuelven nada y tiene, por así decir, carácter administrativo.

²⁰ Ibidem. p. 178

d) Caracteres de la Acción Penal.

Al estudiar la acción penal, los procesalistas, han encontrado en ella los siguientes caracteres:

La acción penal es pública "porque va dirigida a hacer valer un derecho público del Estado (la aplicación de la ley penal frente a aquél que ha cometido un delito) y hacer efectivo en el caso concreto el derecho penal objetivo que es eminentemente público".²¹

Al carácter público de la acción, no se opone la necesidad de la querrela en los delitos que se persiguen a instancia del ofendido, pues se ha considerado a la querrela como una "condición de procedibilidad", es decir como una condición para el ejercicio de la misma, pero cubierto este requisito y los demás presupuestos, es el Ministerio Público quien, como titular del "poder-deber" que constituye la acción, la ejercita ante el órgano jurisdiccional, sin que aquélla pase a poder del ofendido por el delito.

La acción penal es indivisible porque alcanza a todos los que han participado en la comisión de un delito. El carácter de indivisibilidad de la acción penal se justifica en el interés social de reprimir penalmente a los que

²¹ Ibidem. p. 179

participen en la comisión de un delito. Aún en los delitos perseguibles sólo por querrela del ofendido, la presentación de aquélla contra uno de los presuntos responsables, perjudica a todos los que hubiesen participado en la consumación del delito y, el perdón del ofendido mismo, también los favorece, pues extingue la acción penal para todos, a pesar, de que el ofendido solo lo otorgue para uno de los participantes del delito. En nuestro derecho positivo se señala como caso típico en el cual se presenta este carácter de la acción penal, el delito de adulterio (artículos 274 y 276 del Código Penal).

La acción penal es irrevocable en el sentido de que, una vez ejercitada por el Ministerio Público ante la jurisdicción, no puede aquél desistirse de ella en forma arbitraria. Este principio, que en otros países tiene exacta aplicación, en nuestros códigos procesales no parece admitido, no obstante las absurdas y peligrosas consecuencias que puede acarrear, pues convierte al Ministerio Público en único árbitro del proceso penal, nulificando la acción del juez, es decir si quien ejercita la acción penal estuviese facultado para desistirse equivaldría a convertirlo en el árbitro del proceso.

La acción penal es única pues envuelve en su conjunto a los delitos que se hubiesen cometido. Sin embargo, hay quien sostenga la existencia de pluralidad de acciones de manera

que existan tantas acciones penales como delitos hubiese cometido un sujeto determinado. Florián toma partido por la unidad de la acción penal, porque "aunque la acción tenga su base en el delito, no puede ejercer sobre ella tanta influencia que le dé una fisonomía particular; el fin de la acción penal y su estructura son los mismos siempre y no varían con la variación del delito. Como el mismo autor expresa, esta cuestión tiene un valor teórico solamente, pues en la práctica todas las acciones son iguales y si, vemos que la acción no nace con el delito, la teoría de la pluralidad de la acción es en consecuencia insostenible".²²

La acción penal es autónoma porque se le considera independiente de la función jurisdiccional, pero como observa Franco Sodi, "esta autonomía no significa que sea potestativo para el Estado ejercitarla o no, según su capricho".²³

La acción penal es intrascendente, en el sentido de que se dirige solamente a la persona física a quien se imputa el delito y no alcanza a sus parientes o allegados. En el derecho mexicano puede aceptarse en parte este principio, ya que tratándose de la reparación del daño, que entre nosotros tiene el carácter de pena pública y debe exigirse de oficio por el Ministerio Público, no queda extinguida por la muerte

²² Cit. PUN MANZINI, Vincenzo. op. cit. p. 195

²³ FRANCO SODI, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. 9ª edición. Porrúa. México, 1995. p. 218

del delincuente (artículos 29, 34 y 91, del Código Penal).

e) La Acción Penal y la Pretensión Punitiva.

La doctrina ha distinguido entre acción penal y pretensión punitiva. Esta según Massari, "es la expresión subjetiva de la norma penal y el derecho subjetivo a su aplicación, cuando se verifica la violación del precepto y como tal pertenece, por lo mismo, al derecho sustantivo o material. Ella es, en otras palabras, el derecho del Estado al castigo al reo, previo un juicio de responsabilidad en el que demuestran los fundamentos de la acusación y se desprenda, en consecuencia, la obligación que tiene el imputado de sufrir la pena. En cambio, la acción penal es la invocación al juez para que acepte los fundamentos de la acusación e imponga, en consecuencia, la pena. Ella es, en suma, una actividad procesal que tiende a la instauración del proceso y a la actuación de la ley penal".²⁴

"Florián considera inútil y equívoco el concepto acerca de la pretensión punitiva, entendida ésta como un momento intermedio entre el derecho abstracto de castigar del Estado y el concreto, que resulta declarado en la sentencia, es decir, el derecho subjetivo de castigar en potencia, que se

²⁴ Ibidem. p. 220

dirige contra determinada persona para obtener la condena".²⁵ Sin embargo, Juan José González Bustamante, entendiendo el concepto a la manera de Eduardo Massari, "lo considera exacto, y en realidad consideramos que así es, dado que la acción penal no nace directamente con el delito, es decir, con la violación a la norma penal, sino que, con ella, se origina primero la pretensión punitiva o sea el derecho subjetivo del Estado de castigar al presunto responsable, el cual se hace valer a través del proceso penal, por medio de la acción penal, para que el juez, en la sentencia, declare en concreto el derecho al castigo del acusado, ya que como afirma Manzini, "el poder punitivo del Estado, derivado de la violación de una norma jurídica penal, no puede ejercerse sin una comprobación y una declaración judiciales que consientan el castigo en el caso concreto", porque el derecho penal no es un derecho de coerción directa como lo es el poder judicial, sino de coerción indirecta o de justicia".²⁶

Entendiendo el concepto de pretensión punitiva como lo explica Massari, parece admitirlo Florián, aunque tácitamente, pues al hablar sobre la naturaleza de la acción, se expresa así: "En el campo penal debe considerarse el derecho de acción (de obrar judicialmente) como un derecho autónomo o por lo menos, distinto del derecho subjetivo de

²⁵ cit. por CASTRO, Máximo. Curso de Procedimientos Penales. 10ª edición. Trillas. México, 1995. p. 379

²⁶ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, op. cit. p. 315

castigar del Estado, el cual lo hace valer por medio de la acción cuando existen los presupuestos para ello".²⁷

En nuestro concepto, creemos, que, cometido el hecho que se presume delictuoso, nace para el Estado, el derecho subjetivo de castigar al responsable, el cual se hace valer por medio de la acción penal en el proceso, con el objeto de que, declarada la verdad material, se imponga al responsable, en su caso, una pena o una medida de seguridad, para que, readaptado, reingrese al seno de la sociedad y quede restituido el orden jurídico quebrantado y satisfecho el daño ocasionado. Pero la ley penal material tiene que aplicarse a través de los órganos correspondientes, cumpliendo los requisitos legales previamente establecidos, por medio del proceso penal, con el fin de que la libertad individual, quede ampliamente garantizada.

Por otra parte, se ha considerado útil la distinción entre acción penal y pretensión punitiva, porque aclara ciertas situaciones que se dan dentro del proceso y que, sin la noción de esta última, serían difíciles de explicar. Por ejemplo, cuando el Ministerio Público ejercita acción penal y pone en movimiento al órgano jurisdiccional quien, a la postre, encuentra que el delito que se decía cometido, no existió; si se aceptase que aquélla nace con el delito ¿Cómo

²⁷ Ibidem. p. 320

pudo hacerse valer algo que no ha existido?. En cambio, esta situación se explica diciendo que lo que no existió en este caso fue la pretensión punitiva, porque ésta pertenece al derecho penal material y su titular es el Estado, en tanto que la acción penal tiene naturaleza procesal como facultad siempre existente de ocurrir al juez y su titular es el Ministerio Público.

El caso de la prescripción se explica también diciéndose que lo que prescribe es la pretensión punitiva y no la acción, ya que en muchas ocasiones se ejercita ésta, se pone en movimiento la maquinaria judicial y, posteriormente, se descubre que la prescripción había operado; si la acción fue la que prescribió ¿Cómo pudo ejercitarse algo que jurídicamente ya no existía?.

f) Justificación del Período de Averiguación Previa.

Para que la acción penal tenga eficacia jurídica, se desarrolle y cumpla sus fines dentro del proceso penal, son necesarios dos actos; el ejercicio de ella por el Representante Social ante el tribunal respectivo y la correspondencia a ese ejercicio por parte de la jurisdicción penal, para que se dé esa conjunción jurídica de la que nace el proceso penal, es menester que la acción penal que se ejercita sea justificada y, para ello, el Ministerio Público debe preparar debidamente tal ejercicio, satisfaciendo

previamente los requisitos mínimos legales o presupuestos generales: son esencialmente dos: que se haya cometido un delito y que se señale a alguien como autor o presunto autor o partícipe del mismo.

Según el doctor González Bustamante los "presupuestos generales" que el Ministerio Público debe satisfacer en nuestro sistema procesal, de acuerdo con el artículo 16 Constitucional, consisten:

"a) En la existencia de un hecho u omisión que defina la ley penal como delito, debiendo entenderse que el delito imputado parte de un supuesto lógico;

b) Que el hecho se atribuya a una persona física, ya que no se puede juzgar ni enjuiciar a una persona moral;

c) Que el hecho u omisión llegue al conocimiento de la autoridad por medio de la querrela o de la denuncia;

d) Que el delito imputado merezca sanción corporal y,

e) Que la afirmación del querellante o del denunciante esté apoyada por declaración de persona digna de fe o por otros elementos de prueba que hagan presumir la

responsabilidad del inculpado".²⁸

Los anteriores presupuestos los examinaremos uno a uno para intentar el comentario correspondiente.

a) Basada nuestra actual legislación penal en los principios de que "no hay delito sin ley" (nullum crimen sine lege), "no hay pena sin ley" (nulla poena sine lege), dogmas consagrados constitucionalmente como "garantías individuales" (artículo 14), lógico es que para iniciar el Ministerio Público la función investigadora de los delitos, que le encomienda el artículo 21 Constitucional, esto es, al tener conocimiento de un hecho y proceder a investigarlo, debe previamente determinar si el citado hecho denunciado puede constituir o llegar a constituir un delito, es decir, si ese hecho es susceptible de encontrarse definido como delito por la ley penal, pues de acuerdo con los principios ya señalados, la ley es la única fuente de nuestro Derecho Penal y, por lo tanto, una investigación previa relativa a actos que son ininclinables, está prohibida constitucionalmente.

El Ministerio Público, durante la averiguación previa, debe procurar reunir los elementos suficientes para comprobar la existencia material de ese "hecho u omisión que defina la ley penal como delito" para proceder, posteriormente al

²⁸ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. op. cit. p. 281

ejercicio de la acción penal.

La primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en Tesis Jurisprudencial ha establecido al respecto:

"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 que se requiere además, que el hecho o hechos denunciados realmente puedan constituir un delito que la ley castigue con pena corporal".²⁹

b) Para el ejercicio de la acción penal es necesaria la determinación de la persona física en contra de quien se ejerce; es menester la "individualización" del inculpado, ya que una característica es común a todos los hechos punibles; éstos son siempre y en todas partes una conducta humana determinada. Sólo el hombre y el hacer y omitir del hombre son punibles. Por ello, el ejercicio de la acción penal sólo es posible contra un hombre, en el sentido amplio del vocablo, y no contra animales o contra personas morales y, como antes decíamos, contra un hombre determinado, individualizado.

c) Prohibidos por la legislación y condenados por la

²⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Vol. IV. Tesis Jurisprudencial 723. 1917-1954. p. 1335

doctrina los medios "secretos" para hacer llegar a conocimiento de la autoridad la existencia de un posible hecho delictuoso, tales como la pesquisa general y la particular, la delación secreta, la denuncia anónima, etc., el artículo 16 de la Constitución señala la "denuncia, querrela o acusación" como los medios legales para poner en conocimiento de la autoridad investigadora la existencia del hecho que se presume delictuoso, únicos actos que obligan a ésta a ejercitar sus funciones.

Así como el ejercicio de la acción penal al provocar la actividad jurisdiccional, da nacimiento al proceso; la presentación de la denuncia (o de la querrela, en su caso), da origen al período de la averiguación previa. La autoridad investigadora al ser presentada la denuncia o la querrela, está obligada a proceder "de oficio" en cuanto a la realización o ejecución de los actos procesales subsecuentes.

d) El doctor González Bustamante, en su obra, considera también como presupuesto para el ejercicio de la acción penal que "el delito imputado merezca sanción corporal".³⁰ Con el respeto que nos merece la opinión de tan ilustre persona, disentimos de ella, pues si bien es cierto que para que pueda librarse la orden de aprehensión, es requisito indispensable que el delito imputado se

³⁰ González Bustamante, Juan José. op. cit. p. 190

encuentre sancionado con pena privativa de libertad, para que el Representante Social ejercite la acción penal no se hace necesario tal requisito. Cuando se trata de delitos sancionados con pena "no corporal" o alternativa, procede el ejercicio de la acción penal, aún cuando no se dicte en contra del inculpado orden de aprehensión sino de "comparecencia"; ni, en su caso, se le decrete auto de formal prisión, sino de "sujeción a proceso" (artículos 298 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y 162 del Federal), por considerarse ilícito restringir en estos casos la libertad personal. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el siguiente sentido:

"ORDEN DE APREHENSIÓN TRATÁNDOSE DE PENA ALTERNATIVA.

Si el delito que se imputa al indiciado, lo castiga la ley con pena alternativa, pecuniaria o corporal, la orden de aprehensión que se libre es violatoria del artículo 16 Constitucional".³¹

Encontramos así, que el error está en confundir los presupuestos para el ejercicio de la acción penal, con los requisitos necesarios para dictar una orden de aprehensión.

e) La afirmación del denunciante o querellante por sí

³¹ Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. op. cit. p. 1337

sola no es suficiente para poder proceder al ejercicio de la acción penal, ni para librar en contra del inculpado la orden de aprehensión. El artículo 16 Constitucional exige que esté apoyada por la declaración de persona digna de fe o por otros elementos de prueba que hagan presumir la responsabilidad del inculcado. Como expresamos anteriormente, el Ministerio Público durante la averiguación previa, debe procurar reunir todos los elementos de prueba que estén a su alcance para la comprobación de la existencia del delito y de la presunta responsabilidad del inculcado, con el fin de hacer eficaz el ejercicio y vida de la acción. La autoridad investigadora es la primera que tiene conocimiento del hecho delictuoso y si, por mera negligencia, no reúne todos esos elementos de prueba, éstos seguramente con el tiempo desaparecerán y después se hará más difícil probar el delito y la responsabilidad del delincuente.

g) Presupuestos para el Ejercicio de la Acción Penal.

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

sólo se le encomienda su ejercicio y, al no hacerlo, rebasa sus funciones.

Nosotros consideramos el problema en forma contraria, la acción penal es obligatoria, siempre y cuando haya razones fundadas para suponer que una persona es responsable de un delito art. 16 constitucional; por eso es constante y a nadie extraña, que el Ministerio Público mande archivar el expediente formado en una averiguación, sin consignar el caso a un juez, cuando no encuentra méritos para hacerlo; con ello no hace "declaración del derecho", simplemente se abstiene de perseguir a una persona en contra de quien no existen méritos suficientes. Pues bien, lo mismo debe pensarse cuando de las diligencias practicadas aparecen satisfechos, por ejemplo, los requisitos de una legítima defensa: un maleante o varios se introduce a un domicilio ajeno, de noche, o se presenta en un comercio, ante testigos, hace violencia para obtener la entrega de bienes, el secuestro de una persona, el desahogo de pasiones sexuales, etc., y el agredido incluso a veces después de ser golpeado hace uso de armas para defender su derecho, y lesiona o priva de la vida al o a los agresores; si al Ministerio Público se lo demuestran así todas las pruebas y sabe que de lo investigado no se desprenden elementos para considerar al sujeto autor de un delito, ¿será racional que le consigne y pida absurdamente su detención, la formal prisión, etc., por el tabú primitivo de que no debe declarar el derecho?

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

Ahondando un poco más en el problema cabría preguntarnos: ¿Para qué sirven, entonces, las presunciones establecidas por el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, en los párrafos últimos de su fracción VI que establece que "La acción u omisión se realicen en, cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que éste último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro. La acción penal es única, porque no hay una acción especial para cada delito, se utiliza por igual para toda conducta típica de que se trate.

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

previo o posterior.

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

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

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

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

h) Aspectos que Comprende la Averiguación Previa.

El procedimiento penal, consta de cuatro periodos: averiguación previa, instrucción, juicio y ejecución de sentencia.

La averiguación previa, o período de preparación de la acción penal, se inicia con la denuncia o la querrela y concluye cuando el Ministerio Público está en aptitud de ejercitar la acción penal, de tal manera que, con la consignación de los hechos al órgano jurisdiccional, se inicia el proceso y con ello, su instrucción.

La ejecución de sentencia, no consideramos que deba incluirse como un período del procedimiento, como lo indica el Código Federal, porque, de acuerdo con su naturaleza y funciones, corresponde al Ejecutivo, quien a través de los organismos correspondientes la lleva a cabo.

Esta materia forma parte del contenido del Derecho Penitenciario, en virtud de que, como lo indicamos anteriormente, el procedimiento penal termina cuando la sentencia ha alcanzado la categoría de "cosa juzgada".

