

281
yes

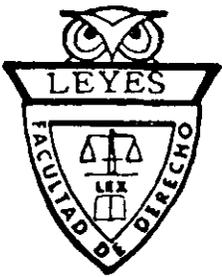


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE
FUNDAMENTACION Y MOTIVACION DE LOS
AGRAVIOS DEL MINISTERIO PUBLICO ANTE
EL TRIBUNAL DE ALZADA.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LOPEZ JUAREZ JESUS



ASESOR: LICENCIADO JESUS UBANDO LOPEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

02722A8

1999.



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.

LIC. JESUS UBANDO LOPEZ.

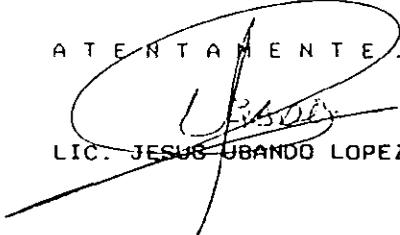
México, D.F. a 20 de Abril de 1999.

C. DR. LUIS RODRIGUEZ MANZANERA
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
P R E S E N T E .

Fuí designado para dirigir y revisar el trabajo intitulado "CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA FALTA DE FUNDAMENTACION Y MOTIVACION, DE LOS AGRAVIOS MINISTERIALES EN EL TRIBUNAL DE ALZADA", mismo que fué elaborado por el alumno JESUS LOPEZ JUAREZ, el cual a mi consideración ha sido una investigación seria, con la bibliografía adecuada, y utilizando los métodos Histórico, Analítico, y Comparado, por lo que reúne los requisitos legales y formales, que exige el reglamento de exámenes profesionales; en virtud de ello, solicito a Usted, salvo su docta opinión, tenga a bien autorizar su aprobación e impresión.

Por lo anterior, le agradezco las atenciones que se sirva prestar a la presente, manifestándole las más altas y distinguidas consideraciones de mi persona.

ATENTAMENTE.


LIC. JESUS UBANDO LOPEZ.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL.

LIC. ARTURO ACEVEDO SERRANO
DIRECTOR GENERAL DE ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

Muy Distinguido Señor Director

El compañero JESUS LOPEZ JUAREZ con número de cuenta 8622748- inscrito en el Seminario de Derecho Penal a mi cargo, ha elaborado su tesis profesional intitulada "Consecuencias de la Falta de Fundamentación y Motivación de los Agravios del Ministerio Público ante el Tribunal de Alzada.", bajo la dirección del suscrito y del Lic. Jesús Ubando López, para obtener el título de Licenciado en Derecho

El C. Lic. Jesús Ubando López en oficio de fecha 20 veinte de abril de 1999, manifiesta haber aprobado y revisado, respectivamente, la referida tesis por lo que, con apoyo en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del vigente reglamento de Exámenes Profesionales suplico a Usted ordenar la realización de los trámites tendientes a la celebración del examen profesional del compañero de referencia

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F. 10 de septiembre de 1999

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO.

NOTA DE LA SECRETARÍA GENERAL: El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la facultad

AGRADECIMIENTOS

*A mis padres: PORFIRIO JONES DEL PINO y
REYNA JUAREZ IBARRA.*

*A quienes les debo la dicha de haber podido concluir con uno de los
sueños más grandes de mi vida, como lo es concluir mis estudios
profesionales, ya que con su amor, consejos y apoyo he podido salir
adelante aún en los momentos más difíciles, de verdad no tengo con que
pagarles lo que han hecho por mí.*

Papá, Mamá: Gracias por todo.

A mis hermanos: Manuel, Carlos, José Luis y Elizabeth.

*Esperando que el presente esfuerzo sea un aliciente en su vida, para seguir
adelante, exigiéndose más de sí mismos cada día que pasa y de esta forma
puedán alcanzar los fines que se han propuesto, se que no será fácil, pero
confío en ustedes y estoy seguro que lo lograrán.*

A mis abuelas:

María Luis Ibarra.- Por todo el cariño que nos ha dado, por habernos abierto las puertas de su hogar y corazón cuando más la necesitamos.

Juana del Pino Olivares.- Una mujer digna de admiración, pues no solamente se ha conformado con trabajar todos los días de su vida para que sus hijos e hijas sea personas de bien, sino porque además ha seguido luchando para que sus nietos también lo sean.

A mi maestro y amigo: Doctor Eduardo Alfonso Guerrero Martínez.

