

13
29.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ACATLAN

DIVISION DE CIENCIAS JURIDICAS

"LA DETENCION DEL INDICIADO ANTE EL
MINISTERIO PUBLICO Y EL TIEMPO QUE TIENE ESTE
PARA RESOLVER LA AVERIGUACION PREVIA
CON DETENIDO".

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
RUBEN ARENAS FUENTES

ASESOR DE TESIS: LIC. MIGUEL GONZALEZ MARTINEZ



NAUCALPAN DE JUAREZ, ESTADO DE MEXICO FEBRERO, 1998



**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

263978



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.

TESIS:

“LA DETENCIÓN DEL INDICIADO ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL TIEMPO QUE TIENE ESTE PARA RESOLVER LA AVERIGUACIÓN PREVIA CON DETENIDO”.

OBJETIVO :

“ANALIZAR LOS PRECEPTOS LEGALES EN LOS QUE SE FUNDAMENTA LA DETENCIÓN DE UNA PERSONA ANTE EL MINISTERIO PUBLICO, ASÍ COMO EL TIEMPO MÁXIMO DE ESTA CON LA FINALIDAD DE UNIFICAR EL CRITERIO Y REGLAMENTAR EN CASO DE INCOMPETENCIA EN EL FUERO.”

DEDICATORIAS

A Ustedes Jorge E. Arenas y Margarita Fuentes, mis padres en quienes siempre he depositado mi confianza, y en quienes he encontrado las virtudes y valores que hoy admiro. Por mostrarme siempre un apoyo insuperable, con profundo agradecimiento y amor.

A mis hermanos Jorge, Martha, Ramón y Alex, quienes a través de sus vivencias me han mostrado su experiencia que son un impulso al triunfo.

A ti Ricardo M. y J. Eduardo, quienes han servido como base para desear una carrera profesional exitosa, a fin de ser un digno ejemplo no solo a seguir, sino a superar.

A ti Magda G.S. mi inseparable compañera y amiga, dentro y fuera de las aulas universitarias, siempre atenta a colaborar activamente para mi superación personal y profesional, con sumo cariño, afecto y amor, mi más sincero agradecimiento.

A ti José Luis Olivares, amigo en todas las épocas y en quien siempre me he apoyado con la firme convicción de recibir lo esperado.

*Al Usted Lic. Rogelio Miguel Figueroa Velázquez,
Director General de Control de Procedimientos Penales "B" en la
PGR.- Funcionario intachable que ha sido la principal guía, inculcando
en mí el deseo y convicción de servir a la Procuración de Justicia, siempre con
energía, rectitud y honradez. Luchador tenaz de la Justicia y equidad; vaya
mi agradecimiento por compartir su vasto conocimiento y por invitarme a
formar parte de su equipo de trabajo.*

*Al Lic. Miguel González Martínez, mi agradecimiento
porque a través de su acertada asesoría, y comentarios siempre ilustrativos han
enriquecido el presente trabajo, siempre reflejando su amplia experiencia como
catedrático.*

*A la Universidad Nacional Autónoma de México,
ENEP Acatlán, por alojarme en su aulas en todo momento. A todos y
cada uno de los profesores de la División de Ciencias Jurídicas por impartir
con esmero y dedicación sus conocimientos, solo con el objetivo de formar
profesionales capaces, que respondan a las exigencias de nuestro país.*

EXPOSICION DE MOTIVOS.

A través del presente trabajo se advierte que la Institución del Ministerio Público, es básica dentro de nuestro sistema penal, el Ministerio Público es un órgano dotado de facultades autónomas y de exclusividad, dependiente del Poder Ejecutivo. Su primordial función es la persecución de los delitos, se caracteriza por ser una unidad, es decir cada Agente del Ministerio Público, no actúa en forma personal, sino que lo hace en forma Institucional, es la Institución quien investiga cada ilícito, por medio y delegando las facultades conferidas en cada Representante Social, debemos señalar que la Institución tiene una doble faceta, en la primera de ellas, actúa como autoridad, y en la segunda es parte en el proceso penal, en la primera etapa investiga el delito, inicia al tener conocimiento de un hecho delictuoso, ya sea a través de la denuncia, acusación o querrela y concluye en la consignación de la averiguación previa , la consignación no es otra cosa sino el ejercicio de la acción penal , es el impulso y solicitud de actuación del órgano jurisdiccional. La segunda etapa comprende del auto de radicación ante el Juez, hasta la sentencia firme, pasando por la primera instancia, segunda instancia y en su caso el juicio de amparo ambas faces del Ministerio Publico son complementarias en virtud que cuando una averiguación previa se resuelve ejercitando acción penal quien se encargar de aportar las pruebas conducentes dentro del proceso penal será el Ministerio Publico adscrito mas aun cuando se ha consignado con detenido toda vez el termino para

la resolución obliga a investigador a una pronta consignación y no existe el tiempo suficiente para aportar todas las constancias probatorias existentes dentro de la indagatoria, por esta razón debe existir un vinculo de coadyuvancia en las dos etapas, a efecto de lograr el firme propósito de una mejor impartición de justicia.

En la actualidad el Estado se ha visto en la imperiosa necesidad de mejorar la procuración de Justicia, puesto que la delincuencia ha ido mejorando su modus operandi, y cada vez se convierte en un complejo delictivo mayor, funcionando ya no aisladamente, sino a través de consorcios creados con el único fin de lucrar ilícitamente y en este sentido existen reformas que contribuyen al propósito citado, dentro de las cuales destacan la ampliación del termino para resolver la averiguación previa de cuarenta y ocho horas a noventa y seis horas en tratándose de delincuencia organizada cuando existan detenidos, otra reforma importante es aquella que vincula de manera más directa las fases del Ministerio Publico, esta se dio en el seno de la Procuraduría General de la República a partir del primero de enero del presente año, desapareciendo la Subprocuraduría de Averiguaciones Previas y la Subprocuraduria de Control de Procesos, creando en su lugar tres Subprocuradurias de Procedimientos Penales, la cuales supervisan de cada Estado las averiguaciones previas y los procesos penales, mediante Direcciones y Subdirecciones de zonas, esto no significa que cada Agente del Ministerio Publico de la Federación, conozca de la averiguación previa y después del proceso, sino que ahora será un solo Subprocurador quien deberá seguir la averiguación previa así como el proceso de cada asunto,

con lo que dará mayor continuidad, además de una estrategia de investigación y ofrecimiento de pruebas mas concreta.

En realidad se crearon Subprocuradurias Regionales, la cuales tienen dos Direcciones Generales, una denominada Dirección General de Procedimientos Penales y la otra Dirección General de Ministerios Públicos Especializados, en términos generales la primera de ella conoce del proceso, mientras que la segunda de las averiguaciones previas, ambas bajo el mando inmediato del Subprocurador.

No obstante el esfuerzo por parte de la Institución al mejor su organigrama interno, creemos que el esfuerzo en primer termino debe ir enfocado a una preparación constante por parte del personal ministerial, así como de sus auxiliares (Policía Judicial y Servicios Periciales); además de un mayor impulso a las especialidades dentro de la procuración de justicia, pues aunque existen programas eficientes, deben ser llevados a cabo por personal capaz y responsable a efecto de lograr los objetivos trazados.

No hemos pretendido agotar la función del Ministerio Publico, sino solo se hacen algunas consideraciones generales sobre el mismo destacando por su importancia el termino que tienen para resolver la averiguación previa con detenido, pues a nuestro juicio es un termino relativamente corto, debido a la complejidad existente para la integración de la indagatoria, sobre todo cuando se trata de delitos graves, debemos citar que esta complejidad no se resuelve únicamente con la ampliación del

termino, sino con un mejor desempeño de cada funcionario publico y de sus auxiliares inmediatos.

Un aspecto de suma importancia en relación con el termino otorgado al Ministerio Público por la Constitución Federal, y que crea una gran controversia de facto, pues en ella no se señala con precisión a partir de que momento empezara a correr el termino, por lo que surgen diversos criterios, algunos se manifiestan en el sentido que este comienza desde que el Representante Social dicta su auto de retención, algunos otros lo consideran desde el momento mismo en que la Policía Judicial detiene al indiciado, y algunos otros lo consideran desde el auto de retención, señalando que el Fuero Federal y el Fuero común son independientes, por tal razón no puede ser un solo termino para ambos fueros.

La razón que obedece para considerar que el termino corre desde el momento en que la Policía Judicial tiene conocimiento, es que esta según lo establece la Constitución General, esta bajo el mando inmediato de aquel y toda actuación que realice, debe tener conocimiento, de lo que se desprende que el investigador no puede tolerar, que sea puesto a disposición el indiciado tiempo después de la detención ; la ley señala que cuando alguien sea detenido en flagrancia de la comisión de un delito, inmediatamente debe ponerlo a disposición de la autoridad y esta con la misma prontitud al Ministerio Público; sin embargo considerar que este criterio es del todo valido, seria como considerar responsable de actos ajenos al Investigador, pues si bien es cierto que la Policía Judicial esta bajo el mando inmediato de

aquel, también lo es, que esta debe tener libertad para realizar las investigaciones solicitadas, con la única limitación que señala la ley, y no es materialmente posible que el Ministerio Público conozca todos y cada uno de los actos que realiza la Policía Judicial, pues nunca se le han conferido funciones como supervisor o algo semejante. Por otro lado atendiendo al precepto Constitucional aludido, manifiesta que ninguna detención excederá de cuarenta y ocho horas ante el Ministerio Público, y aunque la Policía Judicial es un auxiliar directo del Representante Social, no se le puede equiparar a este, por tal motivo considerar que el termino corre a partir de que la Policía Judicial tienen conocimiento, es un grave error interpretativo de la ley.

El criterio que considera que el termino de cuarenta y ocho horas, se computa desde el momento en que el Ministerio Público decreta la retención, sin hacer ninguna distinción de Fueros, tiene su fundamento en la Carta Magna, pues ella refiere al Ministerio Público sin hacer tal diferencia, y considerando que el Ministerio Público es una sola Institución, el termino es para ambos fueros (Común y Federal); es cierto que es el mismo lapso de tiempo, pero cuando existe incompetencia de un fuero a otro, se crea un conflicto, pues necesariamente el fuero incompetente para resolver requiere de tiempo, el cual según este criterio debe ser tomado en cuenta por el fuero competente; es sumamente debatida la opinión vertida, toda vez que no se puede considerar el mismo tiempo para diferentes autoridades, pues en caso contrario se caería en el error de una invasión de competencias. para mayor abundamiento señalaremos, que no puede considerarse el lapso

temporal del Ministerio Público incompetente, tenga a disposición a un indiciado , formando un solo y mismo plazo legal del que también dispusiera el Ministerio Público competente, pues que de ser así, aquel invadiría y restringiría el tiempo que la propia Constitución concede para la practica de diligencias previas a la consignación o liberación del detenido, aceptar tal criterio , seria tanto como exigir al Representante Social competente, en primer lugar que pudiera predecir si otra autoridad mantiene detenido a quien por circunstancias competenciales, podía corresponderle conocer de los hechos que se le atribuyen, pues es lógico suponer que una persona con cualidades ordinarias, ignora todo aquello que ocurre fuera de su ámbito, por lo cual es obvio que a partir del momento que oficialmente tiene conocimiento de que el inculpado queda a su disposición es cuando legalmente puede vincularse con él una relación jurídica y de responsabilidad, pues solo a partir de ese momento es cuando el Competente puede disponer legalmente del inculpado y practicar las diligencias necesarias; tampoco el Ministerio Publico competente puede exigir su intervención ante el homologo incompetente, para que aclare sus actuaciones, apremiándolo para que lo ponga a su disposición y comience a actuar legalmente, a fin de que aquella autoridad no restrinja aun mas el lapso restante a que se refiere el articulo 16 Constitucional; por ultimo tampoco seria admisible que se llegara al extremo aberrante por el alto grado de peligrosidad que reviste, de pensar que la autoridad investigadora, tuviera que ordenar la libertad del inculpado en cuya contra existentes suficientes indicios de culpa, en aras de un equivocado concepto de respeto de la garantía

Constitucional; lo cual es inconcebible, mas aun de estimar el computo de cuarenta y ocho horas apartir de que el indiciado es puesto a disposición de Ministerio Publico sea Común o Federal, se estaría autorizando veladamente a que una autoridad incompetente se abstenga de intervenir so pretexto de no vulnerar dicha garantía consagrada en favor del inculpado o bien se estaría autorizando la intromisión de facultades de una autoridad de un fuero al ámbito de otro, lo que significaría una manifiesta e inaceptable a las esferas competenciales de cada autoridad, pues es de recordar que las disposiciones legales que rigen al Fuero Común son diversas a las que rigen el Fuero Federal. De lo citado concluimos el tercer criterio, es decir que el lapso de tiempo, corre a partir de que se decreta la retención independientemente del fuero.

Quando a juicio del órgano jurisdiccional el indiciado es puesto a disposición de esa autoridad, fuera del termino señalado para el efecto, decreta la libertad del indiciado, siendo procedente que el Ministerio Público solicite la orden de aprehensión correspondiente, en la inteligencia que las declaraciones del indicado son invalidadas, pues se presume que estuvo incomunicado todo el tiempo y coaccionado según lo refiere la legislación, sin embargo sostiene la Corte que cuando estas declaraciones son corroboradas con otras pruebas tendrán plena validez, siempre y cuando sean rendidas dentro de las primeras cuarenta y ocho horas.

Vemos que en la practica no existe un criterio definido sobre si es un solo y único termino en caso de incompetencia, o cada fuero considera el termino por vía separada;

pero a pesar de la falta de uniformidad, se ha optado por parte de los juzgadores, el considerar un solo lapso de tiempo, para ambos fueros, decretando libertades a los indiciados, cuando en estos supuestos se excede del referido termino, incluso se han iniciado algunas averiguaciones previas en contra de Agentes del Ministerio Público por la comisión del delito Contra la Administración de Justicia, por computar por vía separada el plazo Constitucional; empero, el criterio que prevalece dentro de la procuración de justicia es en el sentido de no ejercitar acción penal en contra de dichos funcionarios, en primer lugar porque no esta plenamente comprobado el tipo penal, y en segundo termino y sin conceder que el tiempo debe computarse como único, la conducta del funcionario no seria dolosa, pues que el Ministerio Publico no esta sino aplicando un mandato Constitucional.

La laguna en la ley es evidente y es menester enmendarla; por esta razón, en aras de una mejor procuración y administración de justicia, debe existir una reforma al párrafo VII del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice :

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

Sin duda alguna que es preocupación no solo del Estado, sino de la sociedad en general, la impunidad de los

delitos, pues esta no es, sino un reflejo de la debilidad de un sistema penal y cada autoridad tanto de la procuración de justicia como de su impartición es responsable que aquella no se de, entonces cuando ellas no cumplen con su función encomendada, defraudan la confianza depositada. Sin embargo debemos considerar que las Instituciones se rigen por la Constitución primeramente, seguida por leyes y reglamentos, y cuando estos ordenamientos no son lo suficientemente precisos, propician la debilidad en el sistema, porque a pesar de que un inculpado, cuyos indicios en su contra son indubitables y las pruebas contundentes, es factible que se le decrete su libertad, solo por un criterio por parte de juzgador en cuando a la forma y no al fondo de asunto, por la aplicación de un artículo Constitucional mal aplicado, sin considerar el dolo, a veces evidente por parte de la autoridad.

Las reformas que se propondrán obedecen principalmente a cumplir con el firme propósito de una mejor procuración e impartición de justicia, sacrificando incluso la libertad de una persona, pero anteponiendo los intereses de la sociedad.

INDICE

EXPOSICION DE MOTIVOS.....	I-IX
INTRODUCCIÓN.....	03
CAPITULO PRIMERO	
EL MINISTERIO PUBLICO	
1.1 ANTECEDENTES.....	07
1.2 FUNDAMENTO LEGAL DEL MINISTERIO PUBLICO.....	16
1.3 INICIACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.....	22
a) DE QUERELLA	
b) DE OFICIO	
1.4 RESOLUCIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.....	29
CAPITULO SEGUNDO	
DE LA ACCIÓN PENAL	
2.1 ALCANCES DE LA ACCIÓN PENAL.....	36
2.2 LA OFICIOSIDAD DE LA ACCIÓN PENAL.....	45
2.3 LA QUERELLA EN LA ACCIÓN PENAL.....	49
2.4 CONDICIONES OBJETIVAS DE PROCEDIBILIDAD.....	53

CAPITULO TERCERO**EL DELITO**

3.1 DELITO EN LO GENERAL.....	57
3.2 CLASIFICACIÓN.....	72
3.3 DELITOS NO GRAVES.....	81
3.4 DELITOS GRAVES.....	84

CAPITULO CUARTO**LA DETENCIÓN ANTE EL MINISTERIO PUBLICO**

4.1 DETENCIÓN Y RETENCIÓN.....	87
4.2 COMPETENCIA.....	96
4.3 TERMINO PARA RESOLVER LA AVERIGUACIÓN PREVIA.....	102
4.4 DUPLICIDAD DEL TERMINO EN TRATÁNDOSE DE DETENIDOS.....	106

CAPITULO QUINTO

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.....	111
---------------------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	116
--------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

Toda sociedad a través del tiempo modifica sus hábitos, costumbres es decir se va transformando, por tanto es indispensable que sus leyes avancen por lo menos en la medida de este cambio, la legislación de un Estado no puede quedar estática, no debe quedar al margen de la evolución social, toda vez que en caso contrario el derecho no tendría razón de ser.

Dentro del estudio de las diversas disciplinas jurídicas al sustentante le intereso sobre las demás ramas, el derecho penal, aspecto con el que la generalidad de los individuos se identifica, en cuanto a que las normas jurídicas establecen sanciones a las conductas tipificadas que afectan las relaciones sociales.

El derecho penal es una rama del derecho público, se entiende este como conjunto de principios, instituciones y normas jurídicas, que se encargan de estudiar al delincuente, el delito, las penas y medidas de seguridad. Por su naturaleza, el campo de trabajo es la investigación; no obstante lo anterior en la práctica la investigación del ilícito, del delincuente y sobre todo de las penas y medidas de seguridad, deja mucho que desear, tanto el Representante Social cuyo objetivo es la Procuración de Justicia como las autoridades encargadas de la impartición de la misma se ven afectadas por excesos de trabajo y muchas veces esta carga de trabajo contribuye a una violación en la esfera jurídica de las personas que se encuentran sujetas a una averiguación previa o un proceso penal.