Tomando en consideración lo anotado, precisaremos cuál es la situación de la acción penal en los periodos mencionados.

La acción penal da vida al proceso y para que pueda ser ejercitada, será indispensable preparar su ejercicio durante la primera etapa llamada averiguación previa.

Satisfechos los requisitos legales que gobiernan la averiguación previa, en su caso, el Ministerio Público estará en posibilidad de provocar la actividad jurisdiccional; a partir de ese momento, se darán los actos persecutorios que caracterizan al período instructorio. Durante el juicio, la acción penal obliga a que se concreten en definitiva los actos de acusación, al igual que los de defensa; de esa manera, con base en ellos, se dictará la resolución judicial procedente, definiéndose así la pretensión punitiva estatal.

i) Características Principales.

Si bien es cierto que el procedimiento penal forma un todo armónico, se distinguen dentro de él diferentes períodos con características propias. Los caracteres principales que encontramos en el período de la fase preparatoria de la acción penal, son los siguientes;

1º. Es producto de la función de policía judicial que realiza el Ministerio Público al investigar la existencia de los delitos y la identificación de los autores de éstos.

2º. El Ministerio Público, durante la averiguación

previa, actúa como autoridad.

3º. Las diligencias practicadas por el Ministerio Público en la indagatoria previa tienen valor probatorio pleno.

4º. En la averiguación previa prepondera el elemento inquisitivo, el secreto y la escritura.

A continuación nos ocuparemos de los expresados caracteres:

1. Conforme a las ideas contenidas en la conocida exposición de motivos del proyecto de Querétaro, formulada por don Venustiano Carranza, la Constitución de 1917, en su artículo 21, hizo la separación precisa entre las funciones del Ministerio Público y las de autoridad judicial, para lograr, en el aspecto penal, la recta y pronta administración de justicia y acabar con los vicios del procedimiento penal, así como con los atropellos que en nombre de la propia administración de justicia, cometían los jueces de la época tratando de averiguar ellos mismos los delitos y buscar pruebas, realizando verdaderos asaltos contra reos, para obligarlos a confesar, pues el Ministerio Público, si bien existía organizado en las leyes, en la práctica no cumplía con sus funciones y resultaba una figura decorativa. La reforma constitucional consideró necesario dejar

exclusivamente a cargo del Ministerio Público la persecución de los delitos y la búsqueda de los elementos de convicción, para poner fin a las citadas anomalías, dando con ello a esta Institución toda la importancia que le corresponde y restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la Magistratura al encomendar a estos últimos, de manera exclusiva, la imposición de las penas.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 21 de la Constitución de 1917, hizo del Ministerio Público el Jefe de la Policía Judicial y los jueces dejaron de ser miembros de ésta para desempeñar exclusivamente la función que les es propia o sea la de aplicar el derecho al Caso concreto.

Con base en las ideas anteriores, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, al interpretar el artículo 21 Constitucional, las leyes orgánicas del Ministerio Público y nuestros códigos procesales, han concluido que es al Ministerio Público a quien incumbe, en forma exclusiva, la persecución de los delitos y, con ella, el ejercicio de la acción penal. La tesis jurisprudencial número 17, del mencionado Alto Tribunal, dice:

"ACCIÓN PENAL. Su ejercicio corresponde exclusivamente al Ministerio Público; de manera que, cuando él no ejerce esa acción, no hay base para el procedimiento; y la sentencia que se dicte sin que tal acción se haya ejercido

por el Ministerio Público, importa una violación de las garantías consagradas en el artículo 21 constitucional".³²

Ahora bien, para cumplir la principal función que las leyes encomiendan al Ministerio Público dentro del proceso penal y que es la de hacer valer la pretensión punitiva derivada de un delito, debe realizar conforme a nuestro sistema procesal, tres actividades diversas pero íntimamente relacionadas, a saber:

A) Una función investigadora de los delitos o función de policía judicial, que efectúa durante el periodo de averiguación previa y que tiene por objeto, como ya lo hemos dicho, preparar el ejercicio de la acción penal, mediante la comprobación de los extremos del artículo 16 constitucional.

B) Una función persecutoria ante los tribunales correspondientes, posterior al ejercicio de la acción, que realiza dentro del proceso, durante la etapa de la instrucción, y que tiene por objeto la comprobación plena del delito, de sus circunstancias de ejecución, responsabilidad del sujeto activo y pasivo, daño causado, etc., la cual efectúa, principalmente, con la aportación de las pruebas respectivas, y

³² Ibidem. p. 1348

C) Una función acusatoria, que tiene lugar previamente al período de juicio, en la cual, al formular conclusiones, concretiza su acusación y pide la aplicación de la sanción al responsable o, en otro caso, declara que no hay lugar a acusar.

El Ministerio Público ha utilizado la facultad de policía Judicial que le otorga el artículo 21 constitucional, como atinadamente hace notar el licenciado Piña y Palacios, "para cumplir con los requisitos en que lo coloca la titularidad única que tiene de la acción penal mediante la cual persigue el delito, como medio preparatorio del ejercicio de la acción penal. La investigación no es, entre nosotros, sino el producto del ejercicio de la facultad de policía judicial.

La investigación no revela sino los elementos que necesita el Ministerio Público para ejercitar su acción, la investigación (como se llama en nuestra jerga judicial, tomando el producto de la facultad misma), la hace el Ministerio Público ante sí y por sí ya que a él sólo corresponde hacer uso del elemento que le permite preparar el ejercicio de su acción".³³

El Ministerio Público, durante la averiguación previa,

³³ PINA Y PALACIOS, Javier. op. cit. p. 215

actúa como autoridad. Se ha discutido en la doctrina del Derecho Procesal Penal si el Ministerio Público interviene en el proceso penal como autoridad o como parte. Siendo el período de la averiguación previa una fase "pre-procesal" y el resultado de la función investigadora que, como jefe de la Policía Judicial realiza el Ministerio Público para preparar el ejercicio de la acción penal, consideramos que dicha discusión no tiene aquí cabida, puesto que, indiscutiblemente el Ministerio Público obra como autoridad. En efecto, el artículo 21 constitucional, las leyes orgánicas de la Institución y los códigos de procedimientos penales, le otorgan competencia para efectuar, en la averiguación de los delitos, actos de naturaleza jurídica que afectan la esfera de los particulares y está facultado para imponer a éstos sus determinaciones, es decir, que está investido de "facultades de decisión y de ejecución". Así lo ha entendido la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia en diversas ejecutorias, entre las que anotamos la siguiente:

"MINISTERIO PÚBLICO, DOBLE CARÁCTER DEL. El Ministerio Público tiene dos funciones perfectamente delimitadas: primera, cuando actúa en la investigación de los hechos delictuosos que le son denunciados, y, entonces, tiene evidentemente el carácter de autoridad; y segunda, cuando practica la acción persecutoria, que le compete de una manera exclusiva, y entonces tiene el carácter de parte, puesto que en esta etapa del proceso ya no ordena, sino que se limita a

solicitar del juez lo que cree pertinente en derecho".³⁴

Resulta obvio que el Ministerio Público (como cualquiera otra autoridad), debe ceñir su conducta a las disposiciones legales y no violar, al ejecutar actos de investigación, en perjuicio de los particulares, las garantías que en materia procesal penal otorgan, principalmente, los artículos 14 y 16 de nuestra Carta Magna.

3. Las diligencias practicadas por el Ministerio Público en la Investigación Previa tiene valor probatorio pleno. Como consecuencia de que el Ministerio Público actúa como autoridad al practicar la averiguación previa, las diligencias que contiene, tiene valor probatorio pleno, según lo establece el artículo 286 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito, siempre que se ajusten a las reglas relativas del propio Código.

Por su parte, el artículo 145 del código Procesal Federal estatuye que las diligencias de policía judicial y las practicadas por los tribunales del orden común que pasen al conocimiento de los federales, no se repetirán por éstos para que tengan validez.

Se ha criticado severamente el contenido de estas

³⁴ Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. op. cit. p. 1391

disposiciones, porque se dice que es monstruoso que el Ministerio Público, parte en el proceso penal, ofrezca como pruebas con pleno valor de convicción actuaciones suyas. Sin negar la aparente Justificación de este argumento Jiménez Asenjo encuentra dos razones en favor del contenido de tales disposiciones: "que el Ministerio Público es una Institución del Estado y que, por lo mismo no hay razón para pretender equipararlo con los particulares cuando actúa como "parte" en el proceso penal y "precisamente esta errónea equiparación es la que fundamenta la crítica comentada" y que, por otra parte, la experiencia ha demostrado que es fácil obtener la verdad de testigos, ofendidos e inculpados en el primer instante en que comparecen ante la autoridad; después con el consejo de los abogados, se desfigura la realidad de los hechos".³⁵

Efectivamente, el Ministerio Público, constitucional y procesalmente, está autorizado para realizar la función investigadora y para lograrlo, necesita practicar una serie de diligencias con el fin de allegarse el mayor número de pruebas para tratar de fijar la verdad histórica de los hechos y si, al desarrollar esta función obra como autoridad, necesariamente deben tener valor probatorio las actuaciones que verifique. Y si también es una institución de "buena fe" que debe pedir tanto el castigo del culpable como la libertad

³⁵ JIMÉNEZ ASENJO, Enrique. Derecho Procesal Penal. 9ª edición. Porrúa. México, 1995. p. 118

del inocente, se comprende que al practicar diligencias en esta primera etapa del procedimiento penal, debe obrar con toda imparcialidad.

Por otra parte, si existe alguna prueba incompleta o dudosa, el juez puede ordenar su ampliación o esclarecimiento, con apoyo en el artículo 314 del Código Procesal del Distrito que dice: "... se practicarán, igualmente, todas aquéllas que el juez, estime pertinentes para el esclarecimiento de la verdad y en su caso, para la imposición de la pena".

La jurisprudencia de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en este sentido al establecer que:

"No es exacto que las diligencias practicadas por la Policía Judicial carezcan de validez, porque cuando el Ministerio Público actúa en su carácter de autoridad y Jefe de la Policía Judicial, el juez puede atribuir eficacia plena probatoria a las diligencias que aquél practique, sin incurrir en violación al artículo 21 constitucional".³⁶

4. En la Averiguación Previa prepondera el elemento inquisitivo, el secreto y la escritura. Al estudiar la

³⁶ Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. op. cit. p. 1398

estructura externa del proceso penal, los tratadistas han encontrado que, puede revestir formas fundamentales y formas secundarias. Aquéllas y que son:

1* Acusatoria: cuando cada una de las funciones principales que se realizan en el mismo y que son la función de acusar, la función de defensa y la función de decisión, es encomendada a un órgano propio e independiente, es decir, a un acusador, a un defensor y a un juez, dando lugar a un proceso de partes.

2* Inquisitoria: cuando las tres funciones antes mencionadas están concentradas en manos de una sola persona, de un mismo órgano que es el juez.

3* Mixta: se obtiene, históricamente, como resultado de la combinación de las dos anteriores. Según esta forma, el proceso penal dividido en dos fases, en la primera que es la de instrucción, todo se realiza en secreto y por el juez y en la segunda, que es el juicio oral, todas las actuaciones se realizan públicamente, ante el tribunal, con la contradicción de la acusación y la defensa y el control de la publicidad.

Las formas secundarias son aquellas que tienen una función accesoria en el proceso y se manifiestan en el modo de presentarse en la realidad el contenido del proceso. Se

distinguen la escritura y la oralidad, la publicidad y el secreto.

El proceso es escrito cuando la escritura representa el modo normal de desenvolvimiento del proceso, de comunicación en el mismo de las personas que participan en él y con la cual en suma, se recoge y fija el material de decisión para la sentencia.

En cambio, el proceso sigue el sistema de la oralidad cuando se desarrolla preponderantemente por medio de la palabra hablada.

Cuando el acto procesal se ejecuta en presencia solamente del funcionario judicial competente y del secretario, así como de la persona interrogada, se da la forma secreta.

En cuanto a la publicidad, Eugenio Florián distingue tres grados, según las personas ante quienes se realice el acto procesal:

"a) Publicidad para las partes: cuando, además de las tres personas anteriormente mencionadas, son admitidas las partes y sus representantes.

b) Publicidad mediate: cuando los actos pueden

realizarse también en presencia de algunas clases determinadas de personas, como abogados, notarios, etc.

c) Publicidad popular: cuando el acto se realiza en presencia de cuantas personas quieran observarlo".³⁷

Ahora bien, aplicando las formas anteriores a la parte del procedimiento, encontramos que en la averiguación previa nuestra, predomina la forma inquisitoria, puesto que es el Ministerio Público quien la practica ante sí y por sí y es quien decide sobre el ejercicio de la acción penal.

Es escrita ya que, por medio de la escritura "se recoge y fija el material de decisión" para que el Ministerio Público pueda resolver sobre el ejercicio de la acción penal y, por último, dada la naturaleza de la función investigadora, necesariamente tiene que ser secreta, es decir, realizarse exclusivamente ante el Agente del Ministerio Público o, en su caso, de la policía judicial, el secretario o testigos de asistencia y el interrogado, ya que la publicidad en este caso entorpecería el buen éxito de las investigaciones. Sin embargo, el artículo 269 fracción III del Código Procesal Penal para el Distrito Federal admite la intervención del defensor, una vez nombrado por el inculcado, cuando este se encuentre detenido.

³⁷ FLORIÁN, Eugenio. op. cit. p. 191

CAPÍTULO IV

EL TIPO PENAL DEL DELITO DE QUE SE TRATE Y LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD

El capítulo que en este momento ocupa nuestra atención, y como en su nombre lo indica, se tratará de establecer la importancia que tiene el elemento del tipo penal del delito, que se trate, con la presente responsabilidad del inculpado es por ello que será trascendente puntualizar lo siguiente.

- a) **Importancia del Elemento del Tipo Penal en el Derecho de Procedimientos Penales.**

Corpus, delicti es un concepto de gran importancia en el Derecho de Procedimientos Penales, debido a que la comprobación de la conducta o hecho punible descrito por el legislador y entendido como un todo unitario en los elementos que lo integran, es la base en que se sustenta; sin ello, "no puede declararse la responsabilidad del acusado, ni imponérsele pena alguna".

Los tratadistas no han llegado a elaborar un concepto del tipo penal que haya sido generalmente aceptado. Existe, por el contrario, una gran variedad de pareceres en torno del delito: se dice que es el resultado del delito; los instrumentos que sirvieron para realizarlo, más su objeto

material; el conjunto de sus elementos materiales; todo lo que acusa la existencia del delito; las huellas o rastro del delito, etcétera.

"Algunos autores modernos distinguen entre el *corpus criminis* y el *corpus instrumentorum*, es decir: entre el cuerpo del delito y los instrumentos del delito. Con la primera denominación, se alude al rastro del delito, y con la segunda, a los medios materiales utilizados para realizarlo".³⁸

Para nosotros, el elemento del tipo penal es todo aquello que representa la material manifestación y la aparición del delito. Pero no todo lo que sirve para mantener el delito puede merecer tal nombre, sino tan sólo aquellas manifestaciones físicas que están ligadas íntimamente a la consumación del hecho delictuoso. El elemento del tipo penal se refiere a los medios materiales inmediatos de la consumación del delito, en cuanto son permanentes, ya de un modo accidental, ya por razones inherentes a la esencia del hecho mismo.

b) Concepto.

La definición tipo penal, es un problema

³⁸ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. 2ª edición. Harla. México, 1994. p. 206

sobre el que aún no existe acuerdo entre los autores; sin embargo, con el fin de emitir un concepto que nos permita entender su connotación, consideramos útil acudir a la doctrina (teoría del tipo penal) y tomar de ésta las bases y elementos necesarios para precisar su alcance en el Derecho mexicano, estableciendo, asimismo, la forma en que se integra en la legislación vigente.

"Algunos autores, al diferenciar el tipo de la tipicidad, argumentan que, mientras el primero es una creación del legislador, la segunda, en cambio, es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto, o la adecuación de la conducta al tipo que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*".³⁹

"Para Ignacio Villalobos, el tipo penal es la descripción esencial, objetiva, de un acto que, si se ha cometido en condiciones ordinarias, la ley considera delictuoso; y siempre que un comportamiento humano corresponde a ese tipo o a ese modelo, cualesquiera que sean sus particularidades accidentales será declarado como delito previsto por la Ley".⁴⁰

³⁹ PALLARES, Eduardo. Prontuario de Procedimientos Penales. 7ª edición. Porrúa. México, 1995. p. 108

⁴⁰ VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 5ª edición. Porrúa. México, 1995. p. 281

Indudablemente, el tipo penal representa algo estático, emanado, como antes indicamos, del legislador; en cambio, la tipicidad responde a lo típico, a la calidad que le da ese carácter; sólo cobra dinamismo, cuando existe una conducta susceptible de ser identificada con la descripción incluida en la catalogación legal.

En el Derecho Penal contemporáneo, el tipo es un elemento del delito, del cual se parte para determinar la antijuricidad cuando la conducta se adecua al mismo.