A quien le agradezco la oportunidad de haberme dejado trabajar a su lado, motivo por el cual he influido para bien en mi desarrollo profesional, enseñándome que en nuestra carrera no solamente se debe buscar el beneficio propio, sino también ayudar a la gente que tiene necesidad de justicia, tarea ésta que de realizarla nos ayudara en forma definitiva a estar mejor con nosotros mismos.

Al Licenciado Jesús Urbando López.

Maestro le doy las gracias por haber aceptado el haberme dirigido el presente trabajo, por la amabilidad y disposición que siempre me ha demostrado, gente como Usted hace falta en las aulas de nuestra Universidad.

Al Licenciado Eduardo Granados Miramont.

A quien le debo gran parte de los pocos conocimientos que he adquirido y por ser la persona que me tendiera la mano para la elaboración de mis primeros proyectos, créeme amigo que esto nunca lo olvidare.

Al Licenciado Ignacio Fernández.

A quien le debo gran parte de la elaboración del presente trabajo, compañero y amigo que siempre se dio tiempo entre sus múltiples quehaceres para aclararme mis dudas y hacerme más fácil el camino a seguir.

Al Licenciado Pedro Tzceck Durán.

Por haber tenido la paciencia necesaria para transmitirme sus conocimientos y por darme los consejos necesarios en su momento oportuno.

A la Licenciada Patricia Mora Brito.

Mujer por quien siento una gran admiración, profundo cariño y respeto, no solamente por ser una gran profesionalista, sino además por su constante preocupación por mi formación profesional, Jefa créame que nunca olvidare sus sabios consejos que sin duda influirán en todos los aspectos de mi vida

INDICE

Pag.

INTRODUCCION.	
CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE FUNDAMENTACION Y MOTIVACION DE LOS AGRAVIOS DEL MINISTERIO PUBLICO ANTE EL TRIBUNAL DE ALZADA.	1
INTRODUCCION.	
CAPITULO I. LA INSTITUCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN NUESTRO DERECHO.	
I.1. ORIGEN.	1
1.2.- FUNDAMENTO LEGAL.	16
I.3.- FUNCION SOCIAL.	27
CAPITULO II.- LA ACTIVIDAD DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.	37
1.1.- AVERIGUACION PREVIA (AUTORIDAD).	39
1 2 - PROCESO (COMO PARTE).	49
1.3.- SENTENCIA (CONCLUSIONES ACUSATORIAS).	62

	CAPITULO III.- EL RECURSO DE APELACIÓN (BREVE EXTRACTO) Y SUS ALCANCES JURIDICOS.	79
1.1.-	CONCEPTO DE AGRAVIOS.	99
1.2.-	CONSECUENCIAS JURIDICAS ANTE LA FALTA DE INTERPOSICION DEL RECURSO DE APELACION POR PARTE DEL MINISTERIO PUBLICO.	108
	.CAPITULO IV.- LOS AGRAVIOS DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL TRIBUNAL DE ALZADA. (SU FUNDAMENTACION Y MOTIVACION).	121
1.1.-	DEBIDA INTERPRETACION DE LOS FUNDAMENTOS LEGALES.	125
1.2.	RAZONAMIENTOS LOGICO JURIDICOS.	136
1.3.-	LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA MALA FUNDAMENTACION Y MOTIVACION DE LOS AGRAVIOS MINISTERIALES.	143
	CONCLUSIONES	156
	BIBLIOGRAFIA	

INTRODUCCION.

En el primer Capitulo se dejo asentado lo que se debe entender por administración de justicia, dejando en claro que sólo el Estado puede impartirla a través de órganos previamente establecidos, como lo es el Ministerio Público.

Posteriormente se dio una breve explicación de los antecedentes históricos de tan importante figura, destacando que fue Francia el país que dio grandes impulsos en el desarrollo del Ministerio Público y que sin duda alguna es el antecedente del nuestro.

En México en primer antecedente que encontramos de la figura en comento, lo tenemos en la Constitución de 1857, en donde aparece por primera vez la designación de un Procurador General, siendo el Presidente Juárez el que le da la característica de parte acusadora y en el año de 1903 es donde alcanza su avance definitivo, pues se le da el carácter de órgano persecutor de los delitos, siendo hasta el año de 1917 en donde se reviste como figura Federal, características que presenta hasta nuestros tiempos.

Siguiendo adelante con nuestro estudio procedimos analizar el fundamento legal de esta institución, para lo cual analizamos en forma breve sus antecedentes en los anteriores Códigos, resaltando el hecho de que fue en la Constitución de 1990 en sus artículos 91 y 96 en donde se inserta que el Ministerio Público sería nombrado por el Poder Ejecutivo, el cual podría ser libremente removido.