Nuestro estudio aborda un tema sumamente importante, interesante y debatido, el Ministerio Público y la función que este desempeña, función primordial y de gran trascendencia, por tanto se debe cuidar al máximo su normatividad, las facultades, atribuciones y obligaciones del Representante Social; lo anterior, para efecto de no transgredir las garantías de los individuos; vemos que, en no pocas ocasiones, se viola una de las máximas protecciones que el derecho concede, siendo esta la libertad; desafortunadamente cuando una persona es privada de su libertad, no inmediatamente se pone a disposición de la autoridad correspondiente y no hablamos solo de horas, sino de días, situación por demás preocupante, porque la persona se encuentra en total estado de indefensión y peligra permanentemente su integridad corporal, entendiéndose esta integridad en sus tres fases : La física, la psíquica y social, empero el problema no termina ahí, en virtud de que cuando esta persona es puesta a disposición de la autoridad ministerial, tiene el derecho Constitucional de que se le resuelva su situación jurídica, en un término de cuarenta y ocho horas, siendo posible que se duplique a noventa y seis horas cuando se trate específicamente de delincuencia organizada, lo antes vertido es un caso previsto en la Ley. En la resolución el Fiscal puede decretarle la libertad o ejercitar acción penal del o los indiciados, ante el Órgano Jurisdiccional. Pero hay casos en que no existe ordenamiento legal plasmado, es decir nos encontramos ante una laguna de la ley, una laguna que necesariamente debe suplirse, aplicando entre otras el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la

jurisprudencia, debemos señalar que la jurisprudencia no resuelve todas las lagunas jurídicas existentes, específicamente el termino que deberá considerar el Agente del Ministerio Público cuando proceda declararse incompetente en razón del fuero, esto es cuando una persona es puesta a disposición del Representante Social de Fuero Común y después de realizar algunas diligencias se declara incompetente por ser un delito del orden Federal, como lo establece el artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el cual señala los casos en los que el Representante Social de la Federación conocerá de esos asuntos, una vez turnado el expediente a esta Fiscalía Federal se retoman las cuarenta y ocho horas para resolver la averiguación previa, sin considerar el tiempo que el indiciado estuvo detenido a disposición de Ministerio Público del Fuero Común o viceversa. Nuestro trabajo propone que se realice una legislación penal vigente, dentro de la cual se determine y normativice al respecto de lo señalado, es decir que exista un término de tiempo máximo para la detención de un indiciado cuando haya incompetencia en el fuero, toda vez de ser una situación de hecho y que constantemente se realiza cometiendo una evidente y flagrante violación a una garantía de libertad enmarcada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En el primer capítulo vemos como emana la Institución del Ministerio Público, las bases jurídicas en la que descansa, el inicio y la resolución de la averiguación previa, sin dejar de mencionar a grosso modo algunas de la diligencias que se realizan en la indagatoria.

En el capítulo segundo hablamos de la acción penal, su significado, alcances, oficiosidad y querrela, entendiendo la diferenciación que existe entre ambas, así como la razón a la que obedece a la misma. Hablamos en el capítulo tercero acerca del delito, su clasificación vigente, qué delitos son considerados como graves y cuales no. La detención y retención ante el Ministerio Público, la flagrancia, hasta que punto es considerada esta, además de la competencia del Representante Social; término de la resolución, y caso específico en el que se duplica el referido término que se tiene dentro de la averiguación previa, son los temas que vemos en el capítulo cuarto. Finalmente hacemos énfasis en nuestro particular punto de vista en la conclusión y propuesta.

CAPITULO PRIMERO

EL MINISTERIO PUBLICO

1.1 ANTECEDENTES

COMO NACE EL MINISTERIO PUBLICO.

"En los albores de la humanidad, las víctimas de una conducta hostil recurren a la venganza privada como única acción justiciera posible, la justicia se actualiza por propia mano de la víctima, es la primera etapa de evolución social, la función represiva a través de esa venganza privada, son los clásicos tiempos de la Ley del Talión ojo por ojo y diente por diente. El delito es una violación a la posesión privada y la justicia se hace por el sujeto pasivo y/o de sus allegados." ¹

Surgen diversos conflictos al tratar de hacer justicia por propia mano, el primero de ellos, es que no se tiene ningún control sobre la procuración y administración de justicia, y por tanto sobre los gobernados, sino que cada uno de ellos y a criterio propio ejercen justicia, el derecho penal en esta época es un derecho totalmente sancionador y no reparador o rehabilitador. No se busca la readaptación, simplemente se castiga por el injusto penal cometido; se manifiesta otro problema, en virtud de que no existe una equidad entre todos los individuos, ya que estos no son iguales por naturaleza, y por ende no les

¹ JUVENTINO V. CASTRO. El Ministerio Publico en México. Porrúa 1990 México. pags.1,2.

afecta de igual manera el privarlos de algún derecho o facultad; verbigracia, no es igual que quien es lesionado, pierda la facultad ocular por completo de un ojo, sí el agresor es una persona que solo ve con un ojo, claramente podemos apreciar que al castigar al activo con la misma lesión que el provocó le afectaría más que al pasivo, lo anterior en virtud de que el ofendido si bien es cierto que ha perdido un ojo, no perdió la vista, sin embargo el agresor no solo perdería un ojo, sino la vista. Otro conflicto es que cuando se ha castigado al supuesto agresor y resulta después que es inocente, no existe forma de reponerle las facultades perdidas.

En Roma la llamada ley del Talión, tenía una variante, esta le daba un aspecto más jurídico : "Si membrum rupit ni cum eo pacit, talio esto" (si alguno rompe un miembro a otro, y no se arregla con él, hágase con él otro tanto); con esto, la fórmula quedo subordinada a la composición de las partes. ²

"Pronto el poder social ya organizado , imparte la justicia a nombre de la divinidad (periodo de venganza privada), después a nombre del interés público (periodo de la venganza publica), se establecen tratados y normas aplicables, si bien frecuentemente arbitrarias. El directamente ofendido por el delincuente o sus parientes, acudían ante el Tribunal quien decide e impone penas.

Surge la acción penal popular.- con el pleno apogeo del Derecho Romano , según la cual quivis de populo acusa de

2. - JUVENTINO V. CASTRO. Op. Cit. 1. pag. 2

los delitos de que tiene conocimiento. Ciertamente es que de frente a los delitos privados a los que correspondía un proceso privado en que el juez tenía el carácter de mero árbitro, existían los delitos públicos con proceso penal público, que comprendía la *cognatio* y la *accusatio* y procedimiento extraordinario.

El estado ha comprendido que la persecución de los delitos es una función social de particular importancia y debe ser ejercida por el y no por el particular.”³

Apunta Juventino V. Castro que la Institución del Ministerio Público nace en Francia, con los *Procureurs Du Roi* de la Monarquía Francesa del siglo XIV. Durante la Monarquía, el Ministerio Público no asume la calidad de Representante del poder Ejecutivo ante el Poder Judicial porque en esa época es imposible hablar de una división de poderes.

La revolución francesa hace cambios en la institución desmembrándola en *Commissaires Du Roi* encargado de promover la acción penal y de la ejecución y *Accusateurs Publics*, que sostenían la acusación en el debate. La tradición de la Monarquía le devuelve la unidad con la ley de 22 de Frimario, año VIII en fecha 13 de diciembre de 1799, tradición que sería continuada por la organización imperial de 1808 y 1810 de Napoleón, en que el Ministerio Público organizado jerárquicamente bajo la dependencia del poder ejecutivo recibe por la ley del 20 de abril de 1810, el ordenamiento definitivo que

3.-MIGUEL ÁNGEL CASTILLO SOBERANES Monopolio de la Acción Penal. Pagina 42.

de Francia irradiaría a todos los Estados de Europa.”⁴

Agrega que fue España quien impuso en México colonial su legislación y estableció su organización por lo que respecta al Ministerio Público.⁵

Por otro lado tenemos que el Ministerio Público en México se ha formado por tres elementos, a saber : La Promotoría Fiscal Española, el Ministerio Público Francés y elementos propios mexicanos; es menester indicar que nuestra legislación divide el estudio del Ministerio Público en tres etapas:

- a) La antigua.
- b) La colonia.
- c) La independiente.

En la época antigua, los pueblos sancionaban las conductas antisociales o sea, perseguir los delitos para realizar su investigación y aplicación de los testigos : los aztecas encomendaban a los jueces esas funciones que tenían carácter jurisdiccional, por eso no es posible que se les identifique con los que corresponden al Ministerio Público.

Durante la época de la colonia no se encuentra ninguna Institución del Ministerio Público ya que solo se observo el sistema penal de España con su Procuraduría o Promotoría Fiscal.

En la época independiente concurren tres elementos en la constitución del Ministerio Público :

4 JUVENTINO V. CASTRO. Op. Cit. 1 pags. 4-5.

5 MIGUEL ÁNGEL CASTILLO SOBERANES . Op. Cit. pag. 78.

- 1) La Procuraduría o Promotoría Fiscal.
- 2) El Ministerio Público Francés.
- 3) Un conjunto de elementos genuinos propios mexicanos.⁶

Señala Juventino V. Castro que nacido México a la vida Independiente siguió sin embargo rigiendo en relación con el Ministerio Público lo que establecía el citado decreto de 09 de octubre de 1812, ya que el Tratado de Córdoba se declaró que las leyes vigentes continuarían rigiendo en todo lo que no se opusiera al Plan de Iguala, mientras que las cortes mexicanas formaban la Constitución del Estado.

La Constitución de 1824 estableció el Ministerio Fiscal en la Suprema Corte (artículo 124) equiparando su dignidad a la los Ministros dándoles el carácter de inamovibles. También establece Fiscales en los Tribunales de Circuito (artículo 140) sin determinar nada expresamente en los juzgados.

La ley del 14 de febrero de 1826 reconoce como necesidad la intervención del Ministerio Fiscal en México Independiente se introduce a nuestro país en la Ley para el Arreglo de la Administración de Justicia conocida comúnmente como la Ley de Loes, dictada el 06 de diciembre de 1853 bajo el mandato de López de Santa Anna “⁷

Fue el proyecto de Constitución de 1857 y en la Ley de Jurados Criminales para el Distrito Federal y Territorios Federales,

6 ALBERTO GONZÁLEZ FRANCO, El Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa Pag. 60 México, 1990.

7 JUVENTINO V. CASTRO. Op. Cit. 1. pag. 77.

cuando se hace referencia al Ministerio Público, pero propiamente a partir del Código Federal de Procedimientos Penales para esas entidades federativas de 1894 y la Ley Orgánica de 1903.⁸

El 15 de junio de 1869 Benito Juárez expide la Ley del Jurado. En ella se establecen tres Procuradurías a la que por primera vez se les llamo Representantes del Ministerio Publico.

Se promulgo el primer Código de Procedimientos Penales el 15 de septiembre de 1880 en que se establece una organización completa del Ministerio Publico asignándole como función promover y auxiliar a la administración de justicia en sus diferentes ramas, sin conocer el ejercicio privado de la acción penal.

El segundo Código de Procedimientos Penales del 22 de mayo de 1894 mejora la Institución del Ministerio Público ampliando su intervención en el proceso. Lo establece con las característica y finalidades del Ministerio Público Francés, como miembro de la Policía Judicial y como mero auxiliar de la Administración de Justicia.

El mencionado carácter de auxiliar de la administración de justicia se transforma con la primera Ley Orgánica del Ministerio Público de junio de 1891, al determinar que será parte del juicio, interviniendo en los asuntos de interés público y de incapacitados así como el ejercicio de la acción penal como su titular. A partir de esta

⁸ ALBERTO GONZÁLEZ FRANCO. Op. Cit.. 6; Pag. 60.

ley se establece el Ministerio Público como una Institución encabezada por el Procurador de Justicia.

Con la reforma Constitucional del 22 de mayo de 1900 se eliminó la composición de la Suprema Corte de Justicia al Fiscal y al Procurador General, y se estableció la organización del Ministerio Público estaría determinada por una ley especial. Esta es la primera ocasión en que el término de Ministerio Público es utilizado en textos Constitucionales de nuestro país.

En 1903 el presidente Porfirio Díaz promulga la Ley Orgánica del Ministerio Público en el Distrito y Territorios Federales en cuyo texto se atribuye al Ministerio Público la representación del interés de la sociedad ante los tribunales del propio fuero, estando a cargo de los funcionarios que la ley designare. Igualmente, se le encomendó, además de ejecutar la acción penal ante los tribunales, intervenir en asuntos judiciales de interés de personas sujetas protección especial por las leyes. Si los asuntos judiciales afectaban el interés público, el Ministerio Público debía intervenir como parte principal o coadyuvante. En los juicios hereditarios de interés de ausentes, menores, incapacitados y de establecimientos de beneficencia, lo haría en casos y términos prescritos por las leyes, debía intervenir en las juntas de vigilancia de cárceles conforme al reglamento.

El propio presidente Díaz en uso de sus facultades extraordinarias, expide en noviembre de 1908, la Ley de Organización del Ministerio Público Federal y su Reglamentación de sus funciones en la que caracteriza al Ministerio Público como la Institución

encargada de auxiliar a la administración de justicia en el orden federal, así como de procurar la persecución , investigación y represión de los delitos. Ante le Suprema Corte de Justicia , Tribunales de Circuito y Juzgado de Distrito, se le encomendó la defensa de los intereses de la Federación. Dicho auxilio al Poder Judicial se daba a través de las promociones conducentes que debía realizar con arreglo a la ley, tanto en el orden civil como en el orden penal. Se le encomendaba también la representación de ejecutivo, ejercitando las acciones que a este correspondiesen y su defensa así como la de, entre otros, los Secretarios de Estado, cuando fueren demandados.

El 30 de junio de 1891 se publico un Reglamento del Ministerio Publico pero no es sino hasta 1903 en que el general Porfirio Díaz expide la Primera Ley Orgánica del Ministerio Publico y lo establece ya no como un auxiliar de la Administración de Justicia , sino coma parte en el juicio interviniendo en los asuntos en que afectaban el interés publico y el de los incapacitados y en el ejercicio de la acción penal de que es titular se establece como la Institución cuya cabeza esta el Procurador de Justicia.

El articulo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece las bases sobres las que debe actuar el Ministerio Público Federal y fue aprobado sin mayores discusiones por parte de los constituyentes mexicanos de 1916-17.

En 1919 se expide Leyes Orgánicas del Ministerio Público Federal y de Distrito y Territorios Federales primeros que se ajustan a las disposiciones de la Constitución de 1917 que establecieron

un giro destacado a la Institución. Si bien dichas leyes establecen al Ministerio Público como el único depositario de la acción penal , en la practica siguió imperando el antiguo sistema con el cual quiso terminar la Constitución de 1917.

Esto último se obtiene ya con la Ley Orgánica del Distrito Federal publicada el 07 de octubre de 1924 que da mayor importancia a la Institución y crea el Departamento de Investigaciones con los agentes adscritos a las delegaciones los cuales sustituyen a los antiguos comisarios al frente de la Institución.”⁹

9 JUVENTINO V. CASTRO. Op. Cit. 1 pag. 11.

1.2 FUNDAMENTO LEGAL DEL MINISTERIO PUBLICO.

Los Tratados Internacionales, las Constituciones particulares de los Estados, la leyes federales y estatales, no podrán nunca contravenir las prescripciones de la Constitución Federal; esto es, por consecuencia la que debe determinar el limite de la acción de los poderes federales y estatales, como en efecto lo establece, señalándole a cada uno su esfera de facultades conforme a las cuales debe regirse su actividad.

De tal manera, siendo la investigación de los delitos e imposición de las penas a los infractores, actividades del orden público, porque mediante ellas se salvaguarda el bien común y se armonizan las relaciones sociales, necesariamente deben encontrarse reglamentadas en un conjunto de disposiciones legales, que de la primera, lo constituye la Ley Orgánica del Ministerio Público, solo que dicho ordenamiento a fin de no ser violatorio de los derechos humanos, debe ajustarse a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo marco jurídico lo constituyen los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 Y 102 de nuestra Carta Magna.

El estudio de su fundamento jurídico se analizará en los siguientes términos :

a) Por su importancia e intima relación jurídica que guardan entre si, por contener las garantías de audiencia y seguridad jurídica sobre las que descansa nuestro sistema de derecho, el sustentante se referirá en primer termino a los artículos 14 y 16

Constitucionales y conforme a cuyo principio de legalidad las atribuciones de los órganos del Estado solo tiene validez si se encuentran establecidos en la ley vigente con anterioridad al hecho cuando se afecte la esfera jurídica de los gobernados.

Es pues, conforme al principio de legalidad, en virtud al cual adquiere el carácter de obligatoriedad de la ley Orgánica del Ministerio Público.

Cuando no existe norma legislativa toda conducta realizada por los particulares, es lícita y válida, pues conforme al principio de legalidad, no se trata de actos prohibidos por la ley, ni sancionados por esta y no puede restringir su libertad. Cuando se ha creado la ley prohibida por ésta es actividad restringida a los particulares y conforme a ella se limita su libertad.

La libertad de los individuos solo podrá afectarse, mediante actividad judicial y previo juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, con observación de las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho y aspecto en virtud al cual se prepara el ejercicio de la acción penal durante la averiguación previa para en su oportunidad solicitar la orden de aprehensión correspondiente y que solo podrá ser dictada por el órgano jurisdiccional, cuando el inculpado es encontrado presuntamente responsable de algún delito, previa denuncia, acusación o querrela, aspecto en el cual el Ministerio Público, investido de carácter de autoridad, se faculta a formular la interpretación material de

la ley conforme a cuyo principio resuelve si es de consignarse o no la averiguación previa y con la aplicación exacta del delito de que se trata, prohibiendo la imposición por simple analogía y aun por mayoría de razón pena alguna, con lo que se prohíbe la integración de la ley en materia penal cobrando vigencia los principios "Nullum crimen sine praevia lege poenali" y "Nulla poena sine praevia lege poenali" cuya traducción significa : que no hay delito ni pena aplicable, sino se contiene en la ley".

Como la extensión del principio de legalidad, que desarrolla y perfecciona su alcance, los actos de autoridad para que sean validos constitucionalmente y su contenido produzca efectos jurídicos lícitos, deben revestir las siguientes formalidades : consagrarse por escrito; ser dictados por autoridad competente, fundados y motivados. Principios que rigen la averiguación previa al tener el Ministerio Público la obligación de que las actuaciones consten por escrito y que al resolver sobre la procedencia de los autos de suspensión , archivo o consignación estos se apoyen en el precepto legal aplicable y se expongan argumentos correspondientes al caso, existiendo una vinculación lógica entre la norma y el hecho.

El Ministerio Publico en el ejercicio de la acción penal pueden presentársele dos casos, consignación con detenido y sin él, solicitando en este último caso se dicte la correspondiente orden de aprehensión.

De lo anterior se infiere que el Ministerio Público en la averiguación previa puede privar de su libertad a los inculpados, facultando la Constitución para que esto ocurra solo en casos de delito flagrante, en el que cualquier persona puede aprehender al delincuente y sus cómplices, poniéndolos a disposición sin demora de la autoridad inmediata y con mayor razón la autoridad actuará de la misma manera como una medida de protección social que permite que no se altere el orden público.