Esta afirmación ha llevado a los autores al acuerdo unánime de traducir al tipo en el apotegma *nullum crimen sine tipo*; en cambio, *corpus delicti* es un concepto básico en el Derecho de Procedimientos Penales. Del tipo dependerá que el proceso pueda alcanzar sus fines, y en cuanto a los tipos penales, éstos representan, según la acertada opinión de Mariano Jiménez Huerta, "las fuerzas impulsoras que ponen en marcha la dinámica del proceso".⁴¹

En Alemania, antes que Ernst Beling teorizará sobre el tipo penal, al aludir al cuerpo del delito se incurría en graves confusiones, identificando a éste con el objeto, el instrumento y el resultado del hecho ilícito, por ejemplo, se afirmaba: el cuerpo del delito es la cartera sustraída por

⁴¹ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. 5ª edición. Porrúa. México, 1980. p. 195

el ladrón, el arma empleada para privar de la vida a una persona, el cuerpo muerto, etc. Partiendo de semejante idea habría que concluir que tratándose de atentados al pudor, el cuerpo del delito sería la mano tentona.

A excesos como éste, podrían llegar quienes prescindieran o ignoraran abismalmente los estudios doctrinarios que, desde hace mucho tiempo, han clarificado la esencia misma del tipo penal.

A principio de este siglo, Beling estudió el tema, admitió que el tipo estaba constituido por la suma de todos los caracteres del delito (internos y externos), integrantes de su esencia; en otros términos: los elementos materiales del hecho delictuoso y la realización del resultado, sin incluir las notas concernientes a la culpabilidad.

"Beling rectificó en 1930. Consideró necesario separar el tipo de la especie delictiva, porque a través del primero se logra destacar lo segundo. Las especies delictivas están integradas por un conjunto de elementos objetivos y subjetivos, orientados hacia una figura rectora (leitbild), en torno a la cual se agrupan todos los elementos de la especie; de tal manera que, la figura rectora (objetiva y descriptiva) rige cada especie delictiva, y ésta, agrupa el tipo de lo injusto y de la culpabilidad, por ejemplo: en el delito de robo, el apoderamiento de la cosa ajena mueble es

el tipo rector, tiene un carácter descriptivo; esto permite que se reúnan en torno a él los tipos internos: lo injusto y la culpabilidad. En resumen, según Beling, todos los elementos del tipo son de carácter descriptivo".⁴²

Consideramos que la posición de Beling, aun rectificadas, al considerar como elementos del tipo, solamente a los descriptivos, desconoce la existencia de otros conceptos jurídicos que no tienen, propiamente, esa función, sino más bien normativa, porque, para determinarse requieren de una valoración, como acertadamente afirma Edmundo Mezger al sostener que el tipo, "es el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal".⁴³

Contrariando la tesis de Beling, Mezger afirma que existen elementos típicos objetivos, subjetivos y normativos.

Al referirse a los primeros, señala: "los diversos tipos penales de la parte especial del Código (y de las restantes leyes especiales) tienen como punto de arranque una descripción objetiva de determinados estados y acontecimientos que deben constituir la base de la responsabilidad criminal del agente. Se trata, por tanto, de

⁴² COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. op. cit. p. 282

⁴³ Ibidem. p. 284

estados y procesos externos susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente, perceptibles por los sentidos objetivos fijados en la ley por el legislador en forma descriptiva, y que han de ser apreciados por el juez mediante la simple actividad del conocimiento (cognitivamente)".⁴⁴

De lo expuesto hasta el momento y de acuerdo con la tesis de Mezger, cuerpo del delito o tipo penal, es el conjunto de elementos típicos del injusto: objetivos, subjetivos y normativos.

c) Evolución del Concepto en México.

Antes de emitir nuestro punto de vista, veamos cómo ha evolucionado el concepto en el medio mexicano.

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

El artículo 9° del Código Penal de 1871, establecía lo siguiente: "Siempre que a un acusado se le pruebe que violó

⁴⁴ Ibidem. p. 285

una ley penal, se presumirá que obró con dolo: a no ser que se averigüe lo contrario, o que la ley exija la intención dolosa para que haya delito".

Los redactores del Código de Procedimientos Penales de 1894, identificaban el delito con el cuerpo del delito. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, pretendiendo aclarar la confusión, sentó jurisprudencia, declarando que: por cuerpo del delito debe entenderse "el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo".⁴⁵

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

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

⁴⁵ Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. op. cit. p. 3004

a la letra: "Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpaado como base del ejercicio de la acción, y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos".

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

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

4) La Integración y Comprobación del Tipo Penal del Delito de que se Trate.

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

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

La integración del elemento del tipo penal es una actividad, en principio, a cargo del Ministerio Público durante la averiguación previa y tiene su fundamento en imperativos de carácter legal.

Los Códigos de Procedimientos Penales, indican: "cuando el delito deje vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Ministerio Público o el agente de la Policía Judicial lo hará constar en el acta que levante, reconociéndolos si fuere posible" (arts. 94 del código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y 123 y demás relativos del Código Federal de Procedimientos Penales).

De los preceptos citados se desprende que del conjunto de elementos probatorios que se hayan logrado acumular durante la averiguación previa, dependerá que el elemento de tipo penal resulte comprobado. Es innegable que la actividad del Ministerio Público, durante la etapa mencionada, tiende esencialmente a la integración del *corpus delicti*; ésa es su función característica.

La comprobación del tipo penal implica una actividad

racional, consistente en determinar si la conducta o hecho se adecua a la hipótesis de la norma penal que establece el tipo.

"a) *Diversas hipótesis.* Puede acontecer que la conducta o hecho se adecue a un solo tipo (monotipicidad) o a varios, según la proporción que aquél haya alcanzado (plurotipicidad), integrándose tantos tipos penales, en proporción al alcance de la conducta o hecho y en relación con el catálogo existente en el Código Penal. Esto se logra comparándola con los tipos en los que pudiera adecuarse, para después subsumirla en el que corresponda, tomando en cuenta la relación valorativa prevalente entre los medios utilizados para realizarla y los fines de ésta, y así encuadrarla correctamente, subordinándola, dado el caso, en su significado finalístico en uno o en varios tipos (concurso de tipos).

b) *El proceso de adecuación típica.* Consiste en atender al bien jurídico tutelado, comparando la conducta o hecho con las formas descritas por el legislador para lograr su identidad; ha de llevarse a cabo, además, examinando cada uno de los elementos integrantes del tipo, los cuales, reunidos en su totalidad lo comprueban, pues de lo contrario, si falta alguno, no habrá tipicidad y en consecuencia, elemento del tipo penal.

c) *Legislación positiva.* En la legislación positiva, la comprobación del tipo penal es una función que corresponde al órgano jurisdiccional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 de la Constitución General de la República, que a la letra dice: "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y, hacer probable la responsabilidad del acusado" (art. 19)".⁴⁶

La comprobación, está a cargo del juez en diversos momentos procedimentales; fundamentalmente durante la etapa de la instrucción y el juicio.

En la primera, examina las diligencias de averiguación previa y las que se hubieren practicado ante él mismo (cuando previa consignación de los hechos sin detenido, "o por artículo 4° del Código de Procedimientos Penales para el distrito Federal, negó la orden de aprehensión y el Ministerio Público solicitó desahogo de diligencias), y aquellas que se hubieren llevado a cabo durante el término constitucional de setenta y dos horas, para así, dictar el

⁴⁶ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. op. cit. p. 293

auto de formal prisión, el auto de formal prisión con sujeción a proceso, o en su caso, el de "libertad por falta de méritos".

En el juicio, también examinará las actuaciones antes mencionadas, relacionándolas con las demás probanzas rendidas después del auto de formal prisión, al igual que las presentadas durante la audiencia final, constatando así, la existencia o falta, del elemento del tipo penal, con las consecuencias que una u otra situación producirán.

e) Medios para Comprobar el Tipo Penal del Delito de que se Trate en la Legislación Mexicana.

Para comprobar el elemento de tipo penal del delito de que se trate, tanto el código del D. F. (art. 122), como el código federal de Procedimientos Penales (art. 168), señalan, primero: una regla genérica, consistente en atender a los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictivos, según lo determina la ley penal; segundo, reglas especiales para algunos delitos.

En cuanto a lesiones, homicidio, aborto e infanticidio, en los ordenamientos jurídicos procesales de que nos hemos venido ocupando, se comprobará el elemento del tipo penal, atendiendo al carácter externo o interno de las mismas.

Si son externas, se tendrá por comprobado "con la inspección de éstas, por el funcionario que hubiere practicado las diligencias de Policía Judicial o por el tribunal que conozca del caso; y con la descripción que de ellas hagan los peritos médicos" (art. 169 del Código Federal de Procedimientos Penales).

Cuando las lesiones son internas, el Código Federal, en el artículo 170, establece: "En el caso de lesiones internas, envenenamiento u otra enfermedad proveniente del delito, además de cualesquiera de otras diligencias que resulten procedentes, se practicará inspección haciéndose constar las manifestaciones exteriores que presentare la víctima y se recabará el dictamen pericial en que se expresarán los síntomas que presente, si existen esas lesiones y si han sido producidas por una causa externa. En caso de no existir manifestaciones exteriores, se hará constar esta circunstancia agregándose el dictamen pericial".

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, contiene una situación similar en los artículos 109, 110, 111, 112 y 113.

En cuanto al delito de homicidio, en el Código del Distrito Federal se dan tres supuestos:

1° Existe el cadáver; en este caso el tipo penal se integrará con la descripción que del mismo haga

quien practique, las diligencias y por el reconocimiento de los peritos, "quienes practicarán la autopsia del cadáver, expresando con minuciosidad el estado que guarda y las causas que originaron la muerte" (art. 105): por la identificación (ésta no es elemento del tipo penal, aunque el Código de Procedimientos Penales para el D.F. si la considera como tal) por medio de testigos, y si eso no fuere posible, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 106 del Código de referencia, "se harán fotografías agregando a la averiguación un ejemplar y poniendo otros en los lugares públicos, con todos los datos que puedan servir para que sean reconocidos aquéllos, y exhortándose a todos los que los conocieron a que se presenten ante el juez a declararlo".

"Los vestidos se describirán minuciosamente en la causa, y se conservarán en depósito seguro para que puedan ser presentados a los testigos de identidad".

2º "El cadáver no puede ser encontrado; en este caso se comprobará su existencia por medio de testigos, quienes harán la descripción de aquél y expresarán el número de lesiones o huellas exteriores de violencia que presentaba, lugares en que estaban situadas, sus dimensiones y el arma con que crean fueron causadas. También se les interrogará si lo conocieron en vida, sobre los hábitos y costumbres del difunto y sobre las enfermedades que hubiere padecido".

Estos datos se darán a los peritos para que emitan su dictamen sobre las causas de la muerte, bastando entonces la opinión de aquéllos, de que fue resultado de un delito, para que se tenga como existente el requisito que exige el artículo 171 del Código Federal (art. 176).

3° Carlos Franco Sodi indica que el contenido del artículo 108 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal prevé un tercer aspecto, es decir, el de que existiendo el cadáver "hubiere sido ocultado o destruido, circunstancia ante la cual el legislador señala que cuando no se encuentren testigos que hubieren visto el cadáver, pero sí datos suficientes para suponer la comisión de un homicidio, se comprobará la preexistencia de la persona, sus costumbres, su carácter, si padeció alguna enfermedad, el último lugar y fecha en que se le vio y la posibilidad de que el cadáver hubiere podido ser ocultado o destruido, expresando los testigos los motivos que tengan para suponer la comisión de un delito".⁴⁷

En el Código Federal se establecen únicamente dos supuestos:

Primero, existe, cadáver, en este caso el elemento del tipo penal se integrará de acuerdo con los elementos que ya

⁴⁷ FRANCO SODI, Carlos. op. cit. p. 278

señalamos para el Código Federal de Procedimientos Penales en el multicitado artículo 171.

Segundo, "el cadáver no se encuentra": en este caso, el tipo penal se integrará con el dictamen de los peritos en el sentido de que la muerte fue resultado de las lesiones inferidas, declaración que estará basada en los datos que obren en el expediente (art. 172). Código Federal de Procedimientos Penales.

Para los delitos de aborto e infanticidio, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (art. 112), y el Federal (artículo 173) señalan que, el elemento del tipo penal se comprobará en los mismos términos que en el homicidio, aunque, tratándose de delito de aborto, deberá practicarse por los peritos un reconocimiento a la madre, describiendo las lesiones que presente y, además, el dictamen sobre las causas de aborto. Tanto en el aborto como en el infanticidio se describirá la edad de la víctima, si nació viable y todo aquello que pueda servir para fijar la naturaleza del delito.

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el elemento del tipo penal de robo, se integraba por algunos de los medios siguientes; en su ya derogado artículo 115.

"I. Por la comprobación de los elementos materiales del delito; II. Por la confesión del indiciado, aun cuando se ignore quién es el dueño de la cosa materia del delito; III. Por la prueba de que el acusado ha tenido en su poder alguna cosa que, por sus circunstancias personales, no hubiere podido adquirir legítimamente, si no justifica su procedencia; IV. Por la prueba de la preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa materia del delito, y V. Por la prueba de que la persona ofendida se hallaba en situación de poseer la cosa materia del delito, que disfruta de buena opinión y que hizo alguna gestión judicial o extrajudicial para recobrar la cosa robada".

Preferentemente, deberá atenderse a estas pruebas, en el orden numérico en que están colocadas, de tal manera que, se aceptarán las posteriores a falta de las anteriores.

No cabe duda que el apresuramiento y la falta de cuidado de quienes realizan reformas a las leyes, les conduce a errores como ha ocurrido con la flamante reforma al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el D. F., pues si ya en el nuevo texto fueron eliminados los llamados "elementos materiales" como el *factotum* para la comprobación del elemento del tipo penal razón por la cual el legislador derogó el artículo 115 por resultar absoleta su aplicación.

En el Código Penal para el D.F. la comprobación del tipo penal de robo, se atenderá, preferentemente, a la existencia de los elementos constitutivos del hecho delictuoso; y solamente, cuando esto no sea posible se atenderá a lo siguiente:

"Artículo 369. Para la aplicación de la sanción se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella. En cuanto a la fijación del valor de lo robado así como la multa impuesta se tomara en consideración el salario en el momento de la ejecución del delito".

De acuerdo con el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado 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 acreditará, si el tipo lo requiere a) las calidades del sujeto activo del delito y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

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.

Tratándose del robo (de energía eléctrica, de gas o de cualquier otro fluido), en ambos ordenamientos, se comprobará cuando: "...sin previo contrato de una empresa de energía eléctrica, de gas o de cualquier fluido, se encuentre conectada una instalación particular a las tuberías o líneas de la empresa respectiva o, a cualquier tubería o línea particular conectada a las tuberías o líneas de dicha empresa, en la inspección que se practique con asistencia de peritos en la materia, se harán constar estas circunstancias y se recabará el dictamen pericial que las describa y además precise la naturaleza del fluido de que se trate y cuantifique en lo posible, la cantidad de fluido que haya sido consumido mediante la conexión de que se trate" art. 176 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En relación con el artículo 180 del ordenamiento citado establece que "para la comprobación de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del inculpado, el Ministerio Público y los Tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que esos medios no sean contrarios a derecho".

Los elementos del tipo penal precisa que para su comprobación de acuerdo con el artículo 180 del Código

Federal de Procedimientos Penales que: "para la comprobación de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del inculpado, el Ministerio Público y los Tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la Ley, siempre que esos medios no sean contrarios a derecho".

El Código Federal de Procedimientos Penales, refiriéndose a delitos de daño a las vías de comunicación indica: "Cuando... no fuere posible practicar inspección ocular, porque para evitar perjuicios al servicio público haya sido necesario hacer inmediatamente su reparación, bastará para la comprobación del elemento del tipo penal cualquiera otra prueba plena" (art. 179).

Acerca del delito de falsedad o falsificación de documentos, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala: "Se hará una minuciosa descripción del instrumento argüido de falso y se depositará en lugar seguro, haciendo que firmen en él, si fuere posible, las personas que depongan respecto a su falsedad; en caso contrario, se hará constar los motivos.

Al proceso se agregará una copia certificada del documento argüido de falso y otra fotografía del mismo, cuando sea posible. La comprobación del elemento del tipo penal, en los casos de falsedad, se hará como lo dispone el artículo 122" (artículo 119).

El Código Federal de Procedimientos Penales, tratándose

de posesión de una droga, semilla o planta enervante, cuando no sea posible comprobar el elemento del tipo penal por los elementos que constituyen la infracción, indica que se tendrá por comprobado: con la simple demostración del hecho material de que el inculpado las tenga o haya tenido en su poder, sin llenar los requisitos que señalan las leyes y demás disposiciones sanitarias, ya sean guardadas en cualquier lugar o trayéndolas consigo, aun cuando las abandone o las oculte o guarde en otro sitio.

Atendiendo a todo lo expuesto, y considerando que los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito y Federal, señalan una duplicidad de formas para la comprobación del elemento del tipo penal ("elementos del delito" en unos casos, y en otros reglas especiales), sería aconsejable adoptar un solo criterio, que podría ser el que hemos señalado en páginas anteriores, para así, de esa manera, corregir los errores a que da lugar un sistema casuístico y erróneo, como el adoptado en nuestras leyes.

Dentro del ámbito penal, generalmente, se sancionan las conductas realizadas integralmente; sin embargo, en ocasiones no es así, es decir, la conducta no se lleva a cabo de manera completa, pero la intención del agente se ha encaminado a ese fin, y esto también es punible, por la antisociabilidad que se patentiza con tal proceder.