Es así, como después de grandes cambios, encontramos establecido al Representante Social en nuestra Carta Magna en el

artículo 21, conforme a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de julio de 1996, se menciona a la Ley Organica del Ministerio Público, pues en dicha ley se encuentra su forma de organización, siendo en esta parte del trabajo en donde se realizó una pequeña crítica de la labor realizada por la Representación Social, pues creemos que tal figura carece de ética al realizar sus funciones de autoridad.

Se destacó algunas características importantes del Organó en comento, pues la acción penal a él encargada pasa por tres momentos ya que en un primer instante lo hace investigado, después es persecutor y por último acusador, dependiendo del momento procedimental, resaltando la función de representar a la sociedad, pues no sólo debe buscar el castigo del delito, sino además de velar por las garantías de los gobernados, y sin duda alguna la más importante en el presente estudio que es el monopolio de la acción penal que tiene en sus manos el Ministerio Público.

En el segundo Capítulo, se realizó un estudio de las funciones tan importantes que tiene la Representación Social en el proceso penal, advirtiendo que el Juez de la Causa no podrá actuar de oficio, pues así lo señalan los artículos 21 y 102 Constitucionales, es decir que el Juzgador sólo emitirá una resolución en base a la petición que haga el Ministerio Público a través de sus pliego de conclusiones, en donde exigirá la imposición de las penas y la Reparación del Daño al A quo que es la única autoridad autorizada para ello, dejando con esto en claro la pretensión punitiva por parte del Estado, siendo así como el Organó multicitado es el encargado de echar a andar la maquinaria judicial, conforme a los artículos 16 y 21 de la Constitución y 2 y 122 del

Código de Procedimientos Penales , así como el 4 de la Ley Orgánica de dicha Institución, pues si su petición la autoridad judicial no puede actuar por cuenta propia.

Es pues como la función del Ministerio Público en el proceso penal, será la de parte acusadora, en la que aportara los elementos que sirvan para la acreditación del cuerpo del delito y la responsabilidad penal del procesado, sin embargo se señaló que esta importante función es abandonada por lo funcionarios integran el órgano a estudio, dando como consecuencia que el Juez tenga que llevar a cabo la mayoría de las diligencias por si mismo, en virtud de la falta de interés del representante, tanto de la víctima como de la sociedad, con lo antes referido se hizo el planteamiento de que si el A quo queda supeditado al planteamiento que le haga el Representante Social en sus conclusiones, pues de ser así se estaría dejando a un lado la tan importante función de castigar al infractor de la norma, cuando las conclusiones ministeriales, no cumplan con las características jurídicas necesarias.

En el tercer Capítulo, nos referimos al análisis que llevaran a cabo los Jueces de Segunda Instancia, una vez que ha sido presentado el Recurso de Apelación por alguna de las partes procesales, se señaló que la resolución recurrida al ser revisado por tres juzgadores distintos, podrían advertirse con mayor facilidad las deficiencias que hubiera cometido el A quo, subsanándolas, ya sea revocando, modificando o confirmando el fallo recurrido, dictando una que este apegada a las constancias procesales, buscando con lo anterior una mejor administración de la justicia.

Se hizo mención de algunas de las causas que pueden producir agravios a las partes procesales, como lo son una indebida fundamentación o motivación, por lo tanto al ser el agravio una lesión de un derecho, el agraviado debe señalar la parte de la sentencia que le a causado daño.

El Ministerio Público, una vez que ha hecho valer el Recurso de Apelación, no señala el o los agravios que le han causado la resolución recurrida, los Magistrados integrantes de la Sala se verán imposibilitados para subsanarles estas deficiencias en virtud de tratarse de un órgano técnico, cuestión que se consideramos impropia, pues creemos que el Juzgador debe hacer uso de su libre albedrío, con el objeto de enterar al estudio de la resolución controvertida y poder subsanar deficiencias ministeriales cuando proceda.

Es obvio que al no ocurrir lo señalado anteriormente, se deja en claro que no existe un justo equilibrio entre los derechos de las partes procesales, pues no se esta cumpliendo con lo insertado en el artículo 20 Fracción X de la Constitución, en el sentido de prestar asesoría jurídica a la víctima.