Un segundo caso se trata de delitos que se persiguen de oficio y no existe en el lugar ninguna autoridad judicial, en la que la autoridad administrativa, bajo su más estricta responsabilidad, podrá decretar la detención del inculcado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

b) La sociedad ideal es aquella en la que no existen conflictos y todos son respetuosos de los derechos de los demás, sin embargo esto solo es ilusión y en realidad a menudo surgen conflictos entre los particulares, razón por la cual el Estado no puede dejar que los gobernados se hagan justicia por sí mismos, siendo el artículo 17 Constitucional el que impone al Estado la obligación de impartir justicia y el derecho de los particulares a solicitarlo, en virtud al cual surge el carácter de autoridad del Ministerio Público y la policía judicial como órganos auxiliares en la impartición de justicia.

c) El artículo 19 Constitucional sirve de fundamento jurídico de la averiguación previa en cuanto que se el único precepto en que aparece dicho término, imponiendo como requisito que

los datos que de la misma arrojen deben ser suficientes para acreditar la existencia de los elementos del tipo y la probable responsabilidad del inculpado, de donde se infiere que ambos requisitos son necesarios para el ejercicio de la acción penal, el objetivo esencial de la averiguación.

d) El artículo 20 Constitucional, sirve de marco jurídico a la averiguación previa, porque siendo esta la esencia del primer periodo del procedimiento penal, en él se contienen derechos fundamentales de que goza el gobernado, que en relación a esta etapa son : 1) Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgar la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se trate de delitos en que por su gravedad, la ley prohibida expresamente conceder ese beneficio. 2) No puede ser obligado a declarar. 3) Tiene derecho a saber el nombre de quien depone en su contra y la causa de la acusación. 4) Le serán facilitados todos datos que solicite para su defensa y que consten en autos. 5) Tendrá derecho a usar los medios de comunicación con lo que se cuenten a efecto de que pueda llamar a su abogado, familiares o persona de su confianza, mismos que lo podrán asistir en su declaración ministerial; además de otras garantías que tiene dentro del proceso el indiciado.

e) Sin duda alguna, el artículo 21 Constitucional, es la base esencial sobre la que descansa la fundamentación legal del Ministerio Público y la averiguación previa, en cuanto a que otorga a este y a la policía judicial, la cual estará bajo el mando inmediato de aquel a quien le encomienda la investigación y persecución de los delitos, con lo que se otorga el monopolio de la acción penal al Ministerio público, que

constituye la afirmación de la existencia de un delito y el reclamo del castigo para el autor de la conducta, pretensión esencial del citado Representante Social.

El derecho de la acción penal existen tres tipos de facultades a saber :

1.- La investigación cuyo objetivo es preparar el ejercicio de la acción penal obteniendo las pruebas que la funden, para demostrar la existencia de la conducta delictuosa y determinar el supuesto responsable del ilícito.

2.- La persecución que se refiere al ejercicio de la acción penal ante los tribunales y concluye juntamente con el periodo de instrucción.

3.- La acusación que se plasma en el pliego de conclusiones, al exigir la pretensión punitiva concreta. En la primera etapa actúa como autoridad y en las dos restantes como parte en el procedimiento penal.

El Ministerio Público en su actuar debe ser de buena fe, investigando un hecho que se presume delictuoso en defensa de los intereses de la sociedad, buscando la verdad legal de los hechos, para determinar si ha cometido o no un delito y no pretendiendo encontrar presuntos responsables a quien acusar el delito muchas veces no cometido.

1.3 INICIACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Para iniciar el estudio de cualquier aspecto jurídico primeramente debe ubicarse a que campo del Derecho corresponde, tal objetivo o aspecto, que se hace necesario para determinar una mejor comprensión del tema a desarrollar.

Así podemos establecer que la Averiguación Previa corresponde al estudio del Derecho Penal, específicamente al Procedimiento Penal, entendiéndose este como el conjunto de actividades que realiza el Estado, a través de algunos órganos específicos regulados por preceptos previamente establecidos cuyo objetivo va encaminado a establecer que hechos pueden ser considerados como delitos , para adecuar la norma penal aplicable al caso concreto.

En la Averiguación Previa el Ministerio Publico investido con carácter de autoridad efectúa todas la diligencias pertinentes con el objeto de determinar la existencia de los elementos del tipo y la probable responsabilidad penal del o los inculpados a efecto de resolver sobre el ejercicio o la abstención de la acción penal.

Del concepto anterior, se desprende que el titular de la Averiguación Previa lo es la Institución del Ministerio público, quien en la investigación de los delitos tiene bajo su mando a la Policía Judicial, según lo señala el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin embargo ello no implica que solo estos órganos públicos intervengan en la primera etapa procesal, porque si

bien puede participar cualquier autoridad distinta al Ministerio Público, cuando en ejercicio de sus funciones tenga conocimiento de un hecho que se presuma delictuoso y se persiga de oficio, estando obligado en este caso, a participarlo inmediatamente al Ministerio Público con todos los datos que tuviere y poniéndole a disposición, desde luego a los inculcados, si hubiere detenidos, hay que recordar que la Constitución faculta a cualquier persona o autoridad a detener a un individuo o individuos en la flagrancia del delito, de acuerdo a lo que establece el artículo 16 de nuestra Carta Magna.

La Averiguación Previa nace en el momento en que el Ministerio Público o los funcionarios encargados de practicar diligencias de la Policía Judicial tiene conocimiento de un hecho presuntamente delictuoso.

Si bien es cierto que la autoridad generalmente al tener conocimiento de un hecho delictuoso debe iniciar la averiguación previa, también lo es que existe una excepción a esta generalidad, lo antes vertido lo podemos considerar como un principio de procedibilidad cuyos requisitos son:

Los requisitos de procedibilidad son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y ejercitar la acción penal en contra del probable responsable de una conducta típica.

La Constitución señala en su artículo 16 como requisitos la :

DENUNCIA.- Es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible de oficio.

Debe contener en cuanto sea posible, la relación circunstanciada del hecho considerado delictuoso expresando el lugar, tiempo y modo como fue perpetrado y con que instrumentos: los nombres de los autores, cómplices y auxiliadores del delito, así como las personas que lo presenciaron o que pudieren tener conocimiento de la perpetración y todas las indicaciones y demás circunstancias que puedan contribuir a comprobar el hecho, determinar su naturaleza y gravedad así como averiguar las personas responsables.

La denuncia puede hacerse verbal o escrita la debe firmar el denunciante, y si fuere verbal, el funcionario que la recibe deberá extender un acta en forma de declaración, en la que se expresara lo que manifieste el denunciante firmándola.

Cabe destacar que la denuncia es un requisito de procedibilidad de los delitos perseguibles de oficio, mismos delitos que por su gravedad no pueden sujetarse a la voluntad de individual de las personas, por tanto una vez que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho que la ley considera como delito, tiene la obligación de investigar lo referente a este hecho, sin importarle la voluntad del denunciante respecto a la investigación del ilícito, así como de los probables responsables.

LA ACUSACIÓN: Es la imputación directa que se hace a un persona determinada de la posible comisión de un delito ya sea de oficio o a petición de la víctima u ofendido.

La acción publica es la que inicia de oficio la que corresponde a la autoridad investida por la ley de las facultades necesarias y que se ejercita como consecuencia inmediata del delito. Dado el carácter de la acción en las leyes penales modernas se da preferencia al principio de oficialidad por que de lo contrario, la acción del Estado seria inútil , si en cada caso para actuar debería esperar la acusación particular. No obstante frente a la regla general de oficialidad enunciada, la ley contempla excepciones por considerarlas de carácter particular.

LA QUERELLA: En México como en muchos otros países del mundo, existe una serie de delitos que solo puede ser investigados y eventualmente sancionados si la víctima así lo desea. La voluntad del individuo en la persecución del delito se llama querella de parte y su existencia no requiere de requisitos formalmente rigurosos, sino que basta que la voluntad se manifieste inequívocamente. La cantidad de delitos que se persiguen por querella varia conforme van cambiando los criterios de la política criminal. En una primera etapa del desarrollo del derecho penal, la posibilidad de que la voluntad de los particulares influyera en la protección del Estado era prácticamente nula. Se trataba entonces de un derecho penal sumamente represivo. Con el paso del tiempo, la Política Criminal transito hacia el extremo de considerar que en un procedimiento penal solo importaba el delincuente,

al que había que dotarlo de innumerables prerrogativas de todo tipo. Esta etapa humanitaria del derecho parece haber concluido en México; a diferencia de lo que sucedía hace años, en la actualidad la política criminal, esta orientada a una mayor represión. Si antes, en la época humanitaria, las reformas a las leyes penales tenían la característica de dotar mayores y mejores derechos a los delincuentes, en la actualidad las reformas van orientadas a restringir esos derechos y a que los delincuentes tengan menores posibilidades de evadir la aplicación de la pena que les corresponde.

Lo que a aquí importa es que en la época humanitaria se admitió sin rubor alguno que la voluntad de los particulares no sólo podía, sino que debía influir en los procedimientos penales. Al efecto, se admitieron cada día mayor número de delitos perseguibles por querrela de parte. Hoy por hoy a nivel Federal, delitos como el fraude, abuso de confianza, despojo, daño en propiedad ajena, difamación, calumnias, hostigamiento sexual, algunas clases de lesiones y otros muchos mas se persiguen a petición de parte.

De modo que debe admitirse que la víctima del delito cuenta con un derecho pre-procesal consistente en la facultad de decidir si es o no su voluntad que se inicie un proceso penal en contra de quien cometa un delito perseguible por querrela de parte. Pero esa facultad no se agota en el momento en que manifieste la querrela, sino que durante toda la continuación del procedimiento, y aun después de concluido, la víctima puede otorgar el perdón y con ello provocar, sin requisito adicional alguno, la extinción de la acción penal o de la sanción.

Solo resta señalar para concluir este punto, que la querrela de parte no únicamente es un derecho particular de la víctima de un delito, sino que en muchas ocasiones también corresponde a los organismos públicos que tienen a su cargo la vigilancia del cumplimiento de alguna ley administrativa. Por ejemplo los delitos tales como la evasión fiscal, contrabando, introducción ilegal al país de extranjeros y otros, solo pueden perseguirse si el órgano del Estado que tiene encomendada la vigilancia de la ley respectiva presenta su querrela de parte.¹⁰

Para mayor abundamiento y claridad mencionaremos la siguiente Tesis Jurisprudencial enunciada por la Suprema Corte de Justicia :

“QUERRELLA NECESARIA.- Cuando la ley exige la querrela para la persecución de un delito, basta para que aquella exista, que el ofendido ocurra ante la autoridad competente, puntualizando los hechos en que se hace consistir el delito.”

Quinta época

Tomo XLVII, pagina 4273, Reyna Roberto y Coagraviados.

Tomo XLVII, pagina 5316, López Portillo.

Tomo LI, pagina 1456, Noceti Guardiola Alejandro.

Tomo LII, página 2245, Tosqui Aurelio.

Tomo LIX, pagina 1097 Cisneros Alfredo.

Apéndice 1917-1975, Primera Sala, Número 257, página 555.

10 Academia Mexicana de Ciencias Penales, Criminalia, Año LXIII, No. 1 México D.F. 1997. pags. 105-106 pp. 211. Editorial Porrúa.

QUERELLA, REQUISITO DE LA EXISTENCIA.- Para que pueda conceptuarse que existe querella, requisito de procedibilidad necesario para el inicio de la actividad investigadora, ejercicio y vida de la acción penal, no es condición indispensable que la persona ofendida utilice el termino sacramental de querella, sino que únicamente que se reúnan las características esenciales de la aludida condición de procedibilidad. Por lo tanto, existe querella cuando la persona ofendida por el delito o su legitimo representante es quien da la noticia al órgano titular de la función investigadora y expresa su deseo de que se ejercite la acción penal, concretamente contra el sujeto a quien se le atribuye el hecho.

Revisión 215/74.- Jaime Espinosa Mandujano, 29 de agosto de 1976.-
Ponente : Renato Sales Gasque, informe 1974, Tribunal Colegiado del
Décimo Circuito, pag. 343. Op. cit. pág. 188.

1.4 RESOLUCIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

El ejercicio de la acción penal cristalizado mediante la consignación del asunto a los tribunales judiciales, constituye quizás el objetivo primordial (que no quiere decir que sea el único) la facultad-deber persecutoria de los delitos.

Para poder llevar a cabo el ejercicio de la acción penal es requisito indispensable que se encuentren satisfechos los extremos exigidos por el artículo 16 Constitucional, como son :

a) que exista denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito.

b) Que el delito tenga contemplada punibilidad privativa de libertad.

(Como recordamos solo los delitos que tengan señalada como punibilidad privativa de libertad procede la orden de aprehensión que consisten en la restricción de su libertad. Por tanto aquellos delitos que tengan señalada diversa sanción, como pecuniaria, o alternativa, amonestación , en general diversa a la privativa de libertad, no procede sino la orden de comparecencia. Sin dejar de considerar que existen algunos delitos que tienen señalada tanto pena privativa de libertad y cualesquiera otra, pero por así decirlo acumulativamente , en esos casos si es procedente, porque además de la pena restrictiva de la libertad debe imponerse las otras).

c) Que se encuentren demostrados los elementos del tipo penal.

d) Que se encuentre acreditada la probable responsabilidad penal del indiciado.

Aunado a tales requisitos de procedencia, se necesita que ese acto se encuentre fundado y motivado, tal como lo exige el párrafo primero del propio numeral Constitucional, en atención a que se trata de un acto de autoridad (el último de la fase de averiguación previa y quizás el último procedimiento).

Efectivamente la consignación en un acto de autoridad porque presenta tres características de esa clase actos, tal y como lo expresa el Ministro Arturo Serrano Robles en su Ponencia de la obra "Manual del Juicio de Amparo" : "El acto autoritario es unilateral porque para su existencia y eficacia no requiere del concurso o colaboración del particular frente al cual se ejercita. Es imperativo, porque , se supedita a la voluntad de dicho particular, porque la voluntad de este le queda sometida. Es coercitivo porque puede constreñir, forzar al gobernado para hacerse respetar".

En consecuencia es de concluirse que el ejercicio de la acción penal o consignación reviste dos requisitos fundamentales , uno de índole formal y otro de fondo. El primero, corresponde a la fundamentación y motivación propia del acto de autoridad y el segundo, a la fundamentación y motivación respecto al evento estimado como antisocial.

Podemos decir que la fundamentación y motivación desde un punto vista formal corresponde a la serie de artículos Constitucionales o de la Leyes Adjetivas, es decir, que todos los

ordenamientos jurídicos determinar la autorización o conceden la facultad al Ministerio Público para poder realizar el acto de autoridad, dicho de otro modo, consigna o ejerce la acción penal, porque esta facultado para ello en dichas normas. Corresponde entonces la motivación en el aspecto formal, a la razón jurídica que conlleva a realizar ese aspecto de consignación, es decir, que derivado de la puesta en conocimiento de un hecho estimado como delictuoso y de su actuación investigadora se aprecia que están satisfechos los extremos exigidos por el artículo 16 Constitucional, 134, 136 y 195 del Código Federal de Procedimientos Penales, por lo que ejerce su facultad-deber de consignar el asunto ante la autoridad jurisdiccional para el seguimiento del procedimiento penal hasta su culminación en cualesquiera de las formas legales.

La fundamentación en cuanto al fondo corresponde a la adecuación de los hechos denunciados e investigados a determinadas normas juridico-penales que lo prevén o sea aquellas que contienen un delito determinado. Consecuentemente la motivación en este aspecto es la referente a la exposición de los razonamientos jurídicos que se permiten inferir sin lugar a dudas que hasta esa fase procedimental se vislumbra que se posible la existencia de un delito determinado, como probable lo es también la responsabilidad penal de un sujeto en particular. A este tipo de motivación algunos le denominan con cierta sinonimia "el juicio de tipicidad".

En este punto es prudente detenerse para invocar la opinión del jurista Eduardo Herrera y Lasso, que en los siguientes párrafos explican con palabras diferentes el sentido del tema a estudio:

La fundamentación radica en la obligación de invocar el derecho dentro del cual pueda quedar comprendido el caso concreto. La operación de encuadrar este caso concreto a aquellas disposiciones abstractas, es precisamente lo que la Constitución denomina motivación.

La concurrencia de la fundamentación y motivación es condición de existencia del acto autoritario, pues con la sola mención del derecho que es abstracto, resulta imposible resolver un caso en concreto; y, sin ella, es igualmente imposible la operación lógica de adecuar faltando uno de los términos.

La motivación comprende, por tanto, cuatro elementos : El derecho, considerado como continente, los hechos (con sus pruebas), con posible detenido; una exposición o argumentación lógica mediante la cual se demuestra la adecuación de los hechos al derecho; y finalmente, la conclusión.

"El Ministerio Público, al ejercitar su acción, actuando previamente en la averiguación previa como autoridad, consigna al Juez del conocimiento los hechos delictuosos, quien tiene la facultad de reclasificar el delito, cuando no se varíen estos; y aporta pruebas para justificar la culpabilidad del procesado y es en sentencia en donde el Juez estudia las pruebas aportadas al proceso no obstante que no hayan sido invocadas por el Fiscal, pues esta obligación es de

oficio para el juzgador, ya que las pruebas pertenecen al proceso.”¹¹

En torno a la acción penal el Maestro, Ramón Palacios Vargas, afirma :

Pues bien, si el objeto de la acción penal es la pretensión punitiva hipotética del Estado, que consiste en la afirmación de la existencia de un delito y de uno o varios responsables y la petición para que se aplique una pena y cubran la reparación del daño se advierte que estos son los objetos primarios de la causa penal; mas como el Ministerio Público tiene el poder de disposición tales contenidos se concluye que la acción no es un de lege lata un deber-derecho sino una facultad arbitraria, de modo que el interés social de que todo delincuente sea penado o que sea sujeto a medidas de seguridad, pasa a ser un derecho potestativo de un órgano del Estado, encargado por esencia de solicitar la actualización de las normas de un derecho público irrenunciables; pues la naturaleza pública del interés de la acción penal, en el proceso penal y en la ejecución de la pena invitan a pensar en el carácter irrenunciable de la acción en su esencia irrectractable y por consecuencia, que es un deber-derecho, no una irrestricta como lo conciben nuestras leyes secundarias.¹²

Agrega Martínez Cerda que el monopolio del ejercicio de la acción penal o sea la exclusividad de la acusación , a favor

11 LIC. NICOLÁS MARTÍNEZ CERDA, Las Funciones Del Ministerio Público. Federal Por el. Instituto De Investigaciones Jurídicas 1993 México. pag. 105 pp. 377

12 LIC. NICOLÁS MARTÍNEZ CERDA . Op. cit. 11, pág 106.

del Ministerio Público, debe abandonarse, en fundamento a los principios democráticos y libertarios, estableciéndose un control externo, similar al del Consejo de Estado Francés.