Partiendo del criterio sustentado por distinguidos

juristas, la tentativa, en el Derecho Penal: "es la realización de actos idóneos dirigidos en forma inequívoca a cometer un delito; de tal manera que ésta requiere tan sólo un esfuerzo voluntario encaminado a la realización de la conducta o hecho, independientemente de que la tentativa sea acabada o inacabada".⁴⁸

Sin entrar al estudio de los diversos problemas a que ha dado lugar este tema, dejemos anotado para los fines perseguidos en nuestro estudio que, la tentativa es una forma accesoria del tipo, pues de no ser así se sancionarían hechos atípicos; en consecuencia, tiene forzosamente que agotarse el campo del delito, relacionando los elementos de la tentativa inacabada, acabada o imposible con los propios elementos del tipo, o sea, dogmáticamente relacionando el artículo 12 del Código Penal con cada tipo en particular.

La presunta responsabilidad del procesado es otro de los requisitos de fondo exigidos por la Constitución General de la República para que proceda legalmente la orden de captura o el auto de formal prisión (art. 16 y 19).

"Tanto en la práctica como en la doctrina se habla indistintamente de responsabilidad probable o presunta; ambos términos son sinónimos, significan: lo fundado en

⁴⁸ VILLALOBOS, Ignacio. op. cit. p. 293

razón prudente o, de lo que se sospecha por tener indicios. En consecuencia, 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".⁴⁹

La determinación de la presunta responsabilidad del procesado corresponde, fundamentalmente, al juez: sin embargo, también concierne al Ministerio Público. Es indudable que durante la averiguación previa, para estar en posibilidad de resolver si procede la consignación o la libertad del sujeto, analice los hechos y todas las pruebas recabadas, porque, aun habiendo integrado el elemento del tipo penal, sin estar demostrada la presunta responsabilidad, no podría cumplir con el ejercicio de la acción penal.

El órgano jurisdiccional, por imperativo legal, también deberá establecer si existe probable responsabilidad para decretar la orden de captura y el auto de forma prisión.

En ambos casos, el juez hará un análisis lógico y razonado de todos y cada uno de los hechos consignados en autos, no debe, en forma arbitraria, tener por demostrada la responsabilidad presunta de ninguna persona, sin el previo

⁴⁹ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. op. cit. p. 295

análisis valorativo de los elementos de cargo y de las pruebas de descargo, cuando éstas se hayan aportado.

Disentimos de quienes opinan que durante el término constitucional de setenta y dos horas, sólo debe atenderse a las "pruebas de cargo"; tal criterio es contrario al principio de legalidad y a la imparcialidad que debe regir todos los actos y resoluciones judiciales.

En la práctica, bastan indicios para considerar demostrada la presunta responsabilidad, sin embargo, el juzgador no debe atenerse exclusivamente a eso; pues lo más prudente es atender a los diversos medios de prueba establecidos en cada una de las leyes adjetivas, para que previo análisis de los hechos, en relación con éstas, conduzcan a una resolución consistente y capaz de evitar procesos inútiles y molestias sin fin a las personas.

Es inútil también aclarar que, en multitud de ocasiones, el juez penal dicta orden de aprehensión, por estimar que de la averiguación previa se deducen elementos suficientes para hacer probable la responsabilidad penal de una persona; no obstante, posteriormente, al determinar la situación jurídica del procesado, dentro del término de setenta y dos horas, resuelve que no está demostrada. Aparentemente se está en una situación contradictoria; sin embargo, las resoluciones dictadas en tal sentido son estrictamente apegadas a Derecho,

porque la presunta responsabilidad, es lógico que pueda destruirse, como ocurre, con frecuencia, si dentro del término constitucional mencionado se practican diligencias suficientes para desvirtuar el material probatorio presentado por el Ministerio Público. A mayor abundamiento, una vez dictado el auto de formal prisión, pudiera ser que se desvanecieran los elementos en que se hubiera apoyado, y la consecuencia sería la libertad del procesado.

En el otro aspecto señalado, al resolver el juez la situación jurídica del procesado durante el término de setenta y dos horas, por primera vez estudiará las modalidades de la conducta o hecho para determinar; hasta donde es posible en ese momento:

1º En cuál de las formas de culpabilidad (dolosa o culposa), debe situar al probable autor de las mismas, y

2º La ausencia de presunta responsabilidad por falta de elementos, o la operancia de una causa de justificación o cualquiera otra eximente.

La importancia de lo primeramente indicado es obvia, porque la penalidad probable para la conducta o hecho, motivo del proceso, será distinta para cada supuesto.

f) Resoluciones que se Dictan al Vencerse el Término Constitucional de las Setenta y Dos Horas.

Precisada la actividad, iniciada desde el momento en que el procesado fue puesto a disposición del juez, éste, al fenecer el término de setenta y dos horas, resolverá la situación jurídica planteada, lo cual se dará en las siguientes formas: dictando auto de formal prisión, o en su defecto, auto de soltura, de libertad por falta de méritos o de libertad por falta de elementos para procesar; y, auto de formal prisión con sujeción a proceso, cuando la consignación se efectuó sin detenido, por delito sancionable con pena no corporal o alternativa.

a) *Auto de formal prisión.* De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 19 constitucional y las leyes adjetivas, Federal y del Distrito, el auto de formal prisión es la resolución pronunciada por el juez, para resolver la situación jurídica del procesado al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, por estar comprobados los elementos integrantes, los elementos de tipo penal que merezca pena corporal y los datos suficientes para presumir la responsabilidad; siempre y cuando, no esté probada a favor del procesado una causa de justificación, o que extinga la acción penal, para así determinar el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso.

Todo auto de formal prisión contendrá, indispensablemente, requisitos medulares y formales. Los primeros están previstos en el artículo 19 de la Constitución General de la República y son los que a continuación se indican: que esté comprobado el elemento del tipo penal, así como los datos sobre la probable responsabilidad del procesado; esto último puede no estar suficientemente acreditado, se requiere solamente la presunción; en cambio, el elemento del tipo penal siempre debe comprobarse plenamente.

El Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 161 establece a grandes rasgos que: Dentro de las 72 horas siguientes al momento en que el inculcado quede a disposición del Juez, se dictará el auto de formal prisión siempre y cuando se acredite lo siguiente: I. Que se haya tomado declaración preparatoria del inculcado en la forma que señale la ley; II. Que se acrediten los elementos del tipo del delito que tenga señalada sanción privativa de libertad; III. Que en relación a la fracción anterior se demuestre la probable responsabilidad del inculcado y IV. Que no esté plenamente comprobada a favor del inculcado alguna circunstancia eximente de responsabilidad, o que extinga la acción penal. El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal indica que todo auto de formal prisión debe contener art. 297 los siguientes requisitos.

I. Se dictará dentro del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial; II. Que se le haya tomado la declaración preparatoria al inculcado en los términos de ley, o bien, conste en el expediente que se negó a emitirla; III. Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los

elementos del tipo penal del delito por el cual deba seguirse el proceso; IV. Que el delito sea sancionado con pena privativa de libertad; V. Que no esté acreditada alguna causa de licitud; VI. Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del indiciado; y VII. Los nombres y firmas del juez que dicte la resolución y del secretario que la autorice.

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

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

La ampliación del plazo se deberá notificar al Director del reclusorio preventivo, en donde en su caso, se encuentre internado el inculpado, para los efectos a que se refiere la última parte del primer párrafo del artículo 19 constitucional. El auto de formal prisión se hace por escrito; principia con la indicación de la hora y la fecha en que se pronuncia, el número de la causa y el nombre de la persona cuya situación jurídica va a determinarse. En un resultado o varios, se hace una relación de los hechos contenidos en las diligencias de averiguación previa y de las

practicadas durante el término de setenta y dos horas. Contendrá asimismo, una parte considerativa en la que el juez, mediante el análisis y la valoración jurídica de los hechos imputados al sujeto determinará si está comprobado el elemento del tipo penal; siendo así, explicará la razón por la cual estima que existen indicios bastantes para considerar al procesado dentro de las hipótesis previstas por el art. 13 del Código Penal como su posible autor. Para estos efectos, el juez aplicará los preceptos legales procedentes, pero la valoración de las pruebas la hará directamente, según su criterio.

Por último, concretamente se decreta: la formal prisión de la persona de que se trate, como presunta responsable de los hechos delictuosos que motivaron el ejercicio de la acción penal; la identificación del sujeto y los informes sobre los antecedentes o anteriores ingresos de éste; que se giren las boletas correspondientes, se notifique la resolución y se haga saber el derecho concedido por la ley al procesado, para impugnar la resolución judicial.

La fecha del auto de formal prisión reviste gran importancia, pues ya dejamos establecido que el artículo 19 Constitucional contiene un conjunto de garantías de libertad, que a la vez se constituyen en obligaciones ineludibles para el órgano de la jurisdicción, y aun para los terceros.

De este imperativo impuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a los alcaides y carceleros, los códigos de procedimientos penales nada dicen, el único cuerpo de disposiciones, que aunque en forma breve, hace

referencia a ello es el Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal. El artículo 44 repite el contenido de la fracción XVII, del artículo 107 Constitucional y agrega que la autoridad responsable será consignada a la autoridad correspondiente cuando no suspenda el acto reclamado debiendo hacerlo, y cuando admita fianza que resulte ilusoria o insuficiente siendo en estos dos últimos casos solidaria la responsabilidad civil de la autoridad.

Es incuestionable que esa acta no debe ser un documento más para engrosar los archivos del reclusorio o para respaldar la actuación del director o encargado del mismo, respecto al acto que ejecutó; su importancia es mayor, debe remitirse, ya sea una copia o el original, al Ministerio Público para que esa institución proceda, de acuerdo con sus atribuciones, en contra del órgano jurisdiccional.

Por otra parte, si la resolución judicial era la formal prisión y ésta fue dictada rebasando el término constitucional, y ya el procesado (quien no tenía derecho a la libertad caucional) fue puesto en libertad por el "alcaide o carcelero", ¿qué es lo que ocurre con el proceso y el procesado?

A nuestro juicio, el auto de formal prisión, aún dictado fuera de tiempo no carece de valor, debe producir los efectos jurídicos correspondientes, puesto que el término dentro del cual debe dictarse, es una garantía instituida para que no se

prolongue ninguna detención sin causa justificada y esto no afecta a la resolución misma, trae, eso sí, consecuencias para quien en ejercicio de sus funciones no se ajustó a los lineamientos legales en relación al término en que debió haber resuelto.

Desde el punto de vista procesal, previo pedimento del Ministerio Público habrá de dictarse orden de reaprehensión en contra del procesado y lograda que fuere, continuará el proceso. Todo esto, insistimos, sin perjuicio de la responsabilidad del "servidor público".

No es posible, de ninguna manera, invocar que una omisión de esa naturaleza que conduce a que un "alcaide o carcelero" ponga en libertad a un procesado constituya una base para considerar que un acto administrativo pueda resolver un acto jurisdiccional y que por ello la libertad sea definitiva.

Consecuentemente, de lo anotado se advierte el celo que en este orden enfatizó el Constituyente de 1917, por eso también las leyes adjetivas, en el capítulo denominado, "Formalidades del Procedimiento", indican que "las actuaciones del ramo penal podrán practicarse a toda hora y aun en los días feriados, sin necesidad de previa habilitación... (arts. 12 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 15 del Código Federal de

la materia); así mismo, al referirse a los términos judiciales señalan, tratándose del auto de formal prisión, correrán de momento a momento y desde que el proceso se halle a disposición de la autoridad judicial (arts. 58 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y 71 y 72 del Código Federal de la materia).

Los efectos jurídicos del auto de formal prisión son los siguientes: el sujeto queda sometido a la jurisdicción del juez; justifica la prisión preventiva, pero "no revoca la libertad provisional concedida, excepto cuando así se determine expresamente en el propio auto" (art. 166 del Código Federal de Procedimientos Penales), situación ésta que sólo se justifica cuando durante el término de las setenta y dos horas se hayan aportado elementos suficientes para adecuar la conducta o hecho a uno o más tipos penales, distintos de aquellos por los que se llevó a cabo la consignación y que se tomaron en cuenta para conceder el beneficio de la libertad caucional. Es obvio que, si el auto de formal prisión se dicta por hechos cuya sanción rebasa el término medio aritmético a que se refiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la libertad que se había concedido tenga que revocarse; o bien, si del material probatorio, aun procediendo la libertad fuese necesario incrementar la caución así se determinará en dicho auto; precisa los hechos por los que ha de seguirse el proceso; pone fin a la primera parte de la instrucción e inicia la

segunda etapa de ésta.

Con motivo de las reformas legales, llevadas a cabo en mil novecientos setenta y uno, la resolución judicial que hemos estado tratando, produce un efecto más: señala el procedimiento que debe seguirse: Sumario u Ordinario, según el caso.

b) *Auto de formal prisión con sujeción a proceso.* El auto de formal prisión con sujeción a proceso es la resolución dictada por el juez, por medio de la cual, tratándose de delitos sancionados con pena no corporal o alternativa, previa comprobación del elemento del tipo penal y de la presunta responsabilidad, se resuelve la situación jurídica del procesado, fijándose la base del proceso que debe seguirsele.

Es importante advertir que, aunque en la práctica y aun en la teoría se sigue repitiendo que en el caso de los delitos sancionados con pena alternativa o no corporal lo procedente, al fenecer el término constitucional de 72 horas, es, en su caso dictar un auto de sujeción a proceso, hacen gala de una ignorancia supina, abismal, e inenarrable del contenido y alcances del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su parte conducente que, a la letra indica: "...todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el

auto de formal prisión..."

Del texto transcrito se advierte con toda claridad la razón por la cual, tratándose de las infracciones penales mencionadas hablamos de auto de formal prisión, pues sería imposible concebir un proceso sin esta resolución judicial; empero, le agregamos *con sujeción a proceso* para significar que el procesado no está privado de su libertad, pero sí sujeto al proceso y, con ello, sometido a la jurisdicción respectiva. El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (art. 301) a la letra indica: "Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable el imputado no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para poder suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al juez fundada y motivadamente o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del término en que deba resolverse el proceso".

El Código Federal de Procedimientos Penales (art. 162) ordena lo siguiente: "Cuando el delito cuya existencia se haya comprobado no merezca pena corporal o esté sancionado con pena alternativa, se dictará auto con todos los requisitos del de formal prisión, sujetando a proceso a la persona contra quien aparezcan datos suficientes para

presumir su responsabilidad, para el solo efecto de señalar el delito por el cual se ha seguido el proceso".

Como se advierte el legislador no indica, en ninguna forma que el auto que ocupa nuestra atención sea bautizado con el nombre de *sujeción a proceso*, por el contrario enfatiza el mandato constitucional al indicar que dicha resolución deberá siempre corresponder a un auto de formal prisión.

Es lamentable que no sólo en el Distrito Federal, sino también en las Entidades Federativas la gran mayoría de los jueces continúan calificando la multicitada resolución, simplemente, como un auto de *sujeción a proceso*.

Los requisitos de esta resolución son los mismos del auto de formal prisión, así como también sus efectos, excepto el de la prisión preventiva, pues ya anotamos la prohibición constitucional para restringir la libertad cuando se trata de delitos sancionados con pena no corporal o alternativa.

c) *Auto de libertad por falta de elementos para continuar el proceso.* El auto de libertad por falta de elementos para continuar el proceso, también llamado auto de libertad por falta de méritos, es la resolución dictada por el juez al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, en donde se ordena que el procesado sea restituido en el goce de su libertad, en virtud de no estar integrado el elemento del tipo penal ni la presunta responsabilidad, o que habiéndose dado lo primero, no exista lo segundo.

La falta de esos requisitos provoca esta determinación, sin embargo, si el Ministerio Público, posteriormente, aporta nuevos datos que satisfagan las exigencias legales, se procederá nuevamente en contra del supuesto sujeto activo del delito, se ordenará su captura y nuevamente se observarán las prescripciones de los artículos 19 y 20 constitucionales.

Tratándose de los aspectos negativos del delito (causas de justificación, causas de inculpabilidad, excusas absolutorias, etc.), en el auto que se dicta al fenecer el término constitucional de 72 horas, se dice que la libertad que se concede es "con las reservas de ley". Tal proceder es indebido, porque si ya se han agotado las pruebas que sirvieron para resolver la situación jurídica, lo procedente es decretar la *libertad absoluta*.

Actuar en forma distinta entraña un contrasentido, porque si el aspecto negativo del delito está demostrado, resulta absurdo decir que la libertad es con *las reservas de ley*.

La resolución judicial, en los casos señalados, debe producir los efectos de una sentencia absolutoria, porque no resulta lógico ni admisible que pudiera volver a iniciarse un proceso en contra del mismo sujeto por esos hechos, o que se pretendiera, con posterioridad, continuar el proceso. Ni en uno ni en otro caso existen bases jurídicas de sustentación.

CAPÍTULO V**EL CONTENIDO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA Y EL EJERCICIO
DE LA ACCIÓN PENAL**

Se ha entendido en forma general que la acción penal incluye todo lo concerniente al ejercicio del ministerio público, pero a efecto de aclarar como señala el maestro Hernández Silva, en su cátedra debemos distinguir entre la acción procesal penal y la acción penal, pero a efecto de tener una mejor comprensión del tema en comentario, será oportuno puntualizar lo siguiente:

a) Acción Procesal Penal su Concepto.

El autor antes citado señala que la acción procesal penal "es la facultad que tiene el Ministerio Público de exitar al Órgano jurisdiccional ya sea para solicitar cateos, con orden de aprehensión, ofrecer pruebas, solicitar libertades, etc."⁵⁰

b) Acción Penal su Concepto.