En el cuarto Capítulo, se manifiestan algunas de las causas del porque nuestras Constitución y las leyes secundarias han caído en desuso para la resolución de los problemas que vive nuestra sociedad, una de ellas sin lugar a dudas lo es el personal integrante del Ministerio Público, así como el dominio que ejerce la clase privilegiada sobre dicha institución.

Luego seguimos con el análisis de lo que se debe entender por fundamentación y motivación, pues son garantías constitucionales de gran importancia debido a que no se puede emitir ningún acto de

molestia que no revista las características del artículo 16 Constitucional, ambas garantías deben coexistir pues no existe la una sin la otra.

Siguiendo con nuestro trabajo de igual forma analizamos lo que se entiende por razonamientos lógico-jurídicos, no si antes dar el concepto del Recurso de Apelación y sus características, pues en base a dicho recurso en el que se expresan los agravios esgrimidos por las partes procesales que lo hagan valer, ya que en base de ellos se emitirá la nueva resolución judicial.

Por lo tanto, analizamos los agravios del Representante Social, quien como ya se dijo al tratarse de un órgano técnico existe impedimento tanto Constitucional como de las leyes secundarias para la suplencia de los mismos, aunado a esto tenemos la falta de interés que muestran nuestras autoridades, así como la pasividad con la que muchos de los litigantes actúan en la defensa de los derechos de su representado en el presente caso como coadyuvantes del Ministerio Público, hicimos hincapié en otro aspecto de suma importancia como lo es la constante evolución de los criminales en cuanto a métodos e ideas para la realización de los ilícitos; por último se dejó en claro que se le debe dar una mayor participación a la víctima en el proceso con el objeto de que ellos mismos sean quienes impulsen a la Representación Social, para la debida integración de los delitos y por consiguiente el Juzgador se encuentre en mejor situación de poder aplicar la ley, reparando así el daño ocasionado al ofendido.

CAPITULO I.- LA INSTITUCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN NUESTRO DERECHO.

I.1.- ORIGEN.

Como una cuestión previa antes de entrar al estudio de los antecedentes históricos del Ministerio Público, es necesario señalar, que se entiende por administración de justicia, así tenemos que incluye lo que es el servicio público de procuración de justicia y la impartición de la misma, entendiéndose la primera como la actividad del Estado, destinada a satisfacer la necesidad colectiva de que un órgano del Estado promueva y vigile correctamente la aplicación de la ley, y por que respecta a la segunda, es la función del Estado, consistente en resolver controversias aplicando la norma jurídica al caso concreto. La administración de justicia, es un servicio público, propio y exclusivo del Estado, que no puede concesionarse, ni ser objeto de prestación por parte de los particulares, en ningún caso, sólo el Estado puede prestar el servicio público de administración de justicia, a través de órganos previamente establecidos por él.

Ahora bien, los antecedentes históricos más importantes del Ministerio Público los podemos encontrar en Grecia, en donde dicha función la realizaba un arconte, personaje que intervenía en asuntos en que los

particulares, por alguna razón, no realizaban la actividad persecutoria, este personaje desarrollaba una actuación meramente supletoria, pues la acción procesal penal estaba en manos de los particulares. En esta Ciudad "un ciudadano llevaba la voz de acusación ante el Tribunal de los Heliasitas. En el derecho Ático, era el ofendido por el delito quien ejercitaba la acción penal ante los tribunales. No se admitía la intervención de terceros en las funciones de acusación y defensa. Regla el principio de acusación privada".¹ Posteriormente, se encomendó el ejercicio de la acción a un ciudadano, como representante del pueblo, a la acusación privada, sucedió la acusación popular, abandonándose la idea de que fuera el ofendido quien persiguiera el delito ante los tribunales.

En Roma, podemos citar con antecedentes del Ministerio Público a los magistrados llamados curiosi, stationari o irenarcas, personas encargadas de la persecución de los delitos en los Tribunales. Hay que hacer notar que estos funcionarios únicamente desempeñaban actividades de policía judicial. Pues la voz de acusación todo romano estaba facultado para promoverla. "Cuando el romano se adormeció en su indolencia y los hombres de Breno tocaron a las puertas de la gran urbe; cuando las rivalidades entre Mario y Sila produjeron el período de las delaciones secretas, se abandonó la

¹ GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal, Editorial Porrúa, 7ª Edición, México, 1993, Pág. 53.

acusación privada y de adoptó la acusación popular y el procedimiento de oficio que es para algunos autores el germen del Ministerio Público".²

Los hombres más importantes de Roma, tuvieron a su cargo el ejercicio de la acción penal en representación de la ciudadanía, más tarde se designaron a Magistrados, a quienes se encomendó la tarea de perseguir a los criminales, quienes propiamente desempeñaron servicios policíacos, poco a poco fueron adquiriendo importancia en las órdenes administrativas y judicial, al grado de poder juzgar acerca de las cuestiones en que estaba interesado el Fisco.