Sobre el particular el Maestro Fix-Zamudio, nos dice: “En la Suprema Corte de Justicia ha prevalecido como jurisprudencia obligatoria, la tesis de que no procede el amparo contra actos del Ministerio Público en el procesos penal, ya que dicho alto tribunal ha interpretado el citado artículo 21 Constitucional, en el sentido de que dicho precepto establece un beneficio del Ministerio Público la exclusividad del ejercicio de la acción penal, y por este motivo contra sus determinaciones no procede el juicio de amparo, ya que por una parte, de admitirlo, se caería en el sistema inquisitivo de enjuiciamiento, ya superado, y además cuando el Ministerio Público actúa en el proceso penal realiza actividades de parte y no de autoridad, y finalmente, se daría al particular afectado la posibilidad de participar en el manejo de la acción pública.”¹³

En conclusión , una vez ejercitada la acción penal, dictado el auto de inicio, trae como consecuencia el establecimiento de la relación jurídico procesal, en donde el Ministerio Público es un órgano requeriente del proceso, por lo que, su facultad inquisitorial de dirigir a la Policía constituye una facultad propia del órgano inquirente, establecida la litis, en forma de tesis y a través del ejercicio de la acción penal, que instituye una pretensión de pedir, esta Institución del

13 LIC. NICOLÁS MARTÍNEZ CERDA . Op. Cit. 11. pág. 106

Ministerio Público se coloca en una relación similar al de la defensa, quedando atrás las facultades o funciones propias de un poder-deber, con substanciales a la autoridad pero como parte tendrá derechos subjetivos similares a los de la defensa, pues tiene la legitimación y el interés jurídico de actuar en el con el propósito de que a través de su titularidad se aplique correctamente la ley al caso concreto, en consecuencia si continua actuando como autoridad, con las funciones del poder-deber, cuando previamente en relación con los mismos hechos se ha ejercitado la acción penal, todas esas diligencias deben declararse nulas, pues las pruebas o, los hechos a probar, debió haberse realizado ejercitando el derecho público subjetivo ante el juzgador. ¹⁴

14 JUVENTINO V. CASTRO. Op. cit. 1. Pag. 152.

CAPITULO SEGUNDO

DE LA ACCIÓN PENAL

2.1 ALCANCES DE LA ACCIÓN PENAL

Puede afirmarse, con Sabatini, que el precepto de acción “es uno de los temas mas complicados de la teoría general del proceso, porque se le ha definido de muy diversas maneras en la doctrina y la definición resulta escabrosa”.¹⁵

Efectivamente, precisar el concepto de la acción penal resulta en verdad controvertido, es un problema en que aun no hay un criterio uniforme en la doctrina.

Examinando algunas definiciones de diversos autores, encontramos que, para Giuseppe Chiovenda, la acción es el “poder jurídico de hacer efectiva la condición para la actuación de la voluntad de la ley”.¹⁶

Ernesto Beling precisa el derecho de la acción penal como la facultad de provocar la actividad de la jurisdicción penal mediante la declaración de un órgano público (Ministerio Público) o

15. Cit. por GONZÁLEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSÉ, Principios de Derecho Procesal Mexicano, 8 de, México 1985, pag. 36

16 CHIOVENDA, JOSÉ. Principios del Derecho Procesal Civil, Madrid, Reus, 1977, tomo I, pag. 69.

privado, según esta facultad sea conferida a dichos órganos privados exclusivamente (delitos de acción privada) o en concurso con el órgano público (acción pública); es decir mediante la oferta o proposición de actuar la voluntad de la ley aplicable al caso.¹⁷

Por su parte, Eugenio Florian, al hablar sobre el concepto de la acción penal, dice:

“Si contemplamos el organismo del proceso veremos manifestarse la exigencia de una actividad a incoar el proceso, a pedir la aplicación de la ley penal en cada caso concreto. Esta exigencia es la que hace surgir la acción penal, la cual se puede considerar como el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal paralelamente, la acción penal consiste en la actividad que se despliega con tal fin. La acción penal domina y da carácter a todo proceso; lo inicia y lo hace avanzar hasta su meta (la sentencia). La acción penal es la energía que anima todo el proceso.”¹⁸

Franco Sodi, dice que la acción es un derecho, pero como su ejercicio tiende a la realización del derecho de penar, resulta al mismo tiempo un deber, por lo que parece mas aceptado considerarla como un poder jurídico. Ahora bien el uso de ese poder

17. Cit. por ESTANCOS MAECEAN. El Proceso Penal en el Derecho comparado, Buenos Aires Editor Lavallo, 1946, pag. 79.

18. FLORIAN EUGENIO, Elementos del Derecho Procesal Penal, Barcelona, Ronda de al Universidad, 11, 1934, pp. 172 y 173.

pone invariablemente en movimiento al juez, quien no puede actuar si la acción penal no se ejercita ante él, y, por último, permite al mismo juez aplicar en forma definitiva la ley al caso concreto de que se trate.¹⁹

Agrega Florian :

En el proceso civil se sostiene que la acción es un derecho potestativo, es decir una mera facultad, que su titular puede ejercitar, pero sin estar obligada a ello, y su ejercicio no produce obligación para el adversario. Esta concepción aparte de su admisibilidad o inadmisibilidad en el proceso civil no puede importarse en el proceso penal: El Estado (o sus órganos) en el ejercicio de la acción penal no ejerce una facultad, sino que cumple un deber, aunque este dependa de ciertos requisitos.²⁰

Se afirma que la acción penal es un “poder-deber”, mientras que la acción civil es un “poder derecho”; se sostiene que la acción penal pública no es, ni puede ser nunca, un “derecho subjetivo o poder jurídico, pues ambos son manifestaciones de un fenómeno de libertad; mientras que la acción penal pública, no es otra cosa que una potestad del ejercicio obligatorio”²¹

Como nos hemos dado cuenta , las definiciones citadas, los autores consideran a la acción penal como un poder, como un derecho o como una facultad. Pero ¿qué es realidad?

19. FRANCO SODI CARLOS, El procedimiento penal mexicano. México, Porrúa 1957, pag. 28.

20 FLORIAN, EUGENIO. Op. Cit. pags. 176 y 177.

21 REIMUNDIN, RICARDO. Los conceptos de pretensión y de acción de la doctrina actual, Buenos Aires, 1966, p. 53.

Consideramos que la facultad que tiene el Ministerio Público es, sin lugar a dudas, un deber, una obligación ineludible de dicho órgano.

El Ministerio Público debe, obligatoriamente, ejercitar la acción una vez reunidos los requisitos legales para hacerlo, y una vez ejercitada, no puede, bajo ningún pretexto, suspender o paralizarlo tan solo por su voluntad, porque con ello estaría rebasando sus funciones, estaría resolviendo el asunto arrogándose facultades que únicamente competen al órgano jurisdiccional.

No opina de igual forma el jurista Miguel Ángel Castillo, quien refiere que la acción penal para el Representante Social, más que una obligación representa un poder, definiendo lo señalado con la siguiente frases : Ese poder otorgado al Ministerio Público lo faculta para disponer a su arbitrio de la acción, lo que es congruente debido a que “poder” significa, conforme al Diccionario de la Lengua Española, facultad o potencia de hacer una cosa. En cambio si no hubiera esa facultad o potencia para decidir, ya no podríamos hablar de poder, sino de obligación. Sea poder, sea derecho, su titular, el Ministerio Público, dispone de la acción a su arbitrio, sin que nada ni nadie lo remedie, porque tiene ese poder para actuar, ya que no representa para él una obligación.²²

Pero ¿qué podemos hacer ante esa situación?. La ley le otorga ese derecho, de la misma manera que la doctrina habla de

22. MIGUEL CASTILLOS SOBERANES. El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal en México. Unam. 2a. de México 1993 pag. 37 y 38.

ese poder jurídico de excitar y promover, y por último, la jurisprudencia de la Corte lo reconoce y convierte al Ministerio Público en un ser omnipotente "tendiente a restringir las facultades del Poder Judicial de la Federación y a dar facultades omnímodas al Ejecutivo a través del Ministerio Público, al que administrativa y políticamente controla".²³

Reconocemos que el Ministerio Público, tiene autonomía y decisión exclusiva sobre el ejercicio de la acción penal; sin embargo no significa esto que se restringe las facultades del órgano jurisdiccional, toda vez que ha este no se le podría dotar de facultades investigadoras y mucho menos concederle atributos sobre el ejercicio de la acción penal, pues quedaría el juzgador también como parte, viéndose el procesado irremediamente condenado dentro de la causa penal que se instruyera. Además de considerar la titularidad de la acción penal ejercida por el Ministerio Público, debemos recordar, que durante la indagatoria, al tener la certeza que existe una conducta delictuosa, el Representante Social debe consignar la averiguación previa ante el juzgado correspondiente.

Agrega Miguel Ángel Castillos Soberanes, en su obra *El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal*, que se considera como algo inadmisibile; se viola con ello toda las reglas del buen juicio, del racionio, es aberrante, monstruoso. De este modo se expresan los detractores del Ministerio Público; nosotros no nos consideramos detractores o abolicionistas de esa institución, simplemente pugnamos

23 OTERO DE LA TORRE, IGNACIO. "La omnipotencia del Ministerio Público en Materia Penal", revista el economista, México, tomo XI, número 129, 1| de julio de 1944, pag. 30.

por una mejor administración de justicia, queriendo con ello erradicar de manera absoluta y como lo dijera Martínez Pineda, "con certificado de defunción incontestable" ²⁴, al monopolio de la acción penal.

Por tanto para evitar complicaciones entre la doctrina y aun por las interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación le ha dado a la acción penal, consideramos que cambiando el término de "poder" por el de "deber" u "obligación", nos evitaríamos embrollos y, a decir verdad, esto es lo que siempre debió haber prevalecido. Esta es el verdadero sentir del Constituyente de 1917, ya que nunca considero al propio Estado, por medio del Ministerio Público, como detentador exclusivo, pues este tiene la obligación insuperable de ejercitar la acción penal, y a la vez, el ofendido debe estar facultado para exigir al Ministerio Público que lo haga.

Es innegable que la doctrina, la legislación y, mas aun, la jurisprudencia de la Corte, se olvidan que el proceso penal es un proceso de partes, por lo que debe respetarse el principio de igualdad procesal; por tanto no se debe relegar al olvido al ofendido, restándole oportunidades, violando así de manera flagrante dicho principio , pues actualmente se le considera como "nadie" en el proceso penal y solo se le conceptúa como parte cuando demanda la reparación del daño. ²⁵

24 MARTÍNEZ PINEDA ÁNGEL. Estructura y Valoración de la Acción Penal, México, De. Azteca 1968, pag. 37.

25 MIGUEL ÁNGEL CASTILLO SOBERANES. El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal en México. Unam. 2a. de. México 1993 pag. 39-40

Nos adherimos a la idea de Miguel Ángel del Castillo, pues debe ser una obligación permanente del Representante Social, la persecución de los delitos, y el ejercicio de la acción penal, para de esta forma excitar al órgano Jurisdiccional a efecto de que se lleve a cabo una correcta administración de justicia, sin olvidar nunca que a una persona se le ha violado en sus derechos, el agresor a transgredido la norma penal y por tanto debe aplicársele una sanción acorde al hecho delictuoso, por lo que resulta de suma importancia que el sujeto pasivo pueda intervenir en el proceso que se le instruya al indiciado, si bien es cierto que puede coadyuvar con el Ministerio Público, también es cierto que esta coadyuvancia es limitativa y siempre estará bajo la supervisión del Fiscal, quien a criterio propio decidirá si es conveniente o no, las pruebas que pudiera ofrecer el ofendido; vemos de esta forma que el pasivo queda restringido en sus derechos que le han sido lesionados y que no existe forma de restituirlos a menos que sea a través del Juicio de Amparo con fundamento en el párrafo cuarto del artículo 21 Constitucional o como lo hemos reiterado del Ministerio Público.

Queda de manifiesto que gracias a la acción penal se faculta y se excita al juzgador a efecto de abrir un proceso penal, buscando llegar a la verdad jurídica de los hechos, utilizando todos los medios probatorios a su alcance aceptados por la ley, para de esta forma aplicar la norma abstracta al caso concreto, a través de la sentencia. Podemos afirmar que la acción penal materializada en el pliego de

consignación, es el impulso de todo proceso penal el cual debe agotarse hasta su total resolución.

Como formas de extinción de la acción penal el Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal en su Título Quinto señala las siguientes :

1.- La muerte del delincuente, asimismo extingue las sanciones impuestas pero de no igualmente el pago de la reparación de daño.

2.- La amnistía extingue la acción penal en los mismos términos que la muerte del delincuente.

3.- El perdón legal del ofendido o quien este legitimado para otorgarlo; pero solo extingue la acción penal en los delitos perseguibles por querrela, puede otorgar el perdón ante el Ministerio Público o ante el Juzgado correspondiente y tiene el caracter de irrevocable.

4.- El reconocimiento de inocencia e indulto; este se concede solo en el caso de existir una sentencia irrevocable, el primero de ellos procede cuando aparece que el sentenciado es inocente, absolviéndolo de la reparación del daño y en el segundo caso, cuando el sentenciado tiene un alto grado de readaptación y su libertad no representen un peligro para la tranquilidad y seguridad publica; siempre y cuando no haya cometido uno de los delitos de traición a la patria, espionaje, terrorismo, sabotaje, genocidio, delitos contra la salud,

violación, delitos intencional contra la vida y secuestro, ni que sea reincidente por delito intencional; el único facultado para conceder el indulto es el Ejecutivo Federal.

5.- Otra forma de extinguir la acción penal, es el mero transcurso del tiempo, es decir, la prescripción.

6.- Por último mencionaremos la vigencia y aplicación de una nueva ley más favorable.

2.2 OFICIOSIDAD DE LA ACCIÓN PENAL

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

En efecto, así lo establece el principio de la oficialidad que consisten en que el ejercicio de la acción penal debe darse siempre a un órgano del Estado. De la misma forma actúa el principio de la publicidad, ya que al cometerse un delito, se lesiona con ello a la sociedad, y por ende, al interés público, razón por la cual debe ser un órgano del Estado el encargado de velar por los intereses de esta, reprimiendo el delito a través de un órgano instituido para tal efecto que, como ya habíamos dicho es el Ministerio Público.²⁶

Es de vital importancia que sea el Estado quien oficiosamente tenga la facultad del ejercicio de la acción penal, pues de otra forma el dejar esta facultad al particular, este no siempre ejercitaría la acción correspondiente, poniendo en primer termino sus intereses personales por encima del interés general, situación que afectaría la seguridad jurídica dentro de la sociedad.

Bajo la vigencia de la constitución de 1857, la investigación de los delitos correspondía únicamente a los jueces, quienes ejercían funciones de Policía Judicial. Y por cuanto al Ministerio Público, este estaba impedido para practicar investigaciones por si

26 MIGUEL CASTILLO SOBERANES, El Monopolio De La Acción Penal, pag. 56-57.

mismo, y no tenía otra función más que poner en manos del juez competente las averiguaciones que hubiere recibido y en el caso de que se practicara diligencias por parte del agente de la policía judicial, estaba obligado a remitirlas al juez competente dentro de las treinta y seis horas de haberla realizado. Y cuando el detenido era puesto a disposición del Juez, el mismo o sus agentes compelian a los reos a declarar en su contra, inclusive aplicándoles tormento.²⁷

Quien tiene a Juez por acusador, a quién necesitará por abogado, nos cuestionamos, pues difícilmente y nos atreveríamos a decir que es una misión poco menos que imposible, obtener una sentencia favorable o por lo menos benévola, pues el juez es parte con lo que es evidente una parcialidad enorme a favor de él, no existe forma alguna de equiparar la desventaja en favor del órgano jurisdiccional; se aprecia que en esa época no hay ninguna garantía para el inculpado, por tanto es una situación jurídica sumamente represiva y autoritaria.

En los debates del Congreso Constituyente de 1856-1857, no prospero la idea de instituir al Ministerio Público. De este modo, se permitía al ofendido por el delito acudir directamente a los tribunales, ya que se considero que al particular ofendido por el delito no debía ser sustituido por ninguna institución, además de que, con el Ministerio Público independizado este del órgano jurisdiccional, retardaría la acción de la justicia, pues se tendría que esperar a que dicho

27. MIGUEL CASTILLO SOBERANES . Op. Cit: pag. 56-57.

órgano ejercitara la acción penal.

No fue sino hasta la Constitución de 1917 cuando se implanto de manera definitiva al Ministerio Público con sus funciones de persecución e investigación de los delitos, teniendo bajo su mando inmediato a la policía judicial.

Así se privo a los particulares de su derecho de acudir a los tribunales, lo mismo que su derecho público subjetivo de ejercitar acción penal, pues ahora deberán hacerla valer ante el Representante Social ante el único órgano legitimado para ello : el Ministerio Público.²⁸

Consideramos que por esta razón el Representante Social debe de buscar la verdad jurídica y llegar al fondo de cada averiguación previa de manera oficiosa, actitud que en la practica deja mucho que desear, en gran medida por los pocos recursos con los que se cuentan y otra mas por la falta de capacitación en la investigación y persecución de los delitos, la facultad-deber del Ministerio Público otorgada por el particular, no debe limitarse a una somera investigación , creemos que el particular debe tener la obligación de coadyuvar con la autoridad, y asimismo tener la facultad de exigir en determinado momento la consignación ante los tribunales del expediente respectivo, y no solo tener la opción de exigir en cuanto a la reparación del daño; es decir, se necesita una sociedad mas activa y que no se quede inmune ante la corrupción y que denuncien en todos los casos los

28 MIGUEL CASTILLO SOBERANES. Op. Cit. pag. 56-57.

ilícitos, que aporten pruebas y datos a la autoridad.

Empero, al privar al particular de ese derecho, el Estado se comprometió a ejercerlo en su lugar, quien por ello resulta obligado a hacerlo y el particular debe estar facultado para que se cumpla ese derecho que se le ha quitado.

El legislador, aparte de las razones expuestas en la parte relativa a los debates del Constituyente de 1916-1917, vio las desventajas de dejar en manos del particular el ejercicio de la acción penal, quedando a su arbitrio el ejercicio o no, dejando de esta forma infinidad de delitos impunes, pues los tribunales estarían impedidos para actuar sin previa ejercicio de la acción; de este modo, el particular podía autocomponerse con el infractor, no habiendo así seguridad jurídica. Así el Estado instituyó la figura del Ministerio Público como un órgano especializado y de buena fe, para que él, en representación del individuo y de la sociedad, ejercitara acción penal; velando de esta manera por el interés social que debe prevalecer siempre por encima del interés particular.²⁹

29 MIGUEL CASTILLO SOBERANES Op: Cit: pag. 56-57.

2.3 LA QUERELLA EN LA ACCIÓN PENAL

Como hemos apuntado, la querella, es un requisito de procedibilidad para la persecución de algunos ilícitos, que sin duda alguna alteran el orden social, sin embargo afectan de sobremanera el orden familiar y por esa razón se deja al libre arbitrio de los afectados la facultad de acudir ante el Representante Social a presentar dicha querella. La afectación sufrida puede ser grave, pero mas grave puede ser su publicidad del delito, tal es el caso de estupro, el robo entre cónyuges, el abuso de confianza entre otros, por lo que se prefiere a veces no presentar dicha querella. Otra razón, además de la esgrimida, y que sirve como sustento para que este tipo de delitos sea perseguible a petición de parte y no de oficio, es en cuanto se refiere a los delitos de carácter patrimonial, a nuestro juicio es acertada dicha reforma, en virtud de que cuando una persona es afectada en su patrimonio, lo primero que le importa es recuperarlo, sin interesarle muchas veces, el castigo o no del delincuente, quien con la esperanza de obtener el perdón legal, puede devolver el monto obtenido de forma ilícita, como es el caso de fraude; caso contrario sucede en el delito de robo, toda vez que de nada o poco le sirve al agresor, regresar lo hurtado al legítimo dueño, porque no es garantía de atenuar la penalidad y no procede para efectos de extinguir la acción penal, en este caso el perdón legal por parte del ofendido; consideramos que en esta situación ayudaría solo al delincuente, si el juez considera por este acto de devolver lo robado,

como una persona de media o baja peligrosidad y con posibilidades de una pronta readaptación. Otra razón válida para que algunos delitos se sigan solo a petición de la parte ofendida, es porque hay delitos que no revierten gran importancia para la sociedad, y que el daño al particular es mínimo, y se invierte una gran cantidad de esfuerzo y tiempo, para esa mínima agresión, tal es el caso de las injurias, amenazas, algunas lesiones de las que no ponen en peligro la vida, estos ilícitos no solo son considerados por la sociedad como delitos menores, sino que atrasan grandemente la investigación y persecución de delitos que requieren de una detallada, minuciosa y profunda investigación; y se necesita de el mayor tiempo posible para la debida integración de la averiguación previa, es correcto a criterio nuestro que estas conductas antijurídicas, solo sean perseguibles a petición de la parte agraviada, pues vemos con frecuencia que en la gran mayoría de casos de este tipo de delitos no llegan a la sentencia, ya que antes de pronunciarse esta se les otorga el perdón legal a los indiciados o procesados, porque los pasivos se percatan de que no les afecta, sino en lo mínimo el injusto penal. Aquí cabe mencionar que el derecho penal debería, ser mas practico, en estos casos una forma adecuada sería que el procedimiento para determinados delitos, obligatoriamente fuera un procedimiento sumario, para la pronta resolución a delitos que no revierten gran trascendencia. Y de esta manera dar agilidad a la procuración y administración de justicia.