El jurista Pedro Hernández Silva señala que la acción penal "es el ejercicio que el Ministerio Público realiza para

⁵⁰ HERNÁNDEZ SILVA, Pedro. Derecho Procesal Penal. 2ª edición. Porrúa. México, 1994. p. 120

solicitar una sanción para quien ha cometido un delito y esto lo hace hasta que sea agotada la instrucción y cerrado el proceso formule conclusiones; en la que solicita la sanción, pues si realizará conclusiones inacusables estaría realizando la acción procesal penal y no la acción penal. Aclarando la acción penal es un derecho y deber que tiene el ministerio público para pedir una sanción para quien ha cometido un delito".⁵¹

En otras palabras, puedo decir que la acción penal, es la solicitud del Ministerio Público a la justicia para quien haya cometido un delito.

c) Disposiciones Generales.

La preparación del ejercicio de la acción penal se realiza en la averiguación previa, etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar, para esos fines, el elemento del tipo penal y la presunta responsabilidad. Comienza con la noticia del crimen obtenida por la denuncia o la querrela y culmina con el ejercicio de la acción penal o la resolución de archivo.

⁵¹ Ibidem. p. 121

Es por esto que los artículos relativos de nuestros códigos de procedimientos penales están orientados en el sentido de que el funcionario que practique las primeras diligencias en investigación del delito, deberá procurar "ante todo que se compruebe el elemento del tipo penal como base del procedimiento penal", (artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales), y para ello gozará de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estime conducentes, según su criterio, aunque no sean de los que menciona la Ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho, (artículo 180 del mismo Ordenamiento), en términos parecidos lo establece el artículo 124 del Código Procesal del Distrito Federal.

El elemento del tipo penal del delito que se trata se tendrá por comprobado, dice el artículo 168 del Código Procesal Federal, cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictuosos, según lo determina la ley penal. Se entenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene el propio Ordenamiento Procesal Federal. En términos similares se expresa el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 122.

El artículo 262 del Código Procedimental para el Distrito Federal, dispone "Los funcionarios y agentes de Policía Judicial, así como los auxiliares del Ministerio

Público, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos del orden común de que tengan noticia..." excepto cuando se trate de delitos en los que sólo se puede proceder por querrela, si no se ha presentado ésta y, cuando la ley exija algún requisito previo, y éste no se ha llenado.

El artículo 265 del mismo Código establece que "Al iniciar sus procedimientos, el Ministerio Público o la Policía Judicial, se trasladarán inmediatamente al lugar de los hechos" para:

a) Dar fe de las personas y de las cosas a quienes hubiere afectado el acto delictuoso;

b) Tomar los datos de las que lo hayan presenciado, procurando que declaren, si es posible, en el mismo lugar de los hechos o, en caso contrario, las citaran para que dentro del término de veinticuatro horas comparezcan a rendir su declaración.

Todos estos actos deberán hacerse constar en un acta que levantarán los miembros de la Policía Judicial o el agente del Ministerio Público respectivo y que según el artículo 274 del propio ordenamiento, contendrá:

I. El parte de la Policía o, en su caso, la denuncia

que ante ella se haga, asentando minuciosamente los datos proporcionados por uno u otras.

II. Las pruebas que suministren las personas que rindan el parte o hagan la denuncia, así como las que recojan en el lugar de los hechos, ya sea que se refieran a la existencia del delito, y a la responsabilidad de sus autores, cómplices o encubridores y

III. Las medidas que dictaren para completar la investigación.

Además de conformidad con lo dispuesto por los artículos 284 y 285 del mismo Código Procesal, asentarán en la mencionada acta todas las observaciones que puedan recoger acerca de las modalidades empleadas al cometer el delito, así como todas las observaciones que acerca del carácter del delincuente hubieren recogido ya sea en el momento de cometer el delito, ya durante su detención o bien durante la práctica de las diligencias en que hubiere intervenido. El primer párrafo del artículo 271 dispone también que "El Ministerio Público que conozca de un hecho delictuoso, hará que tanto ofendido como el presunto responsable, sean examinados inmediatamente por los médicos legistas, para que éstos dictaminen, con carácter provisional, acerca de su estado psicofisiológico".

Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 113 dispone que "El Ministerio Público y sus auxiliares de acuerdo con las ordenes que reciban de aquellos, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tengan noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes: I. Cuando se trate de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si esta no se ha presentado. II. Cuando la ley exija algún requisito previo si éste no se ha llenado. Si el que inicia una investigación no tiene a su cargo la función de proseguirla dará inmediata cuenta al que corresponda legalmente practicarla".

"El artículo 123 del Código Federal citado ordena que: Inmediatamente que el Ministerio Público Federal o los funcionarios encargados de practicar en su auxilio diligencias de averiguación previa tengan conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, dictarán todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas; impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso, los instrumentos o cosas objeto o efectos del mismo; saber qué personas fueron testigos; evitar que el delito se siga cometiendo y, en general impedir que se dificulte la averiguación, procediendo a la detención de los que intervinieron en su comisión en los casos de delito flagrante.

Lo mismo se hará tratándose de delitos que solamente puedan perseguirse por querrela, si ésta ha sido formulada.

El Ministerio Público sólo podrá ordenar la detención de una persona, cuando se trate de delito flagrante o de caso urgente, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución y en los términos de los artículos 193 y 194 respectivamente del Código Federal de Procedimientos Penales.

En el caso del artículo anterior, dispone el 124, se procederá a levantar el acta correspondiente, que contendrá:

1° La hora, fecha y modo en que se tenga conocimiento de los hechos;

2° El nombre y carácter de la persona que dió noticia de ellos, y su declaración;

3° Declaración de los testigos cuyos dichos sean más importantes;

4° Declaración del inculpado, si se encontrare presente;

5° La descripción de lo que haya sido objeto de inspección ocular;

6° El resultado de la observación de las

particularidades que hayan notado a raíz de ocurridos los hechos, en las personas que en ellos intervengan;

7º Las medidas y providencias que se hayan tomado para la investigación de los hechos y;

8º Los demás datos y circunstancias que se estime necesario hacer constar.

De todo lo anterior se deduce que los principales actos que se realizan durante la averiguación previa y que constituyen su contenido son los siguientes:

d) Recepción de Denuncias y Querellas y su Ratificación.

Los medios constitucionalmente justificados para que la autoridad investigadora pueda iniciar la averiguación de un hecho que se presume delictuoso, son la denuncia y la querrella.

La denuncia es "medio, obligatorio para toda persona, de poner en conocimiento de la autoridad competente la existencia de los delitos de que sepa y sean perseguibles de oficio"; en tanto la querrella "es el medio legal que tiene el ofendido para poner en conocimiento de la autoridad los delitos de que ha sido víctima y solo pueden perseguirse con

su voluntad y, además, dar a conocer su deseo de que se persigan".⁵²

La denuncia es la transmisión de un conocimiento sobre determinado hecho con apariencia delictuosa, que cualquier persona hace (o debe hacer) a la autoridad competente. No entraña, como la querrela, la expresión de la voluntad de que se persiga el delito. Opera en el supuesto de delitos perseguibles de oficio y es ineficaz en la de los que se persiguen a instancia del legitimado para querrellarse (delitos privados), toda vez que en México, priva el monopolio acusador del Ministerio Público, la querrela es siempre requisito de procedibilidad que se resume en una manifestación de conocimiento sobre hechos delictuosos y una expresión de voluntad a efecto de que se lleve adelante la persecución procesal en la cual predomina el interés privado sobre el público.

El Lic. Manuel Rivera Silva rechaza la idea de que la presentación de la denuncia en delitos perseguibles de oficio, sea un hecho obligatorio en lo absoluto y sólo lo considera parcialmente obligatorio, atento el contenido del artículo 400 del Código Penal que "fija sanción para el que no procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance, y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los

⁵² FRANCO SODI, Carlos. op. cit. p. 146

delitos que sabe van a cometerse y se están cometiendo", y para el que "requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes", se debe concluir que únicamente en estos tres casos (de delitos que se van a cometer, de delitos que se están cometiendo y cuando se es requerido por las autoridades), existe obligación de presentar la denuncia".⁵³

Por otra parte, es cierto que los artículos 116 y 117 del Código Federal de Procedimientos Penales, hacen obligatoria la denuncia de los delitos, pero no existe sanción especialmente establecida para quien contravenga esta disposición. Tal parece que el Legislador tuvo en cuenta los delitos que "se van a cometer" (lo que encierra una idea de futuro) y los que "se están cometiendo" (lo que da idea de presente), pero olvidó los hechos delictuosos que ya se realizaron, cuya denuncia debe ser también obligatoria y, en la práctica, constituye el caso más general.

Nuestra legislación penal distingue entre delitos perseguibles de oficio y delitos perseguibles por querrela necesaria. Para proceder a investigar los primeros, basta con la denuncia, que puede hacer cualquier persona y que contiene una exposición objetiva de los hechos considerados delictuosos; en tanto que, para los segundos, se hace

⁵³ RIVERA SILVA, Manuel. op. cit. p. 96.

necesaria la querrela, que debe presentar el ofendido o su legítimo representante, la cual además de la exposición objetiva de los hechos, debe contener una declaración expresa de voluntad de éste, pidiendo que se persiga el delito y se castigue al responsable.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la república, establece en su articulado respecto a la Averiguación Previa la atribución del Ministerio Público Federal de "perseguir los delitos del orden federal", tal persecución comprende de acuerdo al articulado del propio ordenamiento "En la averiguación previa, la recepción de denuncias y querrelas, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 constitucional, y la práctica de todos los actos conducentes a la comprobación del cuerpo del delito y a la acreditación de la probable responsabilidad del indiciado como elementos que fundan el ejercicio de la acción penal...."

El artículo 3° del Código Federal de Procedimientos Penales, dispone, igualmente, que "dentro del período de averiguación previa, la Policía Judicial Federal deberá, en ejercicio de sus facultades: 1. Recibir las denuncias de los particulares o de cualquiera otra autoridad, sobre hechos que puedan constituir delitos de orden federal..."

Por otra parte, la Ley Orgánica de la Procuraduría

General de Justicia del Distrito Federal, en su artículo 2º fracción I señala la atribución del Ministerio Público de "perseguir los delitos del orden común, cometidos en el Distrito Federal", tal atribución de conformidad a lo dispuesto en el artículo 3º del propio ordenamiento le corresponde en la averiguación previa al representante social "recibir denuncias, acusaciones o querellas sobre acciones u omisiones que puedan constituir delito".

Cuando la denuncia o, en su caso, la querella, se presenten en escrito por separado, el Ministerio Público o de la Policía Judicial que la reciba, está obligado a obtener la ratificación correspondiente. Esta consiste en una declaración del denunciante o querellante, bajo protesta de decir verdad, en la cual debe reconocer el contenido del escrito, así como su firma o huella digital que lo calcen, además de suministrar todos los datos que le solicite la autoridad y que tiendan a facilitar la investigación de los hechos denunciados. A este respecto, el artículo 119 del Código Federal de Procedimientos Penales manda que "cuando la denuncia o la querella se presenten por escrito, el servidor público que conozca de la averiguación, deberá asegurarse de la identidad del denunciante o querellante, de la legitimación de este último, así como de la autenticidad de los documentos en que aparezca formulada la querella y en los que se apoyen ésta o la denuncia..." Por su parte, el Código Procesal del Distrito habla de las diligencias de

ratificación o de reconocimiento de firma en su artículo 277. Acorde a lo dispuesto por el artículo 264 del ordenamiento en cita, "las querellas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial..." "para las querellas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de rapto, estupro o adulterio en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero del propio artículo 264".

e) Declaración y Aseguramiento del Inculpado.

Los funcionarios del Ministerio Público o de la Policía Judicial, en la averiguación previa, tienen obligación de proceder a la detención de los presuntos responsables, sin necesidad de que exista previamente orden de autoridad judicial, en los casos siguientes: (artículo 266 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y 193 del Federal): I. En caso de flagrante delito y II. En caso de notoria urgencia, cuando no haya en el lugar autoridad judicial.

El artículo 267 del código Procesal para el Distrito Federal explica lo que debe entenderse por flagrante delito: "Se entiende que existe delito flagrante, no sólo cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, sino cuando, después de ejecutado el echo delictuoso, el inculpado es perseguido materialmente o cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundamentalmente su culpabilidad".

El artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, agrega el caso asimilado a la flagrancia, de que

alguien señale al inculcado, en el momento de haber cometido el delito, como responsable y se encuentre en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad.

Tratándose de delito flagrante, no sólo la autoridad investigadora, sino cualquier persona, pueden detener al inculcado, poniéndolo, sin demora, a disposición de la autoridad inmediata, conforme lo dispone el artículo 16 constitucional.

La "notoria urgencia" la explica el artículo 268 del Código Procesal Penal para el Distrito Federal: "establece que habrá caso urgente cuando se trate de delito grave, calificado por la ley; que exista riesgo fundado de que el inculcado pueda substraerse a la acción de la justicia y que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.

Cuando el presunto responsable fuere aprehendido, dispone el artículo 269 del mismo Ordenamiento Procesal, se hará constar la hora en que lo haya sido y se le recibirá su declaración.

"Artículo 269. Cuando el inculcado fuere detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

I. Se hará constar la hora, fecha y lugar de la detención, así como, en su caso el nombre y cargo de quien la haya ordenado y ejecutado. Cuando la detención se hubiese practicado por una autoridad diversa al Ministerio Público, se asentará o se agregará, en su caso, información circunstanciada suscrita por quien la haya realizado o recibido al detenido;

II. Se le hará saber de la imputación que exista en su contra y el nombre del denunciante, acusador o querellante.

III. Será informado de los derechos que en averiguación previa consigna en su favor la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dichos derechos, son:

- a) No declarar si así lo desea;
- b) Que debe tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiese designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;
- c) Ser asistido por su defensor cuando declare;
- d) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación previa, y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera;
- e) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación previa, para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el acta de averiguación previa;
- f) Que se le reciban los testigos y las demás pruebas que ofrezca, las cuales se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediendo el tiempo necesario para su desahogo, siempre que no se traduzca en dilación de la averiguación previa y las personas cuyos testimonios ofrezcan se encuentren presentes en la oficina del Ministerio Público.

Quando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculpado y su defensor, el juzgador resolverá en su oportunidad, sobre la admisión y práctica de las mismas; y

- g) Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución Federal, y en los términos del artículo 556 de este Código.

Para los efectos de los incisos b), c) y d) se le permitirá al indiciado comunicarse con las personas que solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de que se disponga, o personalmente si se hallaren presentes; y

IV. Cuando el indiciado fuere un indígena o extranjero, que no hable o no entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere este artículo. Si se tratare de un extranjero la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda.

De la información al indiciado sobre los derechos antes mencionados, se dejará constancia en el acta de averiguación previa.

En todo caso se mantendrán separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de detención".

Considerada en un tiempo como la reina de las pruebas y seguramente por la facilidad que reporta para el investigador obtener la "confesión" del indiciado y desatenderse del acopio de otras pruebas quizá más laboriosas, los agentes de la Policía Judicial, al practicar investigaciones, han abusado muchas veces de ella (y, lo que resulta peor, también agentes de otros organismos policíacos que no tienen autorización legal alguna para recibir "confesiones"), queriendo obtenerla a toda costa, sometiendo para lograrla, a los inculpados a verdaderos tormentos que superan en mucho a los odiados procedimientos de épocas pretéritas. Confesiones que, una vez ante el juez de la causa, libres los inculpados de toda coacción, desmienten y, en muchas ocasiones, habiéndose probado los tormentos a que fueron sujetos quienes las produjeron, han resultado escandalosas "pifias" para los agentes que las obtuvieron.

Por otra parte la carencia de medios científicos y técnicos de investigación ha influido también para que los investigadores cometan abusos al obtener la confesión.

f) Principios que Rigen el Ejercicio de la Acción Penal.

Al indicar que la acción penal es pública porque tiene por objeto el desarrollo de relaciones jurídicas de Derecho Público, apuntamos que si la comisión de un delito lesiona preferentemente los intereses de la Sociedad, debe ser el Estado el encargado de restaurar el derecho que se viola. Por lo mismo, la acción penal forma parte de las funciones del Estado por más que se sostenga que "el sujeto activo de la acción penal es la universalidad de los ciudadanos", idea que no tiene significado práctico porque así tomada la sociedad carece de concreción jurídica. La acción penal corresponde originariamente a la sociedad y se ejercita por medio de los órganos del Estado. Cada día adquiere consistencia la idea de que deben ser los órganos del Estado los encargados de su ejercicio. Este principio ha ganado simpatías hasta en la tradicional Inglaterra. "Los órganos que ejercitan la acción, pueden ser mediatos o inmediatos, y para promoverla deben tenerse en cuenta dos principios: el principio oficial y el principio dispositivo. La acción se pone en movimiento a impulsos del principio oficial, cuando se inicia de mutuo propio por los órganos del Estado creados

con ese objeto. Se reconoce el principio dispositivo en la promovilidad de la acción, cuando sólo se pone en marcha por la iniciativa de los particulares. Es evidente que si la acción penal tiene un carácter público, debe regirse por el principio oficial, sin que esto signifique que se desconozca la actuación del principio dispositivo que tiene un carácter subsidiario".⁵⁴

En el ejercicio de la acción penal existen además dos principios directrices: el principio de la legalidad y el principio de la oportunidad. Se pregunta si el órgano de acusación es libre para ejercitar o no la acción penal o si debe tener en cuenta el interés del Estado, en un momento determinado. El principio de la legalidad se funda en que, invariablemente, debe ejercitarse la acción penal siempre que se encuentren satisfechas las condiciones mínimas o presupuestos generales y cualquiera que sea la persona contra quien se intente.