En la edad media hubo en Italia, a lado de los funcionarios judiciales, agentes subalternos a quienes se encomendó el descubrimiento de los delitos. "Juristas como Bartolo, Gaudino y Aretino, los designaban con los nombres de sindici, cónsules locorum villarum o simplemente ministrales. No tienen propiamente el carácter de Promotores Fiscales sino más bien representan el papel de denunciantes".³

En Venecia, existieron los Procuradores de la Omuna, que ventilaban las causas en la Quarantia criminale y los Conservatori di legge en la república de Florencia.

² GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. Cit., Pág: 54.

³ GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José Op. Cit., Pág: 54 y 55.

"Fue Francia la que, a través de los años, llevó hasta el momento cenital la inquietud de poner en manos del Estado lo que vulgarmente se llama función persecutoria".⁴

Desde un principio, el Monarca tenía a su disposición un Procurador y un abogado encargados de atender los asuntos personales de la Corona; el primero atendía los actos del procedimiento y el segundo en el sostenimiento de los derechos del Rey. Estos dos funcionarios podía ocuparse de otras cuestiones, con lo que se puede demostrar que existía una falta de representación social. Los funcionarios aludidos intervenía en asuntos penales, por multas o confiscaciones con el objeto único de enriquecer el tesoro de la Corona; también vigilaban por la persecución de los delitos y aunque no podían presentarse como acusadores, podían solicitar el procedimiento de oficio. Paulatinamente fueron interviniendo en todos los asuntos penales, acabando por convertirse en representante del Estado, que tenía la misión de asegurar el castigo en todos los delitos.

"El período de la acusación estatal, tiene su origen en las transformaciones del orden político y social introducidas en Francia al triunfo de la Revolución de 1793 y se funda en una nueva concepción jurídico-

⁴ RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa, 13ª Edición, México, 1993, Pág. 71

filosofica. Las Leyes expedidas por la Asamblea Constituyente, son, sin duda alguna, el antecedente inmediato del Ministerio Público".⁵

Si es verdad que el Ministerio Público nació en Francia, no fue el que perfeccionaron en la Segunda República, los ilustres hombres de aquella época. Los Procuradores del Rey, son producto de la monarquía francesa del siglo XV, creándose para la defensa de los intereses del Príncipe.

Había dos funcionarios reales: el Procurador del rey que se encargaba de los actos del procedimiento y el Abogado del rey que atendía el litigio en que se interesaba el Monarca o las personas que estaban bajo su protección, consecuentemente con las ideas imperantes, el Procurador y el abogado del Rey obraban de conformidad con las intrusiones que recibían del soberano. Se puede afirmar que no se trataba de una magistratura independiente, porque entonces no se elaboraba aún la teoría de la división de poderes.

En la Primera República, en medio de grandes problemas, la institución se mantuvo inconvencible, sucediendo lo mismo en el Primer Imperio y como ya se mencionó tuvo su mayor definición en la segunda República, al reconocérsele su independencia con relación al Poder Ejecutivo. Es aquí en donde "el Ministerio Público Francés tiene a su cargo ejercitar la acción penal, perseguir, en nombre del Estado, ante la jurisdicción penal, a

⁵GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. Cit., Pág: 55

los responsables de un delito, intervenir en el período de ejecución de sentencia y representar a los incapacitados, a los hijos naturales y a los ausentes".⁶ En los crímenes interviene de manera preferente, sobre todo cuando estima que se afectan intereses públicos; en los delitos y en las controversias, sólo actúa de manera subsidiaria

En España, existieron los Procuradores Fiscales, a los cuales se refieren las leyes de recopilación expedidas por Felipe II en 1565, siendo necesario mencionar que esta figura ya existía, con las características de que sus actividades no se hallaban reglamentadas.

Teniendo tres características importantes esenciales esta figura, que siguen rigiendo hasta nuestros tiempos como son:

La unidad en el mando, que es el reconocimiento de un superior jerárquico que es el Procurador de Justicia. La Institución constituye una pluralidad de funcionarios, pero su representación es coherente y armónica, la unidad consiste en que haya una identidad de mando y de dirección, en todos los actos que intervengan los funcionarios del Ministerio Público; las personas físicas que forman parte de la institución, constituyen una pluralidad de funcionarios, pero su representación es única e invariable.