Somos de la idea que ningún delito debe quedar impune, sin embargo, la penalidad y procedimiento debe ser acorde al

injusto penal cometido, no podemos admitir que un delito, cuya pena no excede de uno o dos años, se lleve un proceso de seis meses o mas; esto por que al momento de dictar sentencia, cuando esta sea la mínima y considerando que el procesado se encuentra recluido, este ya habría pagado su sentencia y quizás hasta en exceso, aquí el juzgador se enfrentaría a un dilema y no tiene absoluta libertad para aplicar la pena correspondiente, en caso de que el procesado sea el autor del delito, toda vez que como hemos mencionado en caso de merecer la mínima sanción, si esta es inferior al tiempo que ha estado recluido el activo, obviamente el juez no impondrá esa pena, sino impondrá una mayor; por lo tanto se debe ser mas cuidadoso en este sentido, logrando una correcta aplicación de la ley penal.

Lo antes vertido significa una violación a la esfera jurídica de cada individuo, como lo es también cuando se ejercita acción penal por un delito que solo se persigue por querella y esta no existe, no obstante que en la conducta desplegada surja delito diverso perseguible de oficio, en este caso el Ministerio Público al integrar todos y cada uno de los elementos del tipo, y percatarse de quien el presunto responsable, debe consignar el expediente ante el órgano jurisdiccional, pero solo por el o los delitos que se persiguen de oficio y dejar abierta la averiguación previa por lo que hace al delito que se sigue por querella; esto es porque el Fiscal no puede ni debe cerrar una averiguación previa cuando presumiblemente existe un delito y se tiene la duda si el ofendido quiere o no presentar querella.

Una manera de no dejar averiguaciones abiertas, cuando se tiene la presunción de un delito que requiere para su integración la voluntad del pasivo o sus legítimos representantes, y que estos no quieren presentar la querella correspondiente, por no tener interés alguno en que se persiga el injusto penal; es que éste presente su querella y otorgue el perdón legal, de esta forma se concluiría la averiguación previa en archivo definitivo y no quedaría en la agencia investigadora como un expediente abierto y que distrae la atención del Ministerio Público, para el mejor desempeño en la investigación de otros delitos.

2.4 CONDICIONES OBJETIVAS DE PROCEDIBILIDAD

Señala Osorio Nieto, que los requisitos de procedibilidad son condiciones legales, que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso, al comprobar un hecho delictuoso ejercitar la acción penal contra el presunto responsable de la conducta típica.

Nuestra Constitución Política General, señala en su artículo 16, como requisitos de procedencia la denuncia, acusación o querrela, como hemos visto en el capítulo primero del presente trabajo, la denuncia consiste en hacer del conocimiento a la autoridad ministerial, la presunción de un hecho delictuoso, para la presentación de la denuncia, no se requiere calidad, ni forma alguna, pues basta presentarse ante la autoridad y decir en que consiste el hecho delictuoso, teniendo el Ministerio Público la obligación de tomarle su declaración al denunciante, y recabar la mayor información posible, sobre los hechos; sucede diferente con la querrela, puesto que para que esta proceda, si se requiere de calidad por parte de quien la presenta, solo están facultados para presentarla los ofendidos o su legítimos representantes, sin importar la edad, o alguna otra característica personal, es decir, basta que exista un vinculo entre el pasivo y quien se querrela contra actos sufridos y ocasionados a este pasivo. La acusación es la imputación directa que se hace a una persona, de un injusto penal.

Ahora bien, hemos señalado que hay delitos perseguibles de oficio y otros de querrela, esto obedece a la peligrosidad

e importancia que ellos adquieren dentro de la sociedad. En las legislaciones estatales, existen diferencias en cuanto a la tipificación de las conductas, en algunos Estados existen conductas las cuales son consideradas como delitos, mientras que esas mismas conductas en otros Estado no lo son, como ejemplo podemos mencionar las injurias, que existen en el Código Penal para el Estado de México, sin embargo en el Código Penal para el Distrito Federal no existe este delito, no obstante que la diferencia; de igual manera, existen conductas sancionadas en algunos Estados pero, para su persecución, es decir como requisito de procedibilidad requieren de querrela, mientras que en otros son perseguibles de oficio, mencionamos nuevamente al estado de México, quien hasta hace muy poco la lesiones que ponen en peligro la vida y que tardan en sanar mas de quince días, enmarcadas en el artículo 289 en su segunda parte del ordenamiento legal antes invocado, eran perseguibles de oficio, y en el Distrito Federal eran, seguidas solo a petición de parte; no existe pues, una uniformidad de criterios, podríamos en m determinado momento pensar que esto es porque las condiciones de cada Estado son diferentes, más no es así, toda vez que las condiciones del área metropolitana el Distrito Federal son casi muy parecidas; sin omitir, ni dejar de mencionar que si existen diferencias grandes con otras entidades, pero aun así, a criterio nuestra debería unificarse el Sistema Penal Mexicano, y tener un solo Código Penal vigente para toda la República, y en consecuencia determinar que delitos son perseguibles de oficio y cuales deben requerir querrela de la parte ofendida, para su persecución.

La condición o requisito, inicial para la integración de la averiguación previa, adquiere fuerza, a través de la indagatoria, ya que el representante Social, debe agotar todos los caminos a investigar con el objeto de establecer si se ha cometido o no un delito y quien o quienes son los autores del mismo y en su caso ejercitar acción penal sin cuestionar si el particular quiere o no que se ejercite la referida acción penal y solo en caso de que la parte agraviada acuda a otorgar el perdón legal ante el Ministerio Público, quien en este caso deberá resolver no consignar el expediente ante el juez. Es decir la sola voluntad del individuo para que se conozca del delito implica que se investigue y se llega a su total resolución, de forma que no sería concebible que el Fiscal Social tuviera que recabar la manifestación del particular quiere o no que se ejercite la correspondiente acción penal, perdería el carácter y función enaltecedora que el Representante Social quedaría sometida por completo a la voluntad del agraviado.

Es menester citar que al ejercitar la acción penal, el Ministerio Público pierde el carácter de autoridad, pasando a ser parte en el proceso penal (aunque bien es cierto que es una parte con algunos privilegios). Es decir, concluye su facultad investigadora de delitos y a partir de ese momento, solo el juez en forma exclusiva conocerá del expediente, por lo tanto el Representante Social, no puede, ni debe iniciar o continuar una averiguación previa al margen o paralela a la ventilada en el juzgado, respecto de los mismos hechos, lo anterior, en virtud de que quien se encuentra conociendo de esos hechos, es el juez, mismo

que deberá resolver en forma definitiva, aplicando la norma abstracta al caso concreto, situación que necesariamente debió solicitar el Ministerio Público. De tener el carácter de autoridad el Representante Social dentro del proceso se rompería el principio de igualdad de partes dentro de este, situación que dejaría en una enorme desventaja jurídica al infractor, no teniendo la sociedad la garantía de seguridad jurídica.

Debemos destacar que el Ministerio Público, debe procurar siempre esclarecer los hechos, así como conminar al ofendido o denunciante a que este aporte datos suficientes para dicho esclarecimiento, exhortando a que sin temor alguno denuncie o se querelle en contra del injusto penal, y no dejar impune un delito por temor a represalias o venganzas. Este es un problema que constantemente se le presenta al Representante Social, pues se ha perdido paulatinamente credibilidad en la procuración de justicia, y ciertamente existen grandes deficiencias en este rubro, empero nuestra actitud como ofendidos debe ser enérgica, y exigir al Fiscal investigador, que cumpla con su función : investigar y perseguir delitos, y en caso procedente consignar el expediente; en este sentido la querella no debe ser un obstáculo para el ejercicio de la acción penal, sino como el espíritu de la ley lo infiere una facultad procedimental en favor del ofendido.

CAPITULO TERCERO

EL DELITO.

3.1 EL DELITO EN LO GENERAL

Respecto del delito se han formulado conceptos unitarios y conceptos estratificados. Hubo quienes pretendieron dar una definición unitaria -negándose al análisis- y quienes sostemos la necesidad de un concepto estratificado, es decir de la determinación de diferentes planos analíticos.

Para los partidarios del concepto unitario del delito, delito es una infracción punible, ello es cierto, pero lo que nos interesa es saber qué caracteres debe tener una conducta para ser considerada una "infracción punible".

Toda vez que los supuestos conceptos unitarios se agotan en lo formal y, en definitiva, no son ningún concepto, siendo tremenda su mezquindad en consecuencias prácticas, no suelen ser sostenidos por penalistas, sino de preferencia por jusfilósofos (los kelsenianos).

Ante la inutilidad práctica de la teoría unitaria, se han impuesto las concepciones estratificadas del delito, que son las que se hallan generalizadas en la doctrina penal contemporánea.

Lo estratificado es el concepto obtenido por el análisis, no por el delito. Debe quedar muy claro que cuando afirmamos que el concepto o la explicación que damos del delito es estratificado, queremos decir que se integra por varios estratos, niveles o planos de análisis, por ello de ninguna manera significa que lo estratificado sea el delito; lo estratificado es el concepto que del delito obtenemos por vía del análisis.

Cuando queremos averiguar qué es delito (es decir, cuales son las características que debe tener un hecho para ser considerado como delito), necesariamente debemos buscar la respuesta en un Código Penal. Aun sin la necesidad de abrir un Código Penal, sabemos que los delitos no pueden ser otra cosa que conductas humanas, pues carece hoy de sentido hablar de delitos que no sean conductas humanas.

Afirmando que el delito es una conducta del hombre, sabemos que entre una infinita cantidad de conductas posibles, solo algunas son delitos. Para poder distinguir las conductas que son delito de aquellas que no lo son, acudimos al Libro Segundo del Código Penal, donde los dispositivos legales describen la conductas prohibidas a las que se asocia una pena como consecuencia. No habrá delito, pues, cuando la conducta del hombre no se adecue a alguno de esos dispositivos.

Técnicamente llamamos tipos a estos elementos de la ley penal que sirven para individualizar la conducta que se prohíbe con relevancia penal.

Cuando una conducta se adecua a alguno de los tipos legales, decimos que se trata de una conducta típica o lo que es lo mismo que la conducta presenta características de tipicidad.

De este modo, hemos obtenido ya dos caracteres del delito : genérico uno (conducta) y específico otro (tipicidad), es decir que la conducta típica es una especie del genero conducta.

No obstante con la sola característica de tipicidad no se individualiza suficientemente la especie del delito, a poco que leamos mas detenidamente el texto legal nos percataremos que no toda conducta típica es un delito, puesto que hay casos en que no hay delito porque no hay conducta (fuerza física irresistible, inconsciencia), otros en que no hay delito porque no hay tipicidad (algunos supuestos de error, cumplimiento de un deber jurídico) pero, también hay casos en que para la ley penal no hay delito pese haber una conducta típica.

En efecto vemos que hay supuestos en los que operan permisos para realizar acciones típicas. Tales como los casos de estado de necesidad, legitima defensa y en general los supuestos del legitimo ejercicio de un derecho. Técnicamente, decimos que en todos estos casos, opera una causa de justificación que excluye el carácter delictivo de la conducta típica.

De esto resulta que a veces hay permiso para cometer conductas típicas. Cuando la conducta típica no esta permitida, diremos que además de típica, será también contraria al orden jurídico funcionando como unidad armónica, por que de ninguno de sus

preceptos surge un permiso para realizarla. A esta característica de contrariedad al orden jurídico funcionando como un conjunto armónico - que se comprueba con la ausencia de permisos- la llamaremos antijuricidad y decimos que la conducta es, además de típica, antijurídica.

Consecuentemente, para que haya delito, no será suficiente con que la conducta presente la característica, de tipicidad, sino que se requerirá que presente también un segundo carácter específico : la antijuricidad.

Pese a esto, existen supuestos de los que se deduce que no toda conducta típica y antijurídica es un delito, porque menciona supuestos en que la conducta es claramente típica, en que nadie puede decir juiciosamente decir que hay permiso, y, sin embargo tampoco hay delito. Así, por ejemplo, el que por su incapacidad psíquica no puede comprender la antijuricidad de hacer el vulgarmente llamado loco, no comete un delito pero su conducta es típica y no se encuentra amparada por ninguna causa de justificación (porque el loco -por el mero hecho de ser loco- no “tiene permiso para matar”). El “loco” realiza una conducta típica y antijurídica, que no es un delito.

En doctrina, llamamos a la conducta típica y antijurídica, un “injusto penal”, reconociendo que el injusto penal no es aun un delito, sino que, para serlo, ha menester serle reprochable al autor en razón de que tuvo la posibilidad exigible de actuar de otra manera, requisito que no se da, por ejemplo, en el supuesto del loco a

quien en razón de su incapacidad psíquica- no se puede exigir otra conducta. A esta característica de reprochabilidad del injusto del autor es a lo que denominamos culpabilidad y constituye el tercer carácter específico del delito.

De esta forma esquemática habremos construido el concepto de delito como una conducta típica, antijurídica y culpable.³⁰

Delito	a) Carácter genérico : Conducta		Caracteres del injusto penal
		Tipicidad	
	b) Caracteres específicos	Antijuricidad	
		Culpabilidad	

30.- Manual de Derecho Penal. Eugenio Raúl Zaffaroni, pp. 335-341, Cárdenas Editor, México 1994.
pag. 857

Esta definición nos da la pauta a seguir, y así de esta forma, saber cuando se ha cometido un delito. Primeramente debemos preguntarnos, si hay una conducta desplegada (de acción o de omisión); una vez comprobado que se ha realizado una conducta, verificar si esta se encuentra prevista en un tipo penal, es decir que sea típica, si es así se cuestionara si es una conducta antijurídica, porque como hemos vistos líneas anteriores, puede apesar de ser una conducta típica, no ser delito, sino que son condiciones indispensables en todo delito, por tanto si es una conducta típica, pero amparada en causa de licitud enunciada en la legislación penal, será irrelevante y ocioso entrar al estudio, sobre si es reprochable o no dicha conducta; elemento siguiente que se debe atender para verificar si existe o no un delito.

Al respecto el Lic. Mauro Jiménez Cruz, en sus ponencias impartidas durante el Curso de Actualización para Agentes del Ministerio Público de la Federación en el año de 1997, impartido por la Procuraduría General de la República; señala :

Conducta.- Es un acto de voluntad, es aquél que se dirige al objeto alterándolo, en cambio un acto de conocimiento solo se limita a proveer de datos al observador, sin alterar el objeto en cuanto "material del mundo".

Por lo anterior cuando el derecho desvalora una conducta la conoce, es decir, se limita a proveerse de datos sin alterar el objeto de la conducta en el mundo material.

El derecho no pretende ser otra cosa que un orden regulador de la conducta y a diferencia de lo que la teoría causalista piensa el derecho no crea a la conducta sino que por el contrario respeta el carácter óntico-ontológico de la misma.

El derecho penal no puede crear un concepto de conducta y su concepto debe coincidir con el concepto cotidiano y corriente que tenemos de la conducta humana.

Acción y omisión a nivel de conducta son consideradas como acciones por lo que el término conducta incluye a la acción y a la omisión.

Los hechos humanos se subdividen en voluntarios e involuntarios y son precisamente los voluntarios los que consideramos conductas, por lo que sin voluntad no hay conducta, voluntario es el querer activo, el querer que cambia algo, el que quiere tiene voluntad y se mueve hacia el resultado, en cambio el que desea solo espera el resultado y se alegrará si sobreviene.

Puede un sujeto querer obtener una suma de dinero mediante la acción de apoderamiento, pero haber deseado esa acción, sino estar coaccionado a ella.

Voluntad implica finalidad porque no hay voluntad de nada o para nada, la voluntad siempre es algo tiene un contenido que la finalidad.

Si es inconcebible la conducta sin la voluntad y la voluntad sin la finalidad resulta por consecuencia que la conducta requiere siempre de una finalidad.

Acción es para los causalistas, la manifestación de la voluntad por medio del movimiento corporal (o de la ausencia de ese movimiento corporal) que produce un resultado.

Para la teoría finalista de la acción esta es : El ejercicio de la actividad final, que se basa en el conocimiento que tiene el hombre sobre la causalidad, para prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad.

La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, en cambio la pura causalidad no esta dirigida desde lo objetivo.

Para la Teoría Finalista la acción tiene dos fases una interna y otra externa :

INTERNA.-

a) El objetivo que se pretende alcanzar o la propuesta del fin.

b) Los medios que se empleen para su realización.

c) Las posibles consecuencias concomitantes.

EXTERNA

a) Puesta en marcha, ejecución de los medios para alcanzar el objetivo.

b) Resultado previsto y resultados concomitantes.

c) Nexo causal.

Mariano Jiménez Huerta, citado por Raúl Carrancá y Trujillo, y Raúl Carrancá y Rivas; escribe a propósito de la conducta : “la conducta tiene además del valor realista, que como elemento del delito corresponde un valor sistomático, puesto que implica una manifestación del carácter del sujeto, esto es una expresión del cuadro moral de la persona, útil para conocer su disposición o su capacidad criminógena. La conducta es, en mayor o menor grado, fiel reflejo de la personalidad de su autor; cuanto mas se identifique con esta personalidad, tanto mas plena y rica es de contenido, por el contrario, cuanto mas se separa de su personalidad tanto mas pobre y descolorida deviene, sin llegar a perder por ello su relieve penal. El valor sintomático que la conducta ofrece asume decisiva importancia en orden a la culpabilidad y a la individualización de la pena, pues la conducta pone muchas veces al descubierto características biosíquicas del agente y constituye manifestación de una tendencia íntimamente conexas a la estructura de su personalidad. La impronta de esta personalidad dejando en la conducta criminosa marca con huella indeleble la peligrosidad permanente o transitoria del autor, “³¹

Acertadamente señala, Francisco Pavón Vasconcelos que: “Las formas de conducta: son: acción y omisión; ésta última se divide en omisión simple y en omisión impropia o comisión por omisión. La acción consiste en la conducta positiva, expresada mediante

31 Código Penal Anotado Raúl Carranca y Trujillo; y Raúl Carranca y Rivas. De. Porrúa, México 1995 pp 1149 pag. 31-32 (Panorama del delito, imp. universitaria, México 1950, pags. 131-132).

un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibitiva. La omisión es conducta negativa, es inactividad voluntaria con violación de una norma preceptiva (omisión simple), o de ésta y una prohibitiva (omisión impropia o comisión por omisión)".³²

Por su parte en el libro de Elementos Elementales de Derecho Penal Castellanos Tena afirma "el concepto de conducta es, el comportamiento humano, voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito".³³

Refieren Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas que "La conducta es el elemento básico del delito, pues lo primero que se requiere para que exista es que se produzca una conducta humana. Consistente en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre. Si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico. Y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado".³⁴

32. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México D. F. 1995, página 181.

33. Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial. Porrúa, 35ª edición, México, 1994, p. 165.

34. Carrancá y Rivas, Raúl y Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa, S.A., 18ª ed., México, 1994, p 275.

De lo asentado, se infieren los siguientes elementos de la conducta, a saber:

1. Un comportamiento positivo o negativo.
2. Un resultado.
3. Una relación de causalidad entre el acto y el resultado.

En lo concerniente al primer elemento, consiste en una actividad corporal externa y consta de un elemento físico (movimiento) y de uno psíquico (voluntad del sujeto) y dicha actividad produce un resultado y existe un nexo causal entre la conducta y el resultado.

La voluntad se refiere al querer de la acción, por eso es que se dice que existe una relación de causalidad, al presentarse un nexo psicológico entre el sujeto y la actividad, donde la voluntad va dirigida a la realización de la acción. Así pues, la relación de causalidad será el nexo entre la conducta y el resultado de la misma. Respecto a este elemento existen dos doctrinas: la generalizadora (o teoría de la equivalencia de las condiciones), la cual toma en cuenta absolutamente todas las condiciones como causa del resultado; y la individualizadora que considera sólo a una de las condiciones como productora del resultado (teoría de la última condición, de la más eficaz, prevalencia o causa decisiva, de la causa eficiente y de la adecuación o causación adecuada).

Por último, el resultado viene a ser la mutación operada en el mundo exterior (material) o el peligro de su producción (resultado formal).

En cuanto a las formas de conducta, existen dos: la acción y la omisión. Esta a su vez puede ser omisión simple (omisión propia) o comisión por omisión (omisión impropia). A continuación explicaremos cada una de ellas.

La Acción: Consiste en la actividad o movimiento corporal voluntario del hombre, dirigido a la producción del resultado penalmente tipificado

Omisión Simple: Radica en un no hacer voluntario o involuntario, violando una norma preceptiva. Verbigracia: en el abandono de cónyuge o de hijos, en donde la norma penal exige que el sujeto activo del delito observe una actividad o comportamiento positivo, y este se mantiene inactivo.

Comisión por Omisión: En esta forma de conducta, a diferencia de la omisión simple, existe un delito de resultado material por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario, violando una norma preceptiva y una norma prohibitiva. O sea que en este caso, se vulneran dos normas: una preceptiva (la que ordena actuar) y otra prohibitiva (la que impone la obligación de abstenerse de actuar).

Por lo que se refiere a la tipicidad, el tipo de instrumento legal lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva que tiene por función la

individualización de conductas humanas penalmente relevantes por estar penalmente prohibidas.

Para el ilustre Celestino Porte Petit, tipicidad “es la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo”.³⁵

Podremos asegurar que tipicidad es la adecuación de la conducta a un tipo penal; el tipo es la formula que pertenece a la ley, en cambio la tipicidad pertenece a la conducta, el tipo permite averiguar sobre la tipicidad de una conducta.

Advierte Raúl Carrancá y Rivas y Raúl Carrancá y Trujillo, que tipo es “... la acción injusta descrita concretamente por la ley en sus diversos elementos y cuya realización va ligada a la sanción penal...”.³⁶

No podemos omitir la opinión que refiere el jurista Jiménez de Asúa, quien indica que tipicidad es “la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción”.³⁷

Antijuricidad, esta consiste en el choque de la conducta con el orden jurídico. La antijuricidad no nace del derecho penal sino de todo orden jurídico, porque la antinormatividad puede ser neutralizada por un permiso proveniente de cualquier parte del derecho.

35. Porte Petit Candaudap, Celestino, Op. cit., p. 471

36. Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, Op. cit., p. 423.

37. Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, 2° ed., Edit. Losada, p. 744. S.A., Buenos Aires, 1958, p. 742.

La antijuricidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del orden jurídico.

Entendemos la antijuricidad como todo aquello contrario a derecho. Es decir todo aquello que rompe con la armonía dentro de la sociedad, antijurídico.

Consideramos prudente citar al destacado penalista Castellanos Tena, quien con respecto a la antijuricidad asegura que "radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo".³⁸

Por otra parte el catedrático Francisco Pavón Vasconcelos define que : "La antijuricidad es un juicio valorativo, de naturaleza objetiva, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el Estado".³⁹

Debemos hacer mención a las palabras de sobresaliente jurista Celestino Porte Petit, quien más que darnos una definición, nos indica el momento en que a su buen juicio existe la antijuricidad refiriendo que esta existe "cuando habiendo tipicidad no esté el sujeto amparado o protegido por una causa de licitud".⁴⁰

Así las cosas, podemos afirmar que la antijuricidad es aquella conducta típica que, sin estar amparada por una causa de licitud, lesiona bienes jurídicos protegidos por la norma penal.

38. Castellanos Tena, Fernando, Op. cit., p. 176.

39. Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. cit., p. 310.

40. Porte Petit Candaudap, Op. cit., p. 380.

Culpabilidad, es la reprochabilidad del injusto al autor. A quien se le reprocha por no haberse motivado conforme a la norma, teniendo la posibilidad de conducirse conforme a la misma, ya que en esa circunstancias le era exigible motivarse conforme a la norma.

Elementos de la culpabilidad :

a) Imputabilidad o capacidad de culpabilidad.

1.- Capacidad de comprender lo injusto del hecho (momento cognoscitivo).

2.- Capacidad de determinar la voluntad conforme a esa comprensión.

b) Conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido.

Requiere como requisito que el sujeto sea imputable, es decir, que tenga capacidad de comprender el injusto.

c) La exigibilidad de un comportamiento distinto.

Para el sistema finalista el juicio de reproche por realización de una conducta típica y antijurídica, se realiza cuando el sujeto tuvo la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y la capacidad de motivarse o determinarse de acuerdo a esa comprensión (imputabilidad), además tuvo conciencia de la antijuricidad de la conducta realizada, y por último, al sujeto le era exigible realizar una conducta no contraria a la ley y pudiendo obrar de este modo, no lo hace.

3.2 CLASIFICACIÓN

Advierten Raúl Carranca y Rivas, y Raúl Carranca y Trujillo, que la más importante clasificación de los delitos es la siguiente :

a) De resultado y de mera conducta, según que se consumen un cambio en el mundo exterior o un peligro de cambio; por ejemplo, de peligro los artículos. 164, que refiere a las asociaciones delictuosas; 209, que señala la provocación de un delito; 335, 336, los cuales contemplan el abandono de personas; todos Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal.

b) Instantáneos, permanentes o continuados, según que sea el resultado que se integre por completo como consecuencia inmediata de un solo acto u omisión; o que el transcurso interrumpido del tiempo lo integre sin variar su naturaleza propia; o que el resultado se integre por porciones de su realización; delito instantáneo es del artículo 330 Código Penal y permanente el del artículo 267 del citado Código.

c) Formales y materiales según que el cambio en el mundo exterior sea solo normativo o que sea material.

d) Simples y complejos según que el resultado típico sea único o que sea vario.

e) De acción y omisión.

f) De persecución de oficio o solo previa querrela del ofendido, según que se requiera o que sea indispensable el requisito de procedibilidad procesal consistente en la querrela del ofendido.

g) Del orden federal y del orden común.

h) Dolosos o intencionales, y culposos o imprudenciales.

i) Comunes, políticos o sociales, según que afecten a los bienes jurídicos tutelados en bien de la personalidad humana en si misma considerada, o que afecten los intereses del Estado a través de sus instituciones representativas, o que afecten a los elementos que intervienen en la producción económica en su función misma. Sobre los políticos, citamos como ejemplo los señalados en el artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la república en Materia del Fuero Federal, que considera como delitos de carácter político los de rebelión, sedición, motín y el de conspiración para cometerlos.⁴²

Por su parte Castellanos Tena, señala como clasificación de los delitos la siguiente :

a) En función a su gravedad. Según su división bipartita, se distinguen los delitos de las faltas; la clasificación tripartita habla de crímenes, delitos y faltas o contravenciones. Se consideran crímenes los atentados contra la vida y los derechos naturales del

42 Código Penal Anotado, Raúl Carranca y Trujillo, Raúl Carranca y Rivas. paginas 148-149. Editorial Porrúa pags. 1149 México 1991 Decimosexta edición.

hombre; los delitos las conductas contrarias a los derechos del contrato social, como el derecho de propiedad; las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno.

Debemos destacar que dicha clasificación, pierde actualidad en México, en virtud de que solo existen delitos en general, sin hacer ninguna distinción entre crímenes y delitos, aunque la comúnmente se asocie al homicidio o algún ilícito de gran impacto como un crimen. Y por otra parte a la infracciones se le contempla de una manera administrativa.

b) Según la Forma de la Conducta del Agente. Por la conducta del agente, pueden ser de acción u omisión.

Agrega el jurista Catellanos, que los delitos de omisión violan una ley dispositiva, en tanto los de acción infringen una prohibitiva.

c) Por el Resultado. Según el resultado que producen los delitos se clasifican en formales y materiales. A los primeros también se les llama delitos de simple actividad o de acción; y a los segundos se les llama delitos de resultado.

d) Por el Daño que Causan. Con relación al daño resentido por la víctima, o sea en razón del bien jurídico, los delitos se dividen en delitos de lesión y de peligro.

e) Por su Duración. Los delitos se dividen en instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

Instantáneo, la acción que consuma se perfecciona en un solo momento. "El carácter de instantáneo -dice Soler-, no se lo dan a un delito los efectos que él causa sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria". El evento consumativo típico se produce en un solo instante, como el homicidio y el robo.

Instantáneo con efectos permanentes, es aquel cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado en forma instantánea, en un solo momento pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo. El homicidio, por ejemplo, se destruye instantáneamente el bien jurídico de la vida y la supresión del mismo, consecuencia de la conducta perdura para siempre; en las lesiones el bien jurídico protegido, (la salud o la integridad corporal), disminuye instantáneamente como resultado de la actividad humana, pero la alteración en la salud permanece por determinado tiempo.

Continuado, en este sentido se dan varias acciones y una sola lesión jurídica, Es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución. Como ejemplo puede citarse quien decide robar veinte botellas de vino, pero para no ser descubierto roba de una en una.

Permanente, Porte Petit, enumera como elementos del delito permanente : a) una conducta o hecho; y b) una consumación mas o menos duradera. A su vez el segundo elemento comprende tres momentos, a saber : 1) un momento inicial identificado con la

comprensión del bien jurídico protegido por la ley; 2) Un momento intermedio, que va desde la comprensión del bien jurídico hasta la cesación del estado antijurídico; y 3) Un momento final, coincidente con la cesación del estado compresivo del bien jurídico.⁴³

f) Por Elemento Interno o Culpabilidad. Se clasifican en dolosos y culposos; aunque algunos autores agregan los llamados preterintencionales.

g) Delitos Simples y Complejos.

h) Delitos Insubsistentes y Plurisubsistentes. Los primeros son los que se forman con un solo acto, mientras que los segundos se conforman por varios actos. Como ejemplo del primero podemos citar el homicidio y del segundo el precepto que menciona “al que viole dos o mas veces el reglamento o disposiciones sobre transito o circulación de vehículos, en lo que se refiere a exceso de velocidad”, porque cuando esa violación ocurre una sola vez, no se integra el tipo y, en consecuencia , no se conforma el delito.

i) Delitos Unisubjetivos y Plurisubjetivos. Esta clasificación atiende a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo.

j) Por la forma de su persecución, Son privados o de querrela necesaria y de oficio; Manuel Rivera Silva, citado por Castellanos, opina que no deben existir delitos según el criterio de los ofendidos : el derecho penal tan solo debe tomar en cuenta intereses

43 Programa de la parte General de derecho Penal pag. 222, México 1958.

sociales y, por lo mismo, no abrazar situaciones de carácter exclusivamente particular. Si el acto quebranta la armonía social, debe perseguirse independientemente de que lo quiera o no la parte ofendida y si por cualquier razón vulnera únicamente intereses particulares, ese acto debe desaparecer del catalogo de los delitos para ir a hospedarse a otra rama del Derecho.

No compartimos la idea vertida, en razón de que la conducta no deja de ser delictiva, es decir el delito subsiste, pero la ley concede al particular el beneficio que a criterio de él, la persecución o no del delito, pues muchas de la veces perjudica mas a la víctima la persecución del delito que su impunidad. Por lo tanto seria incorrecto quitar del catalogo de los delitos los perseguibles por querrela.

k) Delitos Comunes, Federales, Oficiales, Militares y Políticos. Los delitos comunes constituyen la regla general; los federales los enumera la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, los delitos oficiales, son lo que comete un servidor o funcionario público en ejercicio de sus funciones (mejor dicho en abuso de ellas); los del orden militar afectan la disciplina del Ejército, y los delitos políticos, son aquellos que se cometen contra la seguridad del Estado, el funcionamiento de sus órganos o los derechos políticos reconocidos por la Constitución.⁴⁴

l) Clasificación Legal. El Código Penal para el

44 Fernando Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A. México 1983, páginas 135-147.

Distrito Federal, en el Libro Segundo, reparte los delitos en veinticuatro Títulos a saber : Delitos contra la seguridad de la nación; Delitos contra el Derecho Internacional, Delitos contra la humanidad, Delitos contra la seguridad pública, Delitos en materia de vías de comunicación y de correspondencia, Delitos contra la autoridad, Delitos contra la salud, Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres, Revelación de secretos, Delitos cometidos por servidores públicos, Delitos cometidos contra la administración de justicia, Responsabilidad profesional, Falsedad, Delitos contra la economía pública, Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, Delitos contra el estado civil y bigamia, Delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones, Delitos contra la paz y seguridad de las personas, Delitos contra la vida y la integridad corporal, Delitos contra el honor, Privación ilegal de la libertad y otras garantías, Delitos contra las personas en su patrimonio, Encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita, Delitos electorales y en materia de registro nacional de ciudadanos.⁴⁵

Como conclusión de las clasificaciones vertidas, podemos considerar la siguiente :

1) De acción o de omisión.

Mencionaremos brevemente que los de acción se cometen mediante un comportamiento positivo, un hacer, una realización

45 Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Orden Común y para toda la República en Materia del Orden Federal

material de la persona; y lo de omisión un dejar de actuar, es decir la abstención de un ordenamiento.

2) Por su resultados, formales o materiales

Se consideran delitos formales aquellos que violan un tipo penal, sin ser necesaria para su integración la producción de un resultado externo, como ejemplo citamos la portación de arma de fuego, la posesión de cualquier estupefaciente, etc. Y son delitos materiales aquellos que producen un cambio en el mundo exterior como las lesiones, la violación, el robo, etc.

3) De lesión o de peligro.

Los primeros son aquellos que ocasionan un daño inmediato a la víctima, y que para ser considerados como ilícitos deben ocasionar este daño, de otra manera no sería factible que existiera el delito, verbigracia el homicidio, el daño en propiedad ajena, etc. Y los segundos, son aquellos que no necesariamente deben ocasionar un daño a la víctima, el ejemplo más representativo es el abandono de personas.

4) Dolosos o intencionales y culposos o imprudenciales.

Son considerados como delitos dolosos aquellos que son cometidos de forma intencional, es decir, aquellos en los que se conoce la conducta típica, y aun conociéndose se realiza, aquí conscientemente se quiere ocasionar el daño a la víctima, y son considerados culposos o imprudenciales, todos aquellos que por la falta de cuidado y mesura se comete, sin la intención de dañar. Aquí no se tienen las precauciones debidas.

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

5) Instantáneos, permanentes o continuados.

Los instantáneos son todos los que se agotan en un solo instante tanto en la ejecución como en el resultado, ejemplo el homicidio. Los permanentes, son aquellos en que el delito subsiste permanentemente, como ejemplo citamos el secuestro o el rapto. Y los continuados son aquellos continuos en el resultado deseado y discontinuos en la ejecución, como el comúnmente conocido robo hormiga.

6) Simples o complejos.

Como acertadamente señala Castellanos, llamase simples aquellos en los cuales la lesión jurídica es única, como el homicidio. Delitos complejos son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, como el robo a casa habitación.

7) Por su persecución, de querella o de oficio.

Como ya se ha expuesto en capítulos anteriores los delitos perseguibles por querella son los que afectan primordialmente a intereses particulares, y por regla general todos los delitos son perseguibles de oficio, toda vez que el derecho penal protege principalmente intereses de carácter social.

8) Del orden común, federal o militar.

En este apartado no remitimos a la opinión del docto Castellanos Tena.

3.3 DELITOS NO GRAVES

Por exclusión diremos que los delitos no graves son aquellos que el Código Federal de Procedimientos Penales no los señala como graves, dichos ilícitos tienen las mismas características que los graves, pero el daño que producen a los ofendidos es menor, no obstante lo anterior, esto no significa que los sujetos activos, es decir los autores de los ilícitos, reviertan menor grado peligrosidad, si bien es cierto que son delitos de menor impacto, también es cierto que no dejan de ser conductas antisociales, que requieren de un tratamiento y de una readaptación o en su caso adaptación, pues pueden ser sujetos que nunca han sido adaptados.

Un beneficio que se otorga al delincuente que comete un delito de los considerados como no graves, es que inmediatamente que lo soliciten, puede otorgárseles la libertad provisional bajo caución, sin considerar el grado de peligrosidad para otorgar esta libertad, pues el Código de referencia señala en su artículo 402, que para establecer el monto de la caución se tomaran en cuenta los antecedentes penales del inculcado o procesado, así como la gravedad y circunstancias del delito imputado, el mayor o menor interés que pueda tener el inculcado de sustraerse de la acción de la justicia; así como las condiciones económicas y la naturaleza de la garantía que ofrezca.

De lo anterior se desprende que no se valoriza el grado de peligrosidad del infractor de la ley penal, situación que

preocupa, toda vez que un delito puede ser de los considerados no graves, pero quizás la persona que lo cometió es de suma peligrosidad, sin embargo como el delito no es grave, y nuestra legislación, no impide la libertad salvo en los delitos graves, cumpliendo las exigencias mencionadas; sería violatorio de garantías el negar el beneficio que la ley concede, es decir otorgar la libertad provisional, empero la sociedad en general corre el riesgo fundado, que un delincuente en potencia este gozando de su libertad, aquí consideramos que se debe ser más minucioso en cuanto al estudio del delincuente, pues si bien es cierto que delito cometido, deja entrever la conducta criminologica del activo, también es cierto que el solo delito no determina el grado de peligrosidad de una persona.