El órgano de acusación se encuentra subordinado a la ley misma. Tiene el deber de ejercitar la acción, tan luego como las condiciones legales se encuentren satisfechas; en consecuencia, el ejercicio de la acción es obligatorio. El segundo principio es el de oportunidad; la acción penal no debe ejercitarse cuando así convenga a las razones del

⁵⁴ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. op. cit. p. 182

Estado, porque se turbe la paz social o se quebranten intereses políticos o de utilidad pública; campea un criterio de conveniencia, que resulta muy perjudicial para satisfacer los anhelos de justicia; el ejercicio de la acción penal es potestativo; se deja en manos del órgano del Estado resolver sobre su ejercicio. México ha reconocido el principio de la legalidad. Si están satisfechas las condiciones legales, el órgano de acusación no puede eludir su ejercicio, a pesar de que resulte perjudicial para los intereses del Estado. Francia admite el principio de la legalidad. Alemania, antes de la guerra, tenía reconocidos ambos principios; para los crímenes, el principio de la legalidad era invariable y obligatorio, en tanto que en los delitos, su ejercicio era potestativo para el órgano del Estado encargado del ejercicio de la acción, previa consulta de la opinión que sostenga el titular judicial, principalmente cuando se trata de delitos leves que no quebranten el orden social de un modo notable; por lo que se refiere a las contravenciones, ambos principios actúan simultáneamente, prevaleciendo el principio de oportunidad cuando se trata de menores delincuentes. En Italia impera el principio de legalidad, así como en España y en los Estados Unidos de Norteamérica.

En Rusia se ha adoptado el principio de oportunidad. En el conjunto de disposiciones que se contienen en las leyes del Soviet, sólo se reputa peligrosa toda acción u omisión

dirigida contra la estructura del Estado o que produzca una lesión en el orden jurídico, creado por el régimen de los trabajadores y campesinos para la época de transición a la organización social comunista. Según las ideas que inspiran la legislación penal rusa, la acción sólo se ejercitará cuando afecte a los intereses del Soviet y tenga el carácter de peligroso el hecho u omisión; no es procedente su ejercicio, cuando ocasione perjuicios a la causa de la Revolución.

"Indudablemente que el principio legalista es el que cuenta con mayores simpatías, porque satisface el más elemental anhelo de justicia absoluta, puesto que no existe nada más odioso que nuestros derechos se supediten al capricho o a la conveniencia oficial. A la sociedad le interesa vivamente que los delitos no queden impunes, y por ello la acción penal debe ejercitarse siempre que se encuentren satisfechos los requisitos legales. El Órgano del Estado a quien se encomienda el ejercicio de la acción, debe reputarse como una institución de buena fe, que tiene por misión procurar porque se repare el derecho violado; no puede considerársele como parte que tenga interés personal en el desarrollo de la acción penal, en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus deberes".⁵⁵

⁵⁵ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. op. cit. p. 185

Si la Ley existe para fines de utilidad social y debe aplicarse siempre que estemos en presencia de alguna acción dañina, es indiscutible que el principio que más satisface es el de la legalidad, porque presta mayores garantías a la defensa de la sociedad que los órganos del Estado tienen el deber de garantizar. Esto no significa que se aplique de una manera rígida y que no se reconozca al órgano encargado del ejercicio de la acción penal, cierto margen de libertad, naturalmente sin menoscabar las funciones que corresponden de manera exclusiva a la jurisdicción, en lo que se refiere a la promoción de la acción para calificar si es o no procedente hacer la consignación a los tribunales, sin que se acepte la idea de que las diligencias de averiguación previa han de servir al órgano de acusación para resolver sobre el ejercicio o no ejercicio de la acción, constituyan una verdadera instrucción ni que el Ministerio Público declare por sí y ante sí que el hecho no es constitutivo de delito, porque si el Ministerio Público se concreta a levantar las actas y consignarlas al Juez, como sucedía en México antes de la vigencia de la Constitución de 1917, se le veda de lo más esencial que tiene en sus funciones: ser el promotor de la acción penal. Si las diligencias han resultado insuficientes, puede el Ministerio Público ordenar el archivo para proseguirlas cuando aparezcan nuevas pruebas, sin que por ello signifique que asuma el papel de instructor. La justificación de esta facultad, expresa Florián, está en el fin de evitar acusaciones temerarias *prima facie* y ello

contribuye al afianzamiento de la institución del Ministerio Público.

g) Órganos a quienes se Encomienda.

Corresponde su ejercicio, al Ministerio Público y a la Policía Judicial, que debe estar bajo la autoridad y mando de aquél. Una de las innovaciones más trascendentales hechas por la Constitución de 1917, a la organización Judicial, para que no tengan el carácter de jueces y partes, encargados, como estaban antes de la vigencia de la Constitución, de decidir sobre la responsabilidad penal y allegar, de oficio, elementos para fundar el cargo.

En relación con el presente capítulo, resulta interesante en su contenido, el criterio sustentado por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice:

De acuerdo con las ideas expuestas por Florián, "la acción penal corresponde al Estado, el cual la ejercita por medio de órganos especiales. Estos son inmediatos, si son personas nombradas directamente por el Estado y dependientes de él por la relación de funcionario público; son mediatos cuando se trata de particulares que ejercitan la acción penal en nombre y en interés del Estado".⁵⁶

⁵⁶ FLORIÁN, Eugenio. op. cit. p. 180 y siguientes

De acuerdo con la razón y según datos del Derecho comparado, la acción penal, puede ser ejercitada:

a) Por un órgano del Estado, instituido expreso, que según los países es el procurador o fiscal del Rey o de la República o del Estado; este procedimiento constituye un monopolio de la acción penal por parte del Estado y es un sistema vigente en casi todos los Estados;

b) Por la actividad espontánea de los ciudadanos, como en la Roma antigua y actualmente en Inglaterra y constituye, este sistema, un monopolio de la acción penal de los ciudadanos.

Sin embargo, el propio maestro italiano, encuentra que estos dos sistemas de monopolios en ningún caso son absolutos, pues en Inglaterra existen órganos públicos que, en algunos casos, pueden ejercitar acción penal, tales como el Sollecitor general y el Attorney general, y en donde se sigue el sistema del monopolio por el Ministerio Público, se admite, en diversa medida, el concurso de otras entidades públicas o de los particulares, como son:

a) Concurso de parte lesionada. (Alemania, Austria).

b) Concurso de otros órganos estatales. (Como en el derecho francés).

c) Concurso de los ciudadanos. (Acción Popular, que puede ser exclusiva, como en Inglaterra; en concurrencia con el Ministerio Público, como en España, o sólo para determinadas categorías de delitos, por ejemplo los electorales).

d) Concurso de los sindicatos. (Como en Francia).

Entre nosotros como es sabido, existe actualmente el monopolio de la acción penal por parte del Estado, que puede calificarse de absoluto pues es únicamente el Ministerio Público, órgano instituido expreso por aquél, quien puede ejercitar la acción penal, sin que sea admitido el concurso de algún otro órgano, de los particulares o de la parte lesionada. De donde resulta que si, como vimos anteriormente, en la preparación del ejercicio de la acción penal pueden intervenir otros órganos auxiliares del Ministerio Público, su ejercicio sólo corresponde a éste, existiendo en nuestro Derecho solamente dos excepciones; cuando se trata de delitos "oficiales", cometidos por altos funcionarios de la Federación (artículo 111 de la Constitución) y tratándose de delitos oficiales o comunes cometidos por el Presidente de la República (artículo 109 constitucional).

h) Conclusión de la Averiguación Previa.

Concluida la investigación previa por el Ministerio Público, puede arrojar las siguientes situaciones:

I. Que con las diligencias practicadas se hayan satisfecho los presupuestos necesarios para el ejercicio de la acción penal esto es, que se haya demostrado la existencia material de un hecho delictuoso y existan datos para hacer probable la responsabilidad de un individuo o que se haya comprobado la flagrancia.

Dentro de la situación anterior pueden presentarse cuatro casos:

- a) Que el delito de que se trate merezca sanción privativa de libertad.
- b) Que el delito no merezca pena privativa de libertad.
- c) Que el indiciado se encuentre detenido y
- d) Que el indiciado no se encuentre detenido.

II. Que con las diligencias practicadas no se haya logrado comprobar la existencia material de un delito y, por

lo tanto, tampoco existan datos para hacer probable la responsabilidad de un sujeto en la comisión del mismo.

Estudiaremos la primera de dichas situaciones, que representa el aspecto positivo de la averiguación previa y que conduce a la consignación de ésta ante el tribunal respectivo por el Ministerio Público, en ejercicio de la acción penal; para después en otro capítulo, tratar la segunda de las citadas situaciones y de los problemas que acarrea.

1) La Consignación.

En la situación primera a que antes nos referíamos, el Ministerio Público debe hacer la consignación ante el tribunal respectivo, en ejercicio de la acción penal, con las siguientes variantes que producen los cuatro casos ya enumerados:

1ª Si el delito merece sanción privativa de libertad y el indiciado se encuentra detenido, debe hacer la consignación poniendo a éste a disposición de la autoridad judicial.

2ª Si el delito merece pena privativa de libertad y el indiciado no está detenido, debe hacer la consignación solicitando en contra de éste orden de aprehensión al juez

competente.

3* Si el delito no está sancionado con pena privativa de libertad o tiene pena alternativa, debe ejercitar la acción penal, pidiendo al juez libre orden de comparecencia para que el indiciado se presente a rendir su declaración preparatoria y si por alguna circunstancia, éste se encuentra detenido, debe el Ministerio Público ponerlo en libertad, pues en este caso está constitucionalmente prohibido restringir la libertad de las personas.

En este orden de ideas, tenemos que el ejercicio de la acción penal ante el tribunal correspondiente lo efectúa el Ministerio Público por medio de un acto, que entre nosotros, recibe el nombre de consignación. El ejercicio de la acción penal expone Franco Sodi, es "una actividad del Ministerio Público, encaminada a cumplir su función y a poner en aptitud al órgano jurisdiccional para realizar la suya. El primer acto de esta actividad, propiamente hablando, es la consignación".⁵⁷

González Bustamante nos dice que "La promovilidad de la acción equivale a la persecución del delito y se establece cuando el órgano de acusación ocurre al órgano jurisdiccional y le pide que se avoque al conocimiento del caso; en el

⁵⁷ FRANCO SODI, Carlos. op. cit. p. 156

momento en que existe la conjunción entre el Ministerio Público y el Juez, podemos afirmar que existe el ejercicio de la acción penal".⁵⁸

La primera parte del artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone que "Tan luego como aparezca de la averiguación previa que se han acreditado los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos de la primera parte del artículo 168, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante los tribunales. Para el libramiento de orden de aprehensión, éstos se ajustarán a lo previsto en el artículo 16 constitucional y en el 195 del presente Código".

El artículo 4° del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece a su vez, que si los requisitos que señala el artículo 16 constitucional "aparecieran ya comprobados en el acta de policía judicial, el Ministerio Público la turnará al juez solicitando dicha detención".

Cierto es que los Códigos procesales mencionados no exigen solemnidad alguna para el acto de consignación y la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha dicho que "Ninguna ley establece una solemnidad especial

⁵⁸ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. op. cit. p. 44

para formular la acción penal; basta con que el Ministerio Público promueva la incoacción de un proceso para que se tenga por ejercitada la acción penal relativa".⁵⁹

Si la averiguación previa, como ya expusimos anteriormente, tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción penal y si esta "preparación" consiste en satisfacer los requisitos legales necesarios o presupuestos de la acción penal que también ya hemos señalado, nos parece lógico que el contenido del acto de consignación, sea el siguiente:

a) Determinación del Ministerio Público de consignar la averiguación previa, en ejercicio de la acción penal;

b) Indicación del Juez o tribunal ante quien se hace la consignación;

c) Señalamiento del sujeto o sujetos contra quienes la acción penal se ejercita;

d) Señalamiento de los hechos delictuosos que motivan el ejercicio de la acción penal y su clasificación legal;

e) Pedimento para que se libre la orden de aprehensión correspondiente o, en su caso de que el inculcado se

⁵⁹ Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. op. cit. p. 1031

encuentre ya detenido, la expresión del lugar en el cual el Ministerio Público lo deja a disposición de la autoridad judicial y

f) Expresión del lugar en el cual en su caso el Ministerio Público deja a disposición de la autoridad judicial, los objetos o instrumentos relacionados con el delito o bien, la diversa autoridad bajo la que en resguardo o depósito quedan aquéllos.

En relación a los puntos antes señalados, cabe hacer el comentario correspondiente a efecto de lograr su justificación:

a) Por lo que hace a la determinación del Ministerio Público de consignar la averiguación previa, en ejercicio de la acción penal, consideramos que debe regirse, en nuestro sistema procesal, por los principios de oficiosidad y de legalidad, es decir, que el Ministerio Público debe ejercitar la acción penal siempre que se haya logrado probar la existencia material de un delito y los demás presupuestos necesarios, en virtud de propia determinación y sin atender para nada a la utilidad que de dicho ejercicio pueda derivarse, a la conveniencia de ejercitar o no la acción penal; porque estos principios encierran una mayor garantía de justicia.

La determinación del ejercicio de la acción penal no es un acto completo; para que produzca sus efectos necesita de la aquiescencia de la jurisdicción. El Lic. Matos Escobedo ha dicho que "Acción penal y proceso penal se necesitan mutuamente. Son instrumentos Jurídicos que integran la unidad de realización concreta de la justicia punitiva. Ciertamente es que la vida del proceso está inspirada y fecundada por la acción, pero ésta, en cambio, considerada por Massari como "actividad meramente procesal", necesita del ámbito del proceso para desarrollarse y cumplir sus fines... De ahí, un mutuo sostenimiento y una coexistencia de simbiosis entre la acción penal y la jurisdicción penal. Funciones separadas y autónomas, sin duda; sin embargo, una requiere la presencia de la otra y tienen una misma fuente y un mismo fin, que es el derecho estatal de castigo hecho realidad cuando, frente al delito, pasa de la fuerza potencial de la norma substantiva a la vida actuante de la función penal".⁶⁰

b) En el acto de consignación, el Ministerio Público debe indicar ante qué Juez o tribunal ejercita la acción penal. Consideramos que la acción penal debe ejercitarse ante el tribunal objetivamente competente para aplicar la ley en el caso concreto.

⁶⁰ MATOS ESCOBEDO, Rafael. El Juicio de Amparo contra la Indevida Inercia del Ministerio Público. 3ª edición. Trillas. México, 1990. p. 208

c) La acción penal sólo es lícito ejercitarla en contra de una persona física, "individualizada", el Ministerio Público debe expresar en contra de quien ejercita dicha acción, señalando de ser posible, los nombres de los sujetos, u otros datos que faciliten su identificación.

d) El Ministerio Público debe señalar en su consignación los hechos delictuosos que imputa al indiciado y que motivan el ejercicio de la acción penal, haciendo la clasificación legal de ellos, si bien, esta clasificación, tiene el carácter de provisional, de formal prisión.

e) Para que el juez pueda dictar orden de aprehensión en contra del inculcado, es requisito indispensable que el Ministerio Público así lo pida, pues, en caso contrario, dicha orden es violatoria de garantías.

Cuando el presunto responsable se encuentre detenido, el Ministerio Público debe ponerlo a disposición de la autoridad judicial, indicando el lugar donde sufra la detención.

f) El Ministerio Público debe de señalar de manera precisa, en el pliego de consignación, en su caso, el lugar o lugares en que hayan de quedar en depósito los objetos o instrumentos que en forma alguna guarden relación con el delito para que el juez del conocimiento pueda legalmente disponer de ellos -restituir los bienes a sus legítimos

propietarios; efectuar peritajes solicitados por el inculpado, el Ministerio Público y en algunos casos por el propio juzgador; ordenar su decomiso, destrucción, etc.- así como manifestar, la o las autoridades que hayan de tener a aquellos bajo su custodia.

CAPÍTULO VI**LA CONCLUSIÓN Y SU IMPORTANCIA EN LA AVERIGUACIÓN
PREVIA**

Para llevar a cabo la audiencia final de primera instancia, y luego la sentencia, o bien, para decretar el sobreseimiento de la causa, las partes, previamente ejecutarán los actos procedimentales llamados conclusiones, mismas que por mandato expreso de la ley pueden dar lugar a diversas hipótesis trascendentales en cuanto al proceso y a sus intervinientes.

Desde el punto de vista gramatical la palabra conclusión procede del verbo concluir o sea llegar a determinado resultado o solución, por eso, desde el punto de vista jurídico las conclusiones son actos procedimentales realizados por el Ministerio Público, y después por la defensa, con el objeto, en unos casos, de fijar las bases sobre las que versará el debate en la audiencia final y en otros, para que el Ministerio Público fundamente su pedimento y se sobresea el proceso.

Conforme a la legislación mexicana, las conclusiones se formularán una vez cerrada la instrucción. Para estos fines habrá que atender al tipo de procedimiento ya sea sumario u ordinario. Para tener un mejor panorama de lo expuesto

considero oportuno, precisar lo siguiente.

a) El No Ejercicio de la Acción Penal.

Esta situación, generalmente se presenta cuando se termina la averiguación previa que es cuando el Ministerio Público considera que con las diligencias practicadas no se ha logrado comprobar la existencia material del hecho delictuoso ni hay datos suficientes para probar la responsabilidad de un sujeto y es, precisamente aquí cuando determina el no ejercicio de la acción penal porque si bien es cierto que cuando el hecho delictuoso se presenta con cuestiones no bien definidas, se debe dejar al Ministerio Público cierto margen de libertad en lo que hace al ejercicio o no ejercicio de la acción penal, facultad cuya justificación está en evitar acusaciones infundadas y, por tanto, superfluas, y en lograr el acrecentamiento del prestigio del Ministerio Público, la resolución del no ejercicio de la acción penal, aún considerada con absoluta objetividad, puede contener un error de apreciación ya que, como toda obra humana, es susceptible de equívoco, principalmente cuando se adopta el sistema del monopolio de la acción penal por el Ministerio Público.

De ahí deriva la necesidad de encontrar un medio de control que garantice que el Ministerio Público ejercitará la acción penal siempre que se satisfagan los presupuestos

jurídicos y que, cuando decida no ejercitarla tal resolución esté legalmente fundada.

b) Control del No Ejercicio de la Acción Penal en el Extranjero.

En diversas legislaciones extranjeras se ha abordado la problemática del ejercicio y control de la acción penal por parte de otros órganos estatales, de índole jurisdiccional, constitucional y administrativa, así encontramos que el ejercicio y control de la acción por el concurso de órganos jurisdiccionales en "FRANCIA opera por el principio tout juge est procureur général, existe la persecución de oficio por el tribunal de apelación cuando el Ministerio Público no actúe. Tal derecho se refiere tan sólo a la fase inicial de la acción; el ejercicio posterior se hace por el Ministerio Público, que la sigue en el proceso".⁶¹

En Alemania, existe un doble control; jerárquico y jurisdiccional. El lesionado por el hecho delictivo tiene la facultad de presentar el recurso jerárquico en el mismo momento en que vea la inercia del Ministerio Público y, de no obtener éxito, tiene también la facultad de pedir a la autoridad jurisdiccional que resuelva sobre la pertinencia de la acción penal.

⁶¹ MEZGER, Edmundo. Derecho Penal. 6ª edición. Fondo de Cultura Económica. México, 1982. p. 218

Tanto en Francia como en Alemania , existe también el concurso de órganos administrativos en el ejercicio de la acción, en donde determinadas administraciones públicas ejercitan en lugar del Ministerio Público, o junto con él, la acción penal. Esto por infracciones a las leyes de aduanas, aguas y arbolado, impuestos, tasas, correos y telégrafos, etc.

En Francia, a los sindicatos se les da el derecho de ejercitar la acción penal, fuera del control del Ministerio Público, y el poder que a dichos sindicatos se les ha conferido ha ido aumentando en forma cada vez más amplia.

"En Austria, el control está confiado totalmente a la parte lesionada (parte civil), la cual puede ejercitar la acción privada subsidiaria, como sustituto del fiscal, cuando éste se abstenga, o como continuador de la misma, cuando la abandone".⁶²

En España, la acción penal es pública, pero el particular querellante sólo substituye al Ministerio Público en causas por delitos "privados", en otros casos, particular y Ministerio Público actúan conjuntamente y, en hipótesis de perdón del ofendido por delito público, el Ministerio Público continúa ejercitando la acción.

⁶² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. 9ª edición. Porrúa. México, 1995. p. 314

En Italia, el pretore, en los delitos para cuyo conocimiento tiene competencia propia, procede por citación directa o por decreto, y aún por citación directísima, impulsando así la acción en el sumario.

Por otra parte, encontramos, que el concurso de órganos constitucionales en la persecución de los delitos está establecido en general en todos los países, por lo que respecta a los delitos cometidos por altos funcionarios del Estado (Rey, Presidente, Ministros, etcétera), siendo por regla la Cámara de Diputados la que acusa ante el Senado constituido en Alta Corte de Justicia.

Queda así establecido como el monopolio en el ejercicio de la acción penal, por el Ministerio Público, sufre interferencias por parte de particulares y de otros órganos estatales; y que si bien es de criticarse la intervención directa de los particulares, en el ejercicio de la acción (no así como control de las actividades del Ministerio Público, a través de órganos jurisdiccionales), por el contrario, es benéfico que a través de órganos estatales se ponga un freno a las funciones del Ministerio Público, evitando así se salga de su órbita normal, en detrimento del estricto cumplimiento de sus funciones.

c) El No Ejercicio de la Acción en Nuestra Legislación y su Control.

En nuestro derecho positivo vigente, se encuentra establecido un control jerárquico, puramente interno, cuya eficacia es dudosa. El Procurador (tanto del Distrito como en materia federal), a través de sus auxiliares, es quien resuelve en definitiva, sobre el ejercicio o no ejercicio de la acción penal, en este último sentido, de confirmarlo no existe recurso alguno establecido por la ley para combatir dicha resolución. Al respecto el Acuerdo 4/84, SOBRE LA RESOLUCIÓN DE NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL emitido por la Procuraduría General de la República en el cual se dan instrucciones precisas sobre la forma de actuar, durante la averiguación previa, en los casos en que proceda resolver el no ejercicio de la acción penal demuestra que, el control de la acción penal es interno y el particular ofendido por el delito tiene una oportunidad, muy limitada, de intervenir en la actividad indagatoria del Ministerio Público, y esto sucede cuando el Representante Social Investigador de los delitos cita al denunciante, querellante u ofendido para notificarle acerca del proyecto de acuerdo (del no ejercicio de la acción penal), y le concede un plazo de quince días hábiles, contados a partir de la fecha en que surta efectos la notificación para que este presente por escrito las observaciones procedentes, en el mismo Acuerdo 4/84, se establece que cuando el denunciante, querellante u ofendido

desvirtúe la causa en que se apoye el proyecto de acuerdo de no ejercicio de la acción penal, este quedará sin efecto y se continuará la integración de la averiguación previa. Consideramos conveniente señalar, que la participación del denunciante, querellante u ofendido es limitada, ya que su intervención se reduce a presentar observaciones respecto del proyecto de Acuerdo de no ejercicio de la acción penal emitido por el Ministerio Público - no a controlar la actuación de éste - quien de suyo sabemos, es un órgano técnico y por ende, es el indicado para con apoyo en la Ley, agote los medios y recursos necesarios para la debida integración de la averiguación previa, y cuando determine que procede el no ejercicio de la acción penal, éste acuerdo se encuentre debidamente fundado y motivado, situación que se presenta normalmente, cuando se han agotado los medios establecidos en la ley respectiva para la etapa indagatoria, y deviene en ineptitud o negligencia en el Representante Social Investigador, cuando el denunciante, querellante u ofendido con las observaciones que presenta, desvirtúa el proyecto de acuerdo de no ejercicio de la acción penal, esto repetimos, denota una actividad ineficiente del Ministerio Público en la persecución de los delitos más no, un medio de control en el actuar del Representante Social, ya que aún en el supuesto de que las observaciones formuladas por el denunciante, querellante u ofendido fueren en su caso suficientes para desvirtuar el proyecto de acuerdo de no ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público podría

discrecionalmente, opinar que resultan intrascendentes, y el denunciante, querellante u ofendido estará supeditado a la decisión del superior jerárquico del Representante Social Investigador de los delitos, quien en definitiva resolverá la procedencia o abstención de la acción penal, en contra de esta última resolución, no existe recurso alguno que ejercitar por parte del denunciante, y así lo establece el propio Acuerdo 4/84, al señalar que una vez resuelto en definitiva el no ejercicio de la acción penal, se enviará el expediente al archivo.

La Procuraduría General de la República, en cumplimiento a las normas establecidas para el mejor despacho del servicio público, expidió el ACUERDO POR EL QUE SE DELEGA LA RESOLUCIÓN DEL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN EL CONTRALOR INTERNO, EL VISITADOR GENERAL Y LOS DELEGADOS DE CIRCUITO, el cual se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de noviembre de 1987, y señala el propio Acuerdo, que con anterioridad sólo el Procurador podía resolver el no ejercicio de la acción penal y que la excesiva concentración de atribuciones ya no resultaba consecuente con la necesidad de atender los asuntos a cargo de la Procuraduría en forma expedita, preferentemente en el lugar en el que la necesidad de atención se produce; como puede observarse, el Acuerdo de referencia se expidió con la finalidad de hacer más expedita la impartición de justicia y aligerar la carga de trabajo del C. Procurador más no, como

un medio de control para resolver el no ejercicio de la acción penal, ya que conforme al acuerdo que nos ocupa, sólo para el caso de que el Delegado de Circuito y el agente auxiliar sustenten opiniones diversas en un asunto sujeto a resolución será, la Dirección Técnica Jurídica quien resolverá en definitiva, ésto podría verse como un medio de control en el actuar del Ministerio Público, pero de ser así, resulta un control puramente interno de la Institución, la cual al resolver en definitiva el no ejercicio de la acción penal, deja sin recurso alguno al denunciante, querellante u ofendido para impugnar tal resolución.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en su artículo 17, señala que "... los servidores públicos que puedan sustituir al Procurador, serán nombrados y removidos libremente por el Presidente de la República. Los sustitutos antes mencionados deberán reunir los requisitos exigidos para ser Procurador General de Justicia del Distrito Federal". En concordancia con lo anterior en el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República el artículo 19, establece las atribuciones de la Dirección General de Delegaciones y señala expresamente en la fracción IV, "Por delegación del Procurador, el Director estará facultado para autorizar el no ejercicio de la acción penal, previo dictamen de los Agentes del Ministerio Público Federal Auxiliares de Procurador".

El artículo 19 del Reglamento en cita, nos indica que

las delegaciones de Circuito son órganos desconcentrados de la Procuraduría General de la República, que actúan con la competencia territorial que determine el Procurador, para el ejercicio de las siguientes atribuciones, por acuerdo del propio titular de la dependencia; entre esas atribuciones delegadas por el Procurador, en la fracción IV, se encuentra la de autorizar el no ejercicio de la acción penal previo dictamen que presente el Ministerio Público Federal Auxiliar, salvo en los casos en que el Subprocurador de Procedimientos Penales, o el Director General de Delegaciones ejerzan esa atribución dentro de los límites que el Reglamento y el Procurador les señalen.

Dentro de las atribuciones de la Dirección Técnica Auxiliar, en la fracción IV del artículo 21 del Reglamento de referencia, se encuentra la de "dictaminar para su aprobación, por conducto de los Agentes del Ministerio Público Auxiliar los casos de no ejercicio de la acción penal...".

"El Subprocurador de Procedimientos Penales dentro de las atribuciones delegadas por el Procurador posee la de autorizar, previo dictamen de los Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador, los casos de no ejercicio de la acción penal, según lo establecido en la fracción IV

del artículo 40 del Reglamento citado".⁶³

Dentro de las atribuciones conferidas a la Dirección General de Averiguaciones Previas, se encuentra en la fracción VI, del artículo 41 del Reglamento, la de "Turnar a la Dirección General de Delegaciones los expedientes con el respectivo proyecto de acuerdo fundado y motivado, en los casos de no ejercicio de la acción penal".

El Subprocurador de Investigación y Lucha Contra el Narcotráfico, de acuerdo a las atribuciones que le son otorgadas por la fracción III del artículo 56 del Reglamento aludido, podrá "Autorizar, por delegación del Procurador y previo dictamen de los Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador, en tratándose de delitos en materia de estupefacientes y psicotrópicos, los casos de no ejercicio de la acción penal..." El artículo 58 del Reglamento, contempla las atribuciones de la Dirección de Averiguaciones Previas en materia de Estupefacientes y Psicotrópicos y establece en la fracción V, la de "Turnar a la Dirección de Delegaciones los expedientes con el respectivo proyecto de acuerdo fundado y motivado de los casos de no ejercicio de la acción penal", hemos hasta aquí, expuesto lo que corresponde a la jurisdicción federal en lo relativo al no ejercicio de la acción penal conforme a la Ley

⁶³ PALACIOS, Ramón. La Cosa Juzgada. 5ª edición. Porrúa. México, 1993. p. 326

Orgánica de la Procuraduría General de la República y su Reglamento.

En el fuero común, la Institución del Ministerio Público del Distrito Federal, está presidida por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal mismo que tiene el carácter de representante social, las atribuciones a él contenidas, las ejerce personalmente o por conducto de sus auxiliares conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en el artículo 2°, el artículo 3° fracción X señala "que en la Averiguación Previa le corresponde al Ministerio Público no ejercitar la acción penal y la misma fracción, enuncia las causas por las cuales el representante social no ejercerá la acción penal".

En el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, el artículo 8°, establece que las atribuciones del Procurador General de Justicia del Distrito Federal podrán ser delegadas en los Subprocuradores y entre ellas la fracción II, señala la de resolver los casos en que proceda pedir el no ejercicio de la acción penal, esto en concordancia con lo preceptuado en la fracción IX del artículo 7° del Reglamento en cita.

Conforme a lo dispuesto por el Reglamento, dentro de las atribuciones de la Dirección General de Asuntos Jurídicos se

ecuentra la de dictaminar en los asuntos en que el Procurador o por delegación de éste los Subprocuradores deben decidir sobre la procedencia del no ejercicio de la acción penal, según lo dispuesto en la fracción II del artículo 15.

Tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 17 del Reglamento, la Dirección General de Control de Procesos Penales, podrá remitir a la Dirección General de Asuntos Jurídicos las averiguaciones previas en las que, después de opinar que no procede el ejercicio de la acción penal, la Dirección General de Averiguaciones Previas reitera su acuerdo de la procedencia de ejercitarla, a fin de que aquella dirección resuelva lo conducente.

Con base en los artículos 4° y 5°, fracción X de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y 9°, 10, 17 y 24 del Reglamento Interior de la misma dependencia se expidió el ACUERDO POR EL QUE SE DELEGAN FACULTADES EN LOS SUBPROCURADORES DE AVERIGUACIONES PREVIAS Y DE PROCESOS, EN RELACIÓN A LA AUTORIZACIÓN DEL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL, el cual según el artículo 1°, deja sin efectos el acuerdo del C. Procurador General de Justicia del Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de febrero de 1988, por medio del cual se delegaban de manera exclusiva, facultades de autorización en los expedientes en los que se determina el no ejercicio de la

acción penal en el Subprocurador de Procesos. En el artículo 2° del Acuerdo en cita, se delegan en los Subprocuradores de Averiguaciones previas y en el de Procesos, las atribuciones reglamentarias para autorizar la determinación del no ejercicio de la acción penal, a que se refiere el artículo 5°, fracción XVI y último párrafo del Reglamento Interior de la dependencia, dicho Acuerdo quedó sin efectos en razón de haber entrado en vigor el nuevo Reglamento Interno de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal el 12 de enero de 1989 y en consecuencia modificó el artículo 5°, fracción XVI.

En el Diario Oficial de la Federación, se publicó el día 6 de febrero de 1989 el ACUERDO DEL PROCURADOR GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL POR EL QUE SE DAN INSTRUCCIONES A LOS AGENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO QUE INTEGREN AVERIGUACIONES PREVIAS POR CUALESQUIERA DE LOS ASUNTOS DE SU COMPETENCIA, estableciendo en su artículo 4°, que, de determinarse por la Dirección de Consignaciones o jefe de Departamento de Sector el no ejercicio de la acción penal en las averiguaciones previas de mérito, aquellos las remitirán, directamente, a la Dirección General de Asuntos Jurídicos para su trámite legal correspondiente.

Hasta aquí hemos expuesto diversas reglas aplicables al no ejercicio de la acción penal establecidas en nuestra legislación (común y federal), de las que inferimos que los

cambios que ha experimentado nuestra sociedad, plantean nuevos retos que obligan a las autoridades a revisar permanentemente los sistemas, normas y procedimientos sobre procuración e impartición de justicia, con el fin de hacerla más expedita, accesible, objetiva e imparcial. Por tal razón la Institución del Ministerio Público como un todo orgánico e indivisible, en ejercicio de sus facultades, promueve la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia a favor de la sociedad, toda vez que el propio Ministerio Público, en su carácter de Representante Social debe velar en todo momento por un régimen de estricta legalidad, y preservar las garantías individuales de los particulares, por lo que, en el lapso que nos ocupa, se han promovido medidas legales y administrativas que tienden al fortalecimiento de un derecho penal sustantivo y adjetivo más realista y eficaz, a fin de que la institución del Ministerio Público de cumplimiento cabal a los mandatos constitucionales de la pronta, expedita y debida procuración de justicia, así como respeto irrestricto a los principios de legalidad y seguridad ciudadana, dentro de un marco jurídico sustantivo, adjetivo, orgánico y reglamentario, sin embargo, observamos que aún con la constante inquietud de adecuar a las necesidades del país los sistemas jurídico-administrativos, no se ha logrado crear un efectivo control sobre el actuar del Representante Social al resolver sobre en no ejercicio de la acción penal, toda vez que el "control" sigue siendo puramente interno (jerárquico-administrativo), cuya eficacia

dicho sea con todo respeto, resulta dudosa. Por tanto se hace indispensable un control constitucional de las actividades del Ministerio Público, en el caso de que se abstenga de ejercitar la acción penal en un caso determinado.

d) Necesidad de Control Externo del No Ejercicio de la Acción Penal.

Encontramos que existiendo entre nosotros el monopolio de la acción penal, la doctrina mexicana ha expuesto la necesidad de encontrar un sistema de control de mayor eficacia para la actitud abstencionista del Ministerio Público, que garantice, en todo caso la actuación correcta de éste.