Objetivamente es un problema difícil de resolver, pues de todos es sabido que tanto en la agencias del ministerio público, como en los reclusorios, no se cuenta con personal capacitado para poder realizar un estudio a fondo, con fines de advertir y determinar el grado de peligrosidad de un delincuente, pero es indispensable que nuestra legislación prevea, que sea tomada en cuenta primeramente la peligrosidad del sujeto activo para efectos de otorgar o no una libertad, una vez legislado en este sentido obligar al Agente del Ministerio Público, a tener los conocimientos mínimos sobre criminalística, y a las autoridades tanto de la procuración como de administración de justicia facultarlas a fin de que determinen en base a criterio médico-jurídico

cuando deban otorgar una libertad provisional, esto ayudaría sin duda a que el índice delictivo se redujera en gran medida y se aplicara de manera mas correcta la individualización de la pena.

3.4 DELITOS GRAVES.

Para saber cuales son los delitos graves, debemos remitirnos al Código Federal de Procedimientos Penales, en virtud de que este señala específicamente cuales son, atendiendo principalmente a el daño que se ocasiona a la víctima, es decir, el bien jurídico que se lesiona y que protege la norma penal, ellos son valores de suma importancia y de difícil e imposible reparación en algunos casos, por tal razón el legislador, los ha clasificado como graves y acertadamente, se restringe al delincuente de su libertad, sin que se pueda otorgarse esta de forma inmediata, anteriormente se tomaba en consideración para poder otorgar la libertad provisional bajo caución el término medio aritmético de la pena, situación que posteriormente cambio, considerándose en la actualidad para otorgar o no la libertad del indiciado principalmente la gravedad del ilícito, sin olvidar las circunstancias que rodean el hecho delictuoso, así como la peligrosidad del sujeto activo.

El artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, señala : Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal : homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60 tercer párrafo; traición a la Patria, previsto en los artículos 123, 124, 125, y 126; espionaje, previsto en el

artículo 127 y 128; terrorismo previsto en el artículo 139, párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140, párrafo primero; así como los previstos en los artículos 142 párrafo segundo y 145; piratería, previsto en los artículos 146 y 147; genocidio, previsto en el artículo 149 bis; evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152; ataques a la vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170; uso ilícito de las instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 bis párrafo tercero; contra la salud, previsto en los artículos 194, 195 párrafo primero, 195 bis, exceptuando cuando se trate de los casos previstos en las dos primeras líneas horizontales de las tablas contenidas en el apéndice I, 196 bis, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero; corrupción de menores previsto en el artículo 201; trata de personas, previsto en el artículo 205, segundo párrafo; explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208; falsificación y alteración de moneda, previsto en los artículos 265, 236 y 237; violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto en carreteras o caminos, previstos en el artículo 286, segundo párrafo; homicidio, previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 bis, 320 y 323; de secuestro, previsto en el artículo 366, exceptuando el párrafo antepenúltimo; robo calificado, previsto en el artículo 367, en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones VIII, IX y X, 381 bis; robo, previsto en el artículo 371, párrafo último; extorsión, previsto en el artículo 390 y operaciones con

recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis; así como los previstos en los artículos 83 fracción III, 83 bis, exceptuando sables, bayonetas y lanzas y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuegos y Explosivos; tortura, previsto en los artículos 3° y 5° de la Ley para Prevenir y Sancionar la Tortura; el de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población; y los previstos en los artículos 104, fracciones II y III, último párrafo, y 105 fracción IV del Código Fiscal de la Federación.⁴¹

Los delitos antes referidos son considerados como graves principalmente por el resultado que ocasionan dentro de la sociedad, debemos advertir que dichos ilícitos son comúnmente cometidos por personas con mayor grado de peligrosidad, y por lo tanto es correcta a criterio nuestro, la diferencia para efectos de otorgar una libertad provisional entre los delitos graves y los no graves.

41 Artículo 194, último párrafo Código Federal de Procedimientos Penales.

CAPITULO CUARTO

LA DETENCIÓN ANTE EL MINISTERIO PUBLICO

4.1 DETENCIÓN Y RETENCIÓN

Por detención debe entenderse la medida precautoria establecida en beneficio de la sociedad, por virtud de la cual se priva de la libertad al acusado en un proceso penal, cuando se le imputa la comisión de un delito como grave, por ello existe la presunción de que intentara eludir la acción de la justicia o entorpecer los fines del proceso punitivo.⁴²

La opinión vertida es parcialmente acertada toda vez que no necesariamente debe ser un delito grave, pues basta que el delito merezca pena corporal, y que la persona que delinque sea sorprendida en el momento mismo de la perpetración del ilícito, es decir en flagrancia, sin embargo debemos señalar que la diferencia existente, en el caso de delito grave el activo no podría obtener su libertad provisional de forma inmediata, mientras que en el delito no grave, sí tendría este beneficio.

Históricamente a partir de los años 287 y 293 de la Constitución Española de Cádiz de 1812, que estuvo vigente en nuestro país durante breves periodos, las constituciones mexicanas expedidas

42 Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, México 1993, Unam, Vol., II.

con posterioridad a la independencia, establecieron la detención de las personas solo con motivo de una acusación en su contra por delito que mereciera pena corporal y a través de una orden judicial, salvo los casos de delito flagrante, en los cuales cualquier persona podía realizar la aprehensión pero debiendo entregar inmediatamente al inculcado a la autoridad judicial.

Además se consagró la necesidad de justificar la prisión provisional por medio de una resolución judicial motivada, dictada en breve plazo. Con algunos matices podemos citar en este sentido los artículos 150 y 151 de la Constitución de 1824; 2º fracciones I y II, de la Primera Constitución de 1836; 9º fracciones VI y VII de las Bases Orgánicas de 1843, así como los artículos 16, 18 y 19 de la Constitución de 5 de febrero de 1857.⁴³

Debido a la infinidad de abusos y violaciones originadas al aplicar los ordenamientos mencionados, fue que la Constitución de 1917 consagró con mayor precisión los requisitos de la restricción provisional de la propia libertad con motivo del proceso penal, y por ello la segunda parte del artículo 16 de la Constitución General exige, que salvo casos de flagrante delito o de la ausencia de autoridad judicial en el lugar de la detención, la privación de la libertad procede con motivo del cumplimiento de una orden judicial de aprehensión y siempre que previamente se hubiese formulando denuncia, acusación o querrela, de un determinado delito que la ley castigue con pena corporal.

43 Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, México 1993, Unam, Vol., II.

En el artículo 18 se dispone que solo por delito que merezca pena corporal podrá ordenarse la prisión preventiva, la que se cumplirá en un sitio distinto del que se destinare a la extinción de las penas.⁴⁴

Este mandamiento Constitucional no se cumple, en virtud de la gran deficiencia existente en el Sistema Penitenciario Mexicano, es una problemática arraigada y arrastrada por años, las penitenciarias y reclusorios en México, y en especial en área Metropolitana y Distrito Federal están sobresaturados y por ende , existen no pocos casos en que el confinamiento de penas se lleva en el mismo sitio de la reclusión preventiva.

Si examinamos brevemente la regulación de la detención preventiva en los ordenamientos modelo, es decir los Códigos de Procedimientos Penales y el Código Federal de Procedimientos Penales, dicha medida puede dividirse en dos etapas : primero la detención y posteriormente la prisión preventiva propiamente dicha. La primera se inicia al ejecutarse la orden de aprehensión y solo puede durar setenta y dos horas, la segunda se determina con el auto de formal prisión, pudiendo prologarse durante todo el proceso, a no ser que se decrete la medida cautelar opuesta, en beneficio del inculpado, es decir la libertad provisional, que asume dos modalidades bajo protesta y caucional.⁴⁵

44 Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, México 1993, Unam, Vol., II.

45 Op. Cit.

Un aspecto importante a señalar, es que no siempre que existe una orden judicial de aprehensión se puede privar de la libertad a las personas, toda vez de existir excepciones a esta regla, las cuales son las personas que tienen inmunidad procesal y que han cometido algún delito del orden federal, a ellas se le debe seguir un juicio ante las dos cámaras del Congreso de la Unión, llamado también como Juicio Político; ejemplo de quienes tienen inmunidad procesal, son el Presidente de la República, Gobernadores de los Estados, Procuradores Generales, Ministros, Magistrados, Jueces, y todos aquellos servidores o funcionarios públicos de mayor jerarquía, y en caso de cometer un delito del orden común, se requiere de resolución de la Cámara de Diputados, si ha lugar o no a proceder en contra del inculpado; a excepción del Presidente de la República, pues en este caso serán las dos cámaras quienes resolverán al respecto.

La detención preventiva no sólo puede ser ejecutada por una orden de aprehensión, sino que también por la comisión de un delito, siempre y cuando el activo se encuentre en flagrancia; la flagrancia se considera en el momento mismo de la ejecución del hecho, o en la persecución material realizada instantes después de ocurrir el hecho delictuoso, un tercer caso es cuando se hace una imputación directa sobre una persona, y esta tenga en posesión el objeto o los objetos que fundadamente hagan presumir que fue ella quien cometió el ilícito. También puede detenerse a una persona cuando ha

sido citada por una autoridad judicial o ministerial y no ha comparecido en forma voluntaria, aunque la detención se hace en la inteligencia de no privar de la libertad a la persona.

Flagrancia, proviene del latín Flagrantía; no es una condición intrínseca del delito, sino una característica externa resultante circunstancial del delincuente con su hecho. Su presencia en el lugar de los hechos y en el instante de la comisión es lo que hace la flagrancia “y no el cadáver todavía sanguífero, ni la casa que se incendia” (Manzini).

La significación jurídica de la flagrancia aparece históricamente enlazada a una mayor punición, como en la época romana; a procedimientos especiales; como en la época romana y en el derecho intermedio, y, por cierto, a la cuestión probatoria. Estas repercusiones han dejado de ser tales en el derecho moderno, a menos que en cuanto el delito flagrante no es objeto ya de punición más severa ni queda sometido a peculiares ritualidades procesales.

Por lo que hace al derecho mexicano la Constitución alude a la flagrancia al ocuparse de las garantías individuales. Junto con prohibir en el artículo 16 el libramiento de una orden de aprehensión o detención sin autorización judicial y sin previa denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado merecedor de una pena corporal, hace excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndoles sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

No debemos omitir una diferencia existente en los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales, en cuanto a la flagrancia, el primero en su artículo 267, habla de una Flagrancia equiparada, refiere que cuando la persona es perseguida materialmente después de cometer el ilícito o cuando a esta se le hace una imputación directa y tiene en su poder el objeto o instrumento del delito que haga suponer fundadamente que fue quien cometió el injusto penal, se considerara flagrancia equiparada; y, por otro lado el segundo código de los mencionados no lo equipara a la flagrancia, sino lo considera propiamente como tal, situación que a nuestro juicio debe prevalecer.

El fundamento jurídico para la detención, lo encontramos en los artículos 16 en su párrafos primero, segundo y sexto; 19 párrafo primero y séptimo; así como el 20 fracción X y párrafo tercero, todos de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales respectivamente señalan :

Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado, que la ley señale como delito, sancionado cuando

menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

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

Artículo 19.- Ninguna detención ante la autoridad judicial podrá exceder de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de este. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención al juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el termino, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes podrán al inculpado en libertad.

Artículo 20.- En todo proceso del orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías :

Fracción X.- En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computara el tiempo de detención.

A manera de conclusión diremos que solo se puede ser detenido en los siguientes supuestos :

a) Mediante orden de aprehensión.

b) Por orden escrita del Agente del Ministerio Público, en la que explique y justifique el motivo de la detención, siempre y cuando :

1.- Se trate de uno de los delitos que la ley señale como graves.

2.- Exista riesgo fundado de que pueda evadir la acción de la justicia.

3.- No pueda acudir ante el juez por razón de la hora, lugar o circunstancia, para solicitarle la orden de aprehensión.

c) Por ser sorprendido en la comisión de un delito flagrante, es decir, cuando es visto en el momento de cometerlo o sí, después de haber cometido el delito, sucede que :

1.- Es perseguido materialmente.

2.- Alguien lo señala, como responsable y tiene en su poder el objeto del delito, el instrumento , con el que se cometió, o existan huellas o indicios que permitan suponer que se intervino en la comisión del delito.

d) Como medida de apremio, es decir, si fue citado por un Juez o el Ministerio Publico y no se presentó, se puede ordenar el

uso de la fuerza pública con el único fin de que sea presentado ante la autoridad sin quedar privado de su libertad, o por imponerle un arresto por desacato , de hasta treinta y seis horas.

e) Por autoridades administrativas, ante la comisión de faltas que tengan previsto el arresto, como por ejemplo ingerir bebidas alcohólicas en lugares públicos no autorizados, siempre que se encuentre en flagrancia.

Cualquier detención fuera de los casos citados sería notoriamente contraria al orden jurídico que nos rige y traería como consecuencia responsabilidad penal a quien la cometiera.

Es conveniente resaltar que nuestros Códigos de Procedimientos Penales, manejan indistintamente los términos de detención y retención, lo que refleja una falta de uniformidad y técnica legislativa que debe superarse, es decir, debe existir un criterio uniforme a efecto de no confundir los terminos mencionados.

4.2 COMPETENCIA

Cada autoridad tiene diversas atribuciones las cuales se encuentran delimitadas por su propia competencia. Es decir, la competencia marca el limite a cada una de ellas, para que de esta forma, no invadan la esfera jurídica de otra.

En el Sistema Penal Mexicano existen dos competencias en ámbito de atribuciones la federal y la local.-

a) La competencia federal es la esfera de atribuciones regulada por leyes federales propia de autoridades federales y que tienen como ámbito espacial la aplicación todo el territorio federal.

b) La competencia local es el conjunto de atribuciones regidas por leyes locales y que corresponde ejercer a las autoridades de los Estados de la Unión y a las del Distrito Federal en sus respectivos territorios.

Existe también la competencia militar que tienen sus propios ordenamientos Ministerio Publico, Tribunales Militares y una organización particular pero esta competencia es exclusiva de las fuerzas armadas y dirigidas a sancionar las faltas contra la disciplina militar no abarca a los civiles.

Los delitos federales son los previstos en los artículos 2 al 5 del Código Penal para el Distrito Penal Federal y 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; estructura, funcionamiento y patrimonio.

Delitos comunes son los previstos en los Códigos Penales de las Entidades Federativas en el Código Penal para el Distrito Federal (que también rige lo federal) y afectan intereses particulares de civiles o de los gobiernos locales.

Los delitos militares son los previstos en el Código de Justicia Militar y los del orden común o federal cometidos por militares en servicio o con motivo de actos de servicio en recintos castrenses frente a la tropa nacional o ante tropa formada.⁴⁶

El artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece la competencia de los jueces de Distrito en materia Penal, señalando la fracción I en doce incisos cuales son los delitos del orden federal, a saber :

Artículo 50.- Fracción I...

a) Este inciso hace una referencia por demás lógica pues alude que son delitos federales los previstos en leyes federales; indicando además que los ilícitos previstos en los tratados son de competencia federal.

b) Refiere a los artículos 2º al 5º del Código Penal.

c) Habla de los delitos cometidos por personal diplomático, consular y oficial de la legaciones, es menester indicar que dicho es reiterativo del artículo 4º del Código Penal; por lo que a criterio nuestro es innecesario.

46. LOS DELITOS FEDERALES. Cesar Augusto Osorio y Nieto. Editorial Porrúa México 1995. pp. 660. paginas 16 y 18 Segunda Edición.

d) Los cometidos en las embajadas y legaciones extranjeras, lo anterior tienen fundamento en los convenios y tratados internacionales.

e) Establece de manera genérica que los ilícitos en los cuales la Federación sea sujeto pasivo, son de competencia federal. Dicho inciso resulta obvio, toda vez que la federación se ve afectada en su patrimonio.

f) Prevé los delitos cometidos por servidores públicos federales, aunque dicho de otra manera refiere a los delitos cometidos en abuso de sus funciones.

g) Prevé el caso de que el delito se cometa sobre la persona física de un servidor público federal en ejercicio de sus funciones ; es decir cuando el sea pasivo, lo anterior en concordancia con el inciso e, en virtud de que estos servidores actúan por cuenta de la federación.

h) Trata sobre los ilícitos cometidos con motivo de un servicio público federal, ya sea el Estado quien lo preste o a través de un particular concesionario.

i) Se considera delito federal todos aquellos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la federación.

k) Considera como delitos federales los señalados en el artículo 389 del Código Penal para el Distrito Federal, en el cual se prevé un tipo penal equiparable al fraude y que consiste en valerse del

cargo que se ocupa en el gobierno, en una empresa descentralizada o de participación estatal o en cualquier agrupación de carácter sindical, o de sus relacionen con los funcionarios o dirigentes de dichos organismos para obtener, dinero, valores, dádivas, obsequios o cualquier otro beneficio, a cambio de prometer o proporcionar un trabajo, un ascenso o un aumento de salario en tales organismos. Cuando la conducta delictiva descrita en el artículo 389 del Código en cita, se efectúe en relación a las entidades del Gobierno Federal Centralizado o descentralizado, se estará en presencia de un delito federal.

l) Son delitos federales los cometidos por o en contra de los funcionarios electorales federales o de funcionarios partidistas en términos del artículo 401 fracción II del Código Penal.

Señalaremos de manera específica algunos delitos previstos en leyes especiales del orden federal :

- **Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos. (Art. 81-87; 96-97)**
- **Ley Federal de Caza (Artículos 30)**
- **Código de Comercio (Art. 27)**
- **Ley de la Defensoría de Oficio Federal (Art. 3º y 4º transitorios)**
- **Ley Federal sobre Derechos de Autor 135-142 bis)**
- **Código Fiscal de la Federación (Art. 96, 102, 105, 10-115 bis)**
- **Ley Forestal (Art. 58)**
- **Ley de Imprenta (Art. 1-3 t 27).**
- **Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas (Art. 38)**
- **Ley de Instituciones de Crédito (Art. 110-114)**
- **Ley Federal de Instituciones de Fianzas (Art. 112-112 bis 6)**

- **Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros (Art. 141- 146)**
- **Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (Art. 57-58)**
- **Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado (Art. 193)**
- **Ley de la Propiedad Industrial (Art. 223)**
- **Ley Federal de Juegos y Sorteos (Art. 12-13)**
- **Ley Federal del Mercado de Valores (Art. 52-52 bis 1).**
- **Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas (Art. 47-54)**
- **Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (Art. 51 fracc. I)**
- **Código Federal de Procedimientos Penales (Art 228 y 316)**
- **Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos (Art. 91-99; 103-105; 107 y 110)**
- **Ley Federal de Radio y Televisión (Art. 102)**
- **Ley del Servicio Militar Obligatorio (Art. 50-51; 53-57; 58 y 60)**
- **Ley Federal del Trabajo (Art. 1004-1006).**
- **Ley General de Salud (Art. 455-469)**
- **Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (Art. 183-187)**
- **Ley General de Población (Art. 98-104; 107 Y 118-119.)**
- **Ley de Vías Generales de Comunicación (Art.. 528, 531-533, 535-536; 559-561; 566, 571,578; 580-584 y 586)**

- **Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura (Art. Art. 3º, 5º, 7º y 11)**
- **Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional relativo al Ejercicio de Profesiones en el Distrito Federal (Art. 62-63)**
- **Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito (Art. 96-101)**

En otro orden de ideas se consideran delitos del Fuero Común, todos aquellos que prevén las legislaciones de los Estados, en sus ordenamientos penales; es decir, todos aquellos en se lesionen bienes jurídicos de la sociedad, independientemente de la Federación, por ejemplo el Robo, Homicidio, Lesiones, Fraude, Violación, Estupro, etc.