Así, el señor Licenciado Piña y Palacios, "propone erigir en garantía social el derecho que tienen la sociedad de que se le repare el daño causado por el ilícito, agregando un nuevo capítulo a la Constitución que se llamaría De los Derechos de la Sociedad, para emplear una técnica parecida a la del juicio de amparo y con ella La Suprema Corte pudiera intervenir en el examen y decisión de si la garantía había sido o no violada por la abstención del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal..." pudiendo ocurrir en este caso el ofendido o cualquier ciudadano que tuviera conocimiento de la violación, como miembros de la Sociedad, como interesados en que esa Sociedad de la que forma parte,

se le repare el daño que le ha causado el delito. De esta manera, sería la Sociedad misma, por medio de uno de sus miembros, ya que ésta, revisando el procedimiento, decidiera si existía o no la violación".⁶⁴

El Doctor Rafael de Pina, rechaza la procedencia del amparo para la solución del problema que nos ocupa y considera que se ha interpretado erróneamente el artículo 21 Constitucional, porque "Al referirse a la persecución de los delitos se limita a decir que incumbe al Ministerio Público, sin que otorgue a esta incumbencia carácter exclusivo, por lo que no existe obstáculo constitucional alguno para una reforma a los Códigos procesales penales que permita el ejercicio de la acción de parte, con las garantías que se estiman precisas y concluye proponiendo acabar con el monopolio de la acción atribuido al Ministerio Público, y que puede ejercitarse aún en el caso de desistimiento de éste, o, bien, otorgar al Ministerio Público la primacía para el ejercicio de la acción, pero reservando a los perjudicados directamente por el delito el derecho de ejercerla cuando el Ministerio Público no lo haga por cualquier motivo".⁶⁵

A la solución del Doctor de Pina podría aplicarse la crítica de Florián, "que considera actualmente inadmisibles la

⁶⁴ PIÑA Y PALACIOS, Javier. op. cit. p. 352

⁶⁵ DE PINA, Rafael. Derecho Procesal Penal. 4ª edición. Porrúa. México, 1993. p. 238

intervención de particulares en el ejercicio de la acción penal, porque no existen hoy las condiciones psicológicas, sociales y políticas que en otro tiempo explicaban el que se dejase a los ciudadanos la función de ejercer la acción penal. Por otra parte, cada vez se va abriendo más paso la concepción pública del proceso penal, por lo que no está justificado ni siquiera que se consienta tal ejercicio al lesionado, porque por ese hecho se introduce en el proceso un elemento de indudable carácter privado..."⁶⁶

Diversos tratadistas mexicanos consideran que el juicio de amparo puede ser el remedio a esta anomalía. Si el juicio de garantías ha servido, en el Derecho Mexicano, para mantener el "control" de la constitucionalidad y legalidad de los actos de toda clase de autoridades ¿porqué los actos autoritarios del Ministerio Público van a escapar de ese control? Sin embargo, la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación se negaba a admitir la procedencia del amparo contra dichos actos, estableciendo la siguiente jurisprudencia:

"Conforme al artículo 21 de la Constitución, el ejercicio de la acción penal compete exclusivamente al Ministerio Público como representante de la Sociedad y no a los particulares. De esto se deduce que dicha acción no está

⁶⁶ Ibidem. p. 240

ni puede estar comprendida en el patrimonio de éstos, ni constituye un derecho privado de los mismos. En tal virtud, la procedencia del ejercicio de esta acción por parte del Ministerio Público, aún en el supuesto de que sea susceptible de juzgarse indebida, lesionaria, en último caso, el derecho social de perseguir los delitos, lo cual sería motivo para seguir un juicio de responsabilidad, pero de ninguna manera daría materia para una controversia constitucional, pues de establecerse lo contrario, es decir, de conceder el amparo, éste tendría por objeto obligar a la autoridad responsable a ejercer la acción penal, lo cual equivaldría a dejar al arbitrio de los Tribunales de la Federación, la persecución de los delitos, como que no está dentro de sus facultades".⁶⁷

En la Tesis Jurisprudencial número 689, publicada en la página 1229, del Vol. IV, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, de la jurisprudencia contenida en los fallos de 1917 a 1954, se establece también que el Ministerio Público:

"Cuando ejercita la acción penal en un proceso, tiene el carácter de parte y no de autoridad y, por lo mismo, contra sus actos, en tales casos, es improcedente el juicio de garantías, y por la misma razón, cuando se niega a ejercer la

⁶⁷ Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. op. cit. p. 693

acción penal. Las facultades del Ministerio Público no son discrecionales, puesto que debe obrar de modo justificado y no arbitrario, y el sistema legal que garantice a la sociedad el recto ejercicio de las funciones de esa institución, puede consistir en la organización de la misma, y en los medios de exigirle la responsabilidad consiguiente, y si los vacíos de la legislación lo impiden, esto no es motivo para que se viole lo mandado por el artículo 21 constitucional".

En un interesante estudio, publicado en la Revista Criminalia (Número 5, Mayo de 1957), titulado El Juicio de Amparo contra la Indebida Inercia del Ministerio Público el Licenciado Rafael Matos Escobedo, se enfrenta decididamente al problema y después de rechazar el llamado control interno, por ineficaz, considera que "El doble control, interno y administrativo en su primera fase, y en la segunda jurisdiccional, ofrece la mejor garantía de legalidad. Permite una oportunidad al Ministerio Público para que, en vía jerárquica -supuesta una razonable independencia de acción de los funcionarios de la institución- rectifique su actitud y, a lo último, da acceso a la autoridad judicial para someter a un nuevo examen la determinación inacusatoria posteriormente agrega; No se necesita devanarse mucho los sesos para pensar que el Poder Judicial Federal, en su natural y privativa función de control de la legalidad de los actos del poder público, es el indicado por excelencia para conocer de las impugnaciones contra la actitud abstencionista

del Ministerio Público, por medio del juicio de amparo, sin hacerse acreedor a que se le señale como restaurador de la forma inquisitoria, ya que no llegará a conocer como juez ordinario".⁶⁸

Después de combatir las razones en que se apoya la Jurisprudencia de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación para negar a procedencia del amparo en estos casos, concluye Matos Escobedo que "el control externo de esas actividades es el único positivamente satisfactorio, y si el juicio de amparo resiste con éxito cualquiera imputación de retroceso al sistema inquisitorial, ya que el tribunal de garantías jamás actúa como jurisdicción penal, es llegado el tiempo de extender su actuación a un capítulo de funciones públicas que ha venido cobijándose en las sombras de la absolutismo extraño al orden institucional del país".⁶⁹

En otro interesante artículo el Licenciado Rafael Matos Escobedo, señala que "Si la negligencia o voluntaria abstención del Ministerio Público frente a un hecho delictuoso, causa perjuicio en los intereses patrimoniales del ofendido, y esa abstención es susceptible de considerarse indebida, con perdón del criterio vigente en la Primera Sala se debe creer que si da materia a una controversia

⁶⁸ Revista Criminalia. Mayo 5. México, 1957. p. 73

⁶⁹ Ibidem. p. 75

constitucional, independientemente de que también la proporcione para instaurar un juicio de responsabilidad que mire a la posición de la autoridad omisa y no a los derechos del damnificado. Y es que la abstención produce dos violaciones: la del derecho social de castigar -que da materia a un juicio de responsabilidad-, y la del derecho que el ofendido tiene a la reparación del daño, violación ésta que debe ser materia de un control jurisdiccional".⁷⁰

De manera que debe establecerse la procedencia del juicio de amparo, contra actos del Ministerio Público que se niega a ejercitar la acción penal, ya que si bien la Constitución establece como un deber ineludible que tiene que cumplir, y no como un derecho que ingresa a su patrimonio personal, y menos estableciendo la posibilidad de que con dicha función se prive de su patrimonio a los ofendidos por el delito.

La idea de la procedencia del amparo, en los casos en que el Ministerio Público no ejercite la acción penal, no es nueva, pues ya el artículo 26 de la Ley del Ministerio Público Común de 1919, establecía el recurso extraordinario de amparo, contra la resolución del Procurador General de Justicia que decidía no presentar acusación por los hechos que un particular hubiere denunciado como delitos. Por

⁷⁰ MATOS ESCOBEDO, Rafael. op. cit. p. 239

desgracia esta disposición desaparecía en las sucesivas Leyes Orgánicas posteriores.

La procedencia del juicio de amparo contra actos abstencionistas, pero autoritarios, del Ministerio Público, queda manifiesta en diversas ejecutorias que contradicen la negativa de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la procedencia del juicio constitucional en esos casos, como ejemplo transcribimos la siguiente:

"MINISTERIO PÚBLICO, amparo contra sus actos. Si el artículo 21 de la Constitución establece que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, y que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial que está bajo su autoridad, y si el Ministerio Público, por imperativo legal, tiene una doble función al intervenir en la persecución de los delitos, ya como autoridad al practicar diligencias previas y, dentro de éstas, comprobar el cuerpo del delito y asegurar al delincuente, o al abstenerse de ejercitar tales actos; o ya como parte pública cuando ejercita la acción penal ante los tribunales, para el castigo del culpable, y la civil, en representación de la víctima, del delito y del mismo Estado, el amparo en el primer caso es procedente, supuesto que en él ejerce el Ministerio Público funciones con imperio y decisión, y no lo es en el segundo, porque las que ejercita están sujetas a la estimación de la autoridad judicial. La

justificación de esta interpretación de funciones del Ministerio Público no pueden ser más atinada, si se advierte que aún el artículo constitucional comentado, divide en forma categórica las actividades de imperio de la autoridad judicial y del Ministerio Público; las de aquélla, como exclusiva para la imposición de las penas, y las de éste, como a quien incumbe la persecución de los delitos. El empleo del transitivo "persecución" y del tiempo verbal neutro "incumbe", uno y otro empleados en la redacción del artículo citado, denotan que la acción del Ministerio Público es ya, de por sí, imperativa, supuesto que está a cargo de él o en su obligación, ejercer esa persecución. Pero si esta acción es función de imperio, al igual que la del juez, en cuanto ejerce la de imponer penas, y la de este último está sujeta al control, en final término y por provenir de autoridad, del juicio de garantías, no obstante su exclusividad, cuánto más debe estarlo aquélla que no siendo exclusiva, sino sólo de su incumbencia, es proveniente también de autoridad. De aquí procede concluir que si el Ministerio Público no intenta la acción penal, porque su voluntad de ejercer la función persecutoria no se inclina a ello, su acto decisivo, aun cuando de calidad negativa, debe estar sujeto, por los efectos positivos que entraña, o una revisión, a un control constitucional que permita apreciar si aquél se estructuró o no con apego a los presupuestos de legalidad. Lo contrario equivaldría a ampliar las facultades del Ministerio Público a órbitas que el artículo 21

constitucional no concentra en él y a darle una primacía de imperio y de acción decisoria, superiores a las que el texto aludido confiere a la autoridad judicial supervisada por el juicio constitucional, no obstante que la facultad que el artículo citado otorga, le es propia y exclusiva".⁷¹

En nuestro concepto, la existencia de un doble "control" sería la más efectiva: el jerárquico, interno y ordinario, ya establecido, que puede tener eficacia en tanto no se mezclen influencias extrañas y los funcionarios del Ministerio Público procedan con absoluta probidad y, contra los errores o vicios de éste, consideramos necesaria la existencia de otro "control" externo, que bien puede obtenerse, como ya lo ha señalado en algunas tesis la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, por medio del juicio de amparo contra los actos autoritarios del Ministerio Público, al hacerlos pasar por el tamiz de la constitucionalidad, entre cuyos actos figura, de manera principal, la resolución del no ejercitar la acción penal.

⁷¹ Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. op. cit. p. 1543

CONCLUSIONES**PRIMERA:**

El período de averiguación previa, en el Procedimiento Penal Mexicano, está delimitado del acto por el cual la autoridad investigadora tiene conocimiento de la existencia de un hecho que se presume delictuoso, al acto por el cual el Ministerio Público, en ejercicio de la acción penal, hace la consignación al tribunal correspondiente.

SEGUNDA:

Para proceder al ejercicio de la acción penal, es necesario satisfacer previamente los "presupuestos" indispensables a ese ejercicio y que son esencialmente dos: la demostración de la existencia real de un hecho delictuoso y la determinación de la persona a quien se imputa.

TERCERA:

La averiguación previa es producto de la función investigadora de los delitos o función de policía judicial que, en nuestro sistema de derecho, debe realizar el Ministerio Público, conforme a lo mandado por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CUARTA:

El contenido de la averiguación previa está constituido por el conjunto de diligencias que deben practicar el Ministerio Público para la comprobación del hecho que se presume delictuoso y la identificación del sujeto o sujetos a quienes se imputa.

QUINTA:

Los sujetos del conocimiento de la averiguación previa deben ser funcionarios del Ministerio Público, con la colaboración de los miembros de la policía judicial y demás auxiliares que expresamente señalen las leyes, actuando estos últimos sólo en los casos y condiciones que las propias leyes determinen y siempre bajo el control de los funcionarios del Ministerio Público. La "policía judicial", debe entenderse como una función investigadora que se orienta a descubrir los delitos y a identificar a sus autores.

SESTA:

Es necesario y urgente, para que pueda lucharse eficazmente contra la delincuencia, crear en México una Policía Científica de Investigación Criminal, con un personal seleccionado, debidamente preparado y dotado de los medios científicos modernos para la

investigación de los delitos, para que coadyuve con el Ministerio Público en el desempeño de la función judicial, misión para la que está constitucionalmente llamada.

SÉPTIMA:

La averiguación previa, debe practicarla el Ministerio Público y no los jueces penales, de acuerdo con los motivos que inspiraron el artículo 21 de nuestra Carta Magna, por lo que la primera parte del artículo 4° del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que faculta a los Ministerios Públicos a practicar diligencias de averiguación previa, es inconstitucional y debe procederse a su reforma.

OCTAVA:

El funcionario que practique diligencias de averiguación previa, debe procurar, ante todo, que se compruebe el tipo penal, base del procedimiento penal mexicano. Conforme a la interpretación que se ha dado al artículo 21 constitucional, en su primera parte, por la Jurisprudencia y las leyes procesales secundarias, el ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público, exclusivamente.

NOVENA:

El ejercicio de la acción penal debe estar regido por los principios de oficiosidad y de legalidad (no discrecionalidad). El ejercicio de la acción penal ante el tribunal respectivo lo realiza el Ministerio Público por medio de un acto que, entre nosotros, recibe el nombre de "consignación".

DÉCIMA:

La ley no exige solemnidad alguna para el acto de consignación, pero en ésta debe señalarse ante que Juez se ejercita la acción penal, contra quién se ejercita y por qué hechos delictuosos. Es necesario establecer en el Derecho mexicano un sistema de "control" para los actos abstencionistas del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, que garantice la correcta y legal actuación de este.

DÉCIMA PRIMERA:

Un control externo de los actos autoritarios del Ministerio Público, entre los que figura principalmente la decisión de no ejercitar la acción penal, puede obtenerse por medio del juicio de amparo, como ya lo ha resuelto en algunas ejecutorias la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las reglas que actualmente rigen en

nuestra legislación respecto del no ejercicio de la acción penal son acertadas, pero solo, por lo que corresponde al "control" interno de la Institución del Ministerio Público.

BIBLIOGRAFÍA

ACERO, Julio. Nuestro Procedimiento Penal. 10ª edición. Porrúa. México, 1995.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 17ª edición. Porrúa. México, 1993.

CASTRO, Máximo. Curso de Procedimientos Penales. 10ª edición. Trillas. México, 1995.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 15ª edición. Porrúa. México, 1995.

DE PINA, Rafael. Derecho Procesal Penal. 4ª edición. Porrúa. México, 1993.

FLORIÁN, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. 3ª edición. Fondo de Cultura Económica. México, 1970.

FRANCO SODI, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. 9ª edición. Porrúa. México, 1995.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. 9ª edición. Porrúa. México, 1995.

GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. El Procedimiento Penal Mexicano. 17ª edición. Porrúa. México, 1995.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal. 16ª edición. Porrúa. México, 1995.

HERNÁNDEZ SILVA, Pedro. Derecho Procesal Penal. 2ª edición. Porrúa. México, 1994.

JIMÉNEZ ASENJO, Enrique. Derecho Procesal Penal. 9ª edición. Porrúa. México, 1995.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. 5ª edición. Porrúa. México, 1980.

MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. 11ª edición. Europa-América. Argentina, 1963.

MATOS ESCOBEDO, Rafael. El Juicio de Amparo Contra la Indevida Inercia del Ministerio Público. 3ª edición. Trillas. México, 1990.

MEZGER, Edmundo. Derecho Penal. 6ª edición. Fondo de Cultura Económica. México, 1982.

PALACIOS, Ramón. La Cosa Juzgada. 5ª edición. Porrúa. México, 1993.

PALLARES, Eduardo. Prontuario de Procedimientos Penales. 7ª edición. Porrúa. México, 1995.

PIÑA Y PALACIOS, Javier. Derecho Procesal Penal. 6ª edición. Fondo de Cultura Económica. México, 1994.

RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. 13ª edición. Porrúa. México, 1995.

SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. 2ª edición. Harla. México, 1994.

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 5ª edición. Porrúa. México, 1995.

LEGISLACIÓN

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL D. F.

CÓDIGO PENAL PARA EL D. F. EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL.

LEY ORGÁNICA Y REGLAMENTO INTERIOR DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA PARA EL DISTRITO FEDERAL.

LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y SU
REGLAMENTO.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

OTRAS FUENTES

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico
Mexicano. 11ª edición. Porrúa. México, 1995.

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
T. XV. Vol. II. Quinta época. Junio-Julio. México, 1993.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Vol. IV. Tesis
Jurisprudencial 723. 1917-1954.