4.3 TERMINO PARA RESOLVER LA AVERIGUACIÓN PREVIA

La averiguación previa, considerando esta como la primera etapa del procedimiento penal, tiene ciertas formalidades las cuales deben cumplirse a efecto de no transgredir las garantías individuales, dentro de estas formalidades encontramos del termino para resolverlas, es decir, el lapso de tiempo máximo que el Ministerio Publico tiene para integrarla y resolver sobre el ejercicio o no de la acción penal.

La averiguación previa requiere para su existencia la presunta comisión de un delito, y siguiendo este orden de ideas, si existe un delito existe por lo menos un infractor del mismo, cierto es que no siempre se sabe quien o quienes son los autores, en este caso la indagatoria se inicia en contra de Quien Resulte Responsable, pero cuando es sabido de la autoria del delito se prevén dos formas : la averiguación previa con detenido y sin detenido, para esta ultima la ley no señala un termino máximo para su debida integración y aunque se conozca al presunto responsable, no se le puede detener, como lo hemos manifestado en el primer punto de este capitulo; mas este criterio no podría aplicarse a la averiguación previa con detenido, por lo que se fija un lapso de tiempo para que sea consignado o se le decrete la libertad al indiciado, lo anterior tiene su fundamento en el articulo 16 Constitucional Séptimo párrafo, que a la letra dice:

"Nadie puede ser molestado..."

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

Por otro lado el artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales dice;

"En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por mas de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada, que serán aquellos en los que tres o mas personas que se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos algunos de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código penal. . ."

Párrafo segundo.- " Si la integración de la averiguación previa requiriera mayor tiempo del señalado en el párrafo anterior el detenido será puesto en libertad sin perjuicio de lo previsto por el artículo 133 bis.

El artículo 133 bis refiere al arraigo, mismo que deberá solicitar el Representante social al órgano jurisdiccional, y solo

será por el tiempo estrictamente indispensable para la integración de la averiguación previa de que se trate no siendo mayor de treinta días, siendo prorrogable por un lapso por igual termino a petición del Ministerio Público.

Ambos ordenamiento hacen referencia a cuarenta y ocho horas de termino y se duplica a noventa y seis horas tratándose de delincuencia organizada pero debemos hacer mención que no señalan a partir de que momento será considerado este tiempo; algunos criterios son en el sentido que se computara desde el momento mismo de la aprehensión, otros desde el momento en que se decreta la retención por parte del Representante Social independientemente que sea del Fuero Común o Federal; sin embargo cuando existe una incompetencia por parte de un fuero a otro, que generalmente es del Común al Federal, nos enfrentamos a un criterio distinto, toda vez que el Ministerio Publico competente retoma nuevamente las cuarenta y ocho horas en virtud que dicta también un acuerdo de retención y no computa el tiempo que ha estado privado de su libertad el indiciado; en este caso no se puede afirmar que el Fiscal esta actuando incorrectamente pues la legislación no obliga a consignar o decretar la libertad del detenido, sino en el termino máximo de cuarenta y ocho o noventa y seis horas según sea el caso.

Para este caso de incompetencia en relación con el termino, situación y conflicto que tampoco resuelve la jurisprudencia. Es preocupante dicha omisión, pues se viola en perjuicio del indiciado su garantía consagrada en el artículo 16 Constitucional. Por otro lado es

muy difícil subsanar la violación de garantías, ya que el juicio de amparo resultaría intrascendente, porque en tanto se resuelve este, es muy probable que también la averiguación previa, y en caso de ser consignado el quejoso su situación jurídica sería otra y el amparo no surtiría efectos, al respecto citamos la siguiente jurisprudencia :

DETENCIÓN.

Cuando el acto reclamado en el amparo, consiste en la detención del quejoso, llevada a cabo por la autoridad administrativa, debe considerarse que han cesado los efectos del acto reclamado, cuando el quejoso ha sido consignado ante el juez competente.

Quinta época: Tomo III, pag 305.- Río Enrique. Tomo III, pag. 1023.- Solís, Jesús. Tomo IV, pag. 211.- Martínez, Pedro. pag. 1226.- Tenorio Maximiliano; pag. 1226.- Calzada Lorenzo y Coagrs.

4.4 DELINCUENCIA ORGANIZADA.

La delincuencia organizada, es un concepto innovador a nuestra legislación, esta figura nace con la finalidad de contrarrestar el crimen organizado en la actualidad muchos ilícitos se cometen a través de una gran organización delictiva, principalmente los delitos Contra la salud, seguido del Robo de vehiculos, por lo tanto es necesario combatir dichas organizaciones, creando normas jurídicas que sean acordes a la realidad social.

El concepto de delincuencia organizada se introdujo en la reforma a la Constitución Federal que entro en vigor el 4 de septiembre de 1993, en el párrafo séptimo del artículo 16 que estableció el plazo de la retención "podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada". Y en las reformas al Código Federal de Procedimientos Penales, que entraron en vigor el 1 de febrero de 1994, en el artículo 194 bis también se hizo mención de la delincuencia organizada únicamente para el efecto de duplicar el plazo de retención de 48 horas en casos urgentes y de delito flagrante.

Se considera que la delincuencia organizada se identifica por diversos atributos como son :

a) No tiene metas ideológicas. Sus metas son el dinero y el poder sin connotaciones políticas (salvo en caso de terrorismo).

b) Tiene una estructura jerárquica vertical y rígida con dos o tres rangos máximos y permanentes de autoridad.

c) Limitaciones o exclusividad de membresía con diferentes criterios de aptitud y proceso de selección riguroso.

d) Permanencia en el tiempo, mas allá de la vida de sus miembros.

e) Uso de violencia y corrupción como recursos reconocidos y aceptados para el cumplimiento de los objetivos.

f) Operan bajo el principio desarrollado de división de trabajo mediante células que solo se relacionan entre si a través de los mandos superiores. Cuenta con posiciones perfectamente perfiladas en relación a las cualidades de sus miembros, y en caso de ser necesario subcontrata servicios externos.

g) Siempre pretende ejercer hegemonía sobre determinada "industria" (legítima o ilegítima).

h) Reglamentación interna oral o escrita que los miembros están obligados a seguir".

Se esta en presencia de una situación semejante al delito de asociación delictuosa aunque muy rudimentaria, que sanciona con prisión de uno a ocho años y de treinta a cien días multa al que forme parte de una asociación delictuosa o banda de tres o mas personas con el propósito de delinquir, previsto en el artículo 164 del Código Penal Federal.

También ocurre algo semejante cuando el delito se cometa por pandilla, en los que se aplicara en los que intervengan en su comisión, hasta una mitad mas de las penas que correspondan por el o los delitos cometidos. Y se entiende por pandilla para los efectos de esta disposición, la reunión habitual , ocasional o transitoria, de tres o mas personas sin fines delictivos, cometen en común acuerdo un delito, previsto en el articulo 164 bis del mismo ordenamiento punitivo.

En los dos casos mencionados, la ley establece un tipo delictivo especial para la asociación delictuosa y una circunstancia agravante de la pena cuando se cometa algún delito por pandilla.

En la Ley Federal contra la delincuencia organizada se define este concepto de la siguiente manera :

Articulo 2. Para los efectos de esta ley existe delincuencia organizada , cuando tres o mas personas se organizan de manera permanente , bajo las reglas de disciplina o control, para cometer, con el empleo de violencia física o moral, o aprovechando estructuras comerciales o de negocios, algunos de los delitos siguientes:

I. Terrorismo previsto en articulo 139 párrafo primero; narcotrafico, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda , previsto en los artículos 234, 236 y 237; asalto en carreteras o caminos previsto en los articulo 286; secuestro, previsto en el articulo 366 bis; trafico de órganos o comercio de infantes, previsto en el articulo; trata de blancas previsto en el

artículo 205; comercio ilegal de animales en peligro de extinción o veda, previsto en el artículo 254 bis, robo a oficinas bancarias, previsto en el artículo 381, fracción X; de vehículos, previsto en artículo 181 bis; lavado de dinero, previsto en el artículo 400 bis, todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Orden Común y para toda la República en Materia del Orden Federal;

II. Acopio y trafico de armas previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos,

III. Trafico de indocumentados previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población, y

IV. Trafico de joyas arqueológicas, previsto en el artículo de la ley federal sobre Monumentos y Zonas arqueológicas artísticas e históricos.⁴⁷

La reforma en el sentido de ampliar el termino para la consignación tratándose de delincuencia organizada, se debe principalmente en la dificultad que se tiene para la integración del tipo penal en cuestión y sin duda alguna, que algunos delitos que antes se cometían de forma autónoma y en vías separadas, se han convertido ahora en unas verdaderas empresas organizadas con la finalidad de delinquir, situación que el Estado ha observado y que intenta contrarrestar, pues es conocido de todos nosotros que la delincuencia va en aumento y cada vez esta mas preparada, por lo tanto la legislación debe adecuarse a la realidad social, y ayudar a combatir con entereza al crimen.

47. Franco Guzman, Ricardo. "Comentarios al Proyecto de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada", México 1995.. Pag. 108.

En México, existe un departamento especializado para combatir la delincuencia organizada, dependiente de la Procuraduría General de la República, toda vez que será esta quien conozca del delito por estar previsto en una Ley Federal, ejerciendo la Institución la facultad de atracción para conocer del ilícito de que se trate, independientemente que el delito pueda parecer competencia del Fuero Común.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El Ministerio Público es una Institución dependiente del Poder Ejecutivo.

SEGUNDA.- El Ministerio Público es el Titular de la Acción Penal, de conformidad con lo establecido por nuestra Carta Magna en el artículo 21.

TERCERA.- El Ministerio Público tiene su fundamento en los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 102, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CUARTA.- El Ministerio Público tiene la facultad para decretar u ordenar la detención de una persona, lo anterior tiene su fundamento en el artículo 16 de la Constitución General.

QUINTA.- El término para resolver la averiguación previa con detenido es de cuarenta y ocho horas y se duplica el término solo en el caso de Delincuencia Organizada, según lo ordena el artículo 16 Constitucional.

PROPUESTAS

PRIMERA.- Se propone precisar a partir de que momento el Ministerio Público tiene que respetar el término a que refiere el párrafo séptimo del artículo 16 Constitucional, debiendo ser mediante el acuerdo que decreta la retención, señalando que este acuerdo será dictado inmediatamente que le sea puesta a disposición una persona. El artículo referido dice : "Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por mas de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos en que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal".

Y se propone quede : "Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por mas de cuarenta y ocho horas, *contadas a partir de que éste decrete el acuerdo de detención*, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos en que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal

SEGUNDA.- Cuando la detención a que refiere el artículo 123 último párrafo del Código Federal de Procedimientos Penales, que a la letra dice : "Queda prohibido detener a cualquier, sin orden de aprehensión librada por autoridad judicial competente,

excepto cuando se trate de delito flagrante o de casos urgentes en que no haya en el lugar alguna autoridad judicial, tratándose de delitos que se persiguen de oficio, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Solo el Ministerio Público puede, con sujeción a este precepto, determinar que personas quedarán en calidad de detenidas, sin perjuicio de las facultades que correspondan al juez o tribunal de la causa. La violación a esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario de la Policía Judicial que decreta la detención. La persona detenida en contravención a lo previsto en este artículo será puesta inmediatamente en libertad"; sea realizada por la Policía Judicial esta en el término de cuatro horas dejará a disposición del Representante Social a quien o quienes estuvieran detenidos.

Quedando el artículo de la siguiente forma :
"Queda prohibido detener a cualquier, sin orden de aprehensión librada por autoridad judicial competente, excepto cuando se trate de delito flagrante o de casos urgentes en que no haya en el lugar alguna autoridad judicial, tratándose de delitos que se persiguen de oficio, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cuando dicha detención sea realizada por elementos de la Policía Judicial, esta deberá poner a disposición del Ministerio Público al o los indiciados en el término máximo de cuatro horas. Solo el Ministerio Público puede, con sujeción a este precepto, determinar que personas quedarán en calidad de detenidas, sin perjuicio de las facultades que correspondan al juez o tribunal de la causa. La violación a esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público o

funcionario de la Policía Judicial que decrete la detención. La persona detenida en contravención a lo previsto en este artículo será puesta inmediatamente en libertad"; sea realizada por la Policía Judicial esta en el término de cuatro dejará a disposición del Representante Social a quien o quienes estuvieran detenidos.

TERCERA.- Unificar el criterio sobre el uso de la palabra detención y retención, toda vez que tanto los Códigos Adjetivos como la Carta Magna manejan indistintamente dichos conceptos.

CUARTA.- Suprimir la palabra retención dentro de la averiguación previa y utilizar la palabra detención, siempre y cuando no exista concurrencia de competencias.

QUINTA.- Adicionar al Código Federal de Procedimientos Penales el artículo 126 bis, el cual debe indicar que el Ministerio Público de la Federación, podrá convalidar las actuaciones realizadas por el Ministerio Público del Fuero Común, cuando este actúe en su auxilio.

Lo anterior en virtud que lo vertido lo prevé la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en su artículo 29.

Quedando así : *"El Ministerio Público de la Federación, podrá convalidar las actuaciones realizadas en su auxilio por su similar del Fuero Común, lo anterior sin perjuicio de lo previsto en este Título.*

SEXTA.- Reformar el artículo 16 Constitucional en su párrafo séptimo, en relación a la concurrencia de incompetencia, debiendo ampliar el término concedido para efectos de resolver la averiguación previa con detenido.

Debiendo quedar de la siguiente manera : *“Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por mas de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial, este plazo podrá duplicarse en aquellos casos en que la ley prevea como delincuencia organizada. El lapso de tiempo podrá ampliarse hasta por dieciocho horas cuando exista incompetencia, dentro de las cuales deberá remitirse lo actuado a la autoridad competente, la cual gozará únicamente del beneficio de la ampliación del término. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.”*

SÉPTIMA.- La adecuación de los ordenamientos secundarios en el mismo sentido, es obvio que tanto el Código Federal de Procedimientos Penales, como los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y los Estados, así como las Leyes Orgánicas del Ministerio Público y su Reglamentaria, contengan la reforma antes señalada, a fin de unificar el criterio en caso de incompetencia y no exista la incertidumbre jurídica que crea la falta de un ordenamiento penal positivo.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- JUVENTINO V. CASTRO.
El Ministerio Público en México.
Editorial Porrúa
México 1990.

- 2.- MIGUEL ANGEL CASTILLO SOBERANES
El Monopolio de la Acción Penal
Editorial Unam 2a. Edición
México 1993.

- 3.- ALBERTO GONZALEZ FRANCO
El Procedimiento Penal Mexicano.
Editorial Porrúa.
México 1990.

- 4.- ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES.
Criminalia
Año LXIII. No. 1
Editorial Porrúa.
México 1997. Pags. 211.

- 5.- LIC. NICOLAS MARTINEZ CERDA
Las Funciones del Ministerio Público Federal.
Instituto de Investigaciones Jurídicas.
México 1993. Pags 377.

- 6.- GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE
Principios de Derecho Procesal Mexicano.
México 1985

7.- CHIOVENDA, JOSE.

Principios de Derecho Procesal Civil.

Editorial Reus, Tomo I.

Madrid. 1977.

8.- ESTANCOS MAECEAN.

El Proceso Penal en el Derecho Comparado.

Editor Lavalle.

Buenos Aires 1946.

9.- FLORIAN, EUGENIO.

Elementos de Derecho Procesal Penal.

Ronda de la Universidad.

Barcelona 1934.

10.-FRANCO SODI, CARLOS.

El Procedimiento Penal Mexicano.

Editorial Porrúa.

Mexico 1957.

11.- REIMUNDIN, RICARDO.

Los Conceptos de Pretensión y de Acción de la Doctrina Actual.

Buenos Aires , 1996.

12.- OTERO DE LA TORRE, IGNACIO.

La Omnipotencia del Ministerio Público en Materia Penal

Revista el Economista, Tomo IX, número 129 1 de julio de 1944.

México 1944.

13.- MARTINEZ PINEDA ANGEL.

Estructura y Valoración de la Acción Penal.

Editorial Azteca.

México, 1968.

14.- ZAFFARONI, EUGENIO RAUL.

Manual de Derecho Penal.

Cardenas Editor.

México 1994. Pags. 857

15.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL; CARRANCA Y RIVAS, RAUL.

Codigo Penal Anotado.

Editorial Porrúa

Mexico 1995. Pags. 1149

16.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO.

Manual de Derecho Penal Mexicano.

Editorial Porrúa.

México 1995.

17.- CASTELLANOS TENA, FERNANDO.

Lineamientos Elementales de Derecho Penal.

Editorial Porrúa.

México 1994.

18.- CARRANCA Y RIVAS, RAUL. CARRANCA Y TRUJILLO RAUL

Derecho Penal Mexicano

Editorial Porrúa.

Mexico 1944.

19.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS

Tratado de Derecho Penal

2a. edición Editorial Losada S.A.

Buenos Aires, 1958. Pags. 742

20.- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO.

Derecho Penal, Parte General.

Editorial Porrúa

México 1982.

21.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS.

Diccionario Juridico Mexicano.

Editorial Porrúa.

México 1993. Unam Vol. II

22.- OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO.

Los Delitos Federales.

Editorial Porrúa. 2a. Edición

México 1995.

23.- FRANCO GUZMAN, RICARDO.

"Comentarios al Proyecto de Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada"

México 1995.

Revista Michoacana de Derecho. Pag. 108.

24.- GONZÁLEZ, DE LA VEGA RENE.

Derecho Penal . Parte Especial.

Delitos Contra La Vida Y La Integridad Corporal.

Editorial Porrúa.

México, 1982.

Pags. 221.

25.- DR. MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ.

Organización Y Funcionamiento Del Ministerio Publico

PGR.

México 1990.

26.- OCTAVIO ALBERTO ORELLANA WIARCO

Teoria Del Delito

Editorial Porrúa.

4º edición.

México 1997

pags. 173.

-27.- ACADEMIA MÉXICO DE CIENCIAS PENALES

Criminalia.

México 1997.

Editorial Porrúa.

Pags. 206

28.- GIOVANNI FALCONE

La Lucha Contra El Crimen Organizado

P.G.R.

3° Edición.

México, 1997.

Pags. 115.

29.- SERGE ANTONY Y DANIEL RIPOLE.

El Combate Contra El Crimen Organizado En Francia Y En La Union Europea.

P.G.R.

México, 1996

2° Edición.

Pags. 163.

30.- CESAR AUGUSTO OSORIO NIETO.

La Averiguacion Previa

5° Edición.

México 1990.

Editorial Porrúa.

Pags. 487.

31.- PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

Antecedentes Generales Del Ministerio Publico.

México 1996.

Pags.. 100.

32.- **Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos.**
Secretaria de Gobernación. México 1997.

33.- **Código Penal Para El Distrito Federal En Materia Del Orden Común Y Para Toda La República En Materia Federal.**
Editorial Porrúa, México. 1997.

34.- **Código Federal de Procedimientos Penales.**
Editorial Porrúa, México. 1997.

35.- **Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.**
Editorial Porrúa, México 1997.