La indivisibilidad, consiste en que cada uno de los funcionarios del Ministerio Público, representa la institución y actúa de una manera

⁶ GONZALEZ RUISTAMANTE, Juan José. Op. Cit. , Pag: 56.

impersonal; la persona física que representa a la institución, no obra en nombre propio, sino en nombre del órgano del que forma parte. Puede ser libremente ser sustituida por otra, sin que sea necesario hacer saber al inculpado el nombre del nuevo agente del Ministerio Público.

La independencia, que es una de las condiciones esenciales para el buen funcionamiento de la institución, que es muy relativa hasta que no se logre su completa autonomía y se desligue del Poder Ejecutivo y para conseguirlo es indispensable que en un momento dado se consagrara su inmovilidad para los funcionarios del Ministerio Público, a fin de que queden colocados en una posición de independencia y libertad en lo que se refiere al desempeño de sus funciones y al margen de toda influencia política. Siendo importante hacer una selección del personal, que ha de ocupar estos cargos, para que se garantice el buen desempeño de sus funciones.

"En Grecia y Roma hay vestigios de lo que también se ha llamado la quinta rueda del carro, porque en muchas ocasiones resulta superflua su intervención, como tratándose del amparo, de la decisión de competencias o de negocios de jurisdicción voluntaria".⁷

En México el primer antecedente que tenemos del Ministerio Público, lo encontramos en la figura de los Procuradores Fiscales. Estos tenían el trabajo de procurar el castigo, en los delitos no perseguidos por el

⁷ BRISEÑO SIERRA, Humberto. El Enjuiciamiento Penal Mexicano, Editorial Trillas, 3ª Edición, México, 1988, Pág: 96

Procurador Privado. España, en sus conquistas, envió a las tierras sus manifestaciones culturales y en el brazo de la cultura de oro española con la cultura neolítica autóctona, no se produjeron por el momento frutos de mestizaje, sino que el conquistador, amén de su voluntad, impuso su lengua, su religión, su Derecho. Fue esta razón por la que durante toda la época Colonial nuestro país, al igual que la Madre Patria, tuvo Procuradores Fiscales que como ya indicamos, son el primer antecedente que se tiene del Ministerio Público. La vida independiente en México no creó inmediatamente un nuevo Derecho, "así tenemos que tanto en la llamada Constitución de Apatzingan como en la Constitución de 1824, se habla, en la primera, de dos fiscales, uno para el ramo civil y otro para el ramo penal (arts. 184, 185 y 188) y en la de 1824, de un fiscal, que deberían formar parte de la Suprema Corte de Justicia".⁸

Durante la Colonia en México, los fiscales asumían en México el carácter de promotores de la justicia, y como tales realizaban una función impersonal, desinteresada y pública, obrando a nombre de la sociedad; pero no se presentaban con los caracteres precisos de la institución, porque no había unidad de armonía e inspección, ofreciéndose todos los defectos contemporáneos y grandes lagunas en cuanto a las atribuciones de los agentes.

⁸ RIVERA SILVA, Manuel Op. Cit., Pág. 72.

En la Constitución de 1857, continuaban los fiscales con categoría de Ministros de la Corte, pero fue entonces cuando apareció por primera vez en el derecho mexicano, la designación del Procurador General. Las funciones de éste y las del fiscal fueron precisadas en el reglamento de la Suprema Corte del 29 de julio de 1862, según el cual el fiscal adscrito al alto tribunal era oído en todas las causas criminales o de responsabilidad, en los negocios relativos a jurisdicción y competencia de los tribunales, en las consultas sobre dudas de la ley y siempre que lo pidiera o la Corte lo estimara oportuno.

"El Procurador General, era oído en la Corte en los negocios que interesaren a la hacienda Pública, ya porque se ventilaran sus derechos o porque se tratase del castigo de fraudes contra ella o de responsabilidad de sus empleados o agentes, y en los que por los mismos motivos se interesaban los fondos de los establecimientos públicos".⁹

El Presidente Juárez, expidió la Ley de Jurados Criminales para el Distrito Federal, en donde se preveía que existirían tres Procuradores Fiscales o representantes del Ministerio Público. A pesar de la nueva estructura el Ministerio Público, siguió la tendencia española, en cuanto que los funcionarios mencionados no integraban un organismo, pues se asentaban que eran independientes entre sí. Sin embargo, es de hacerse

⁹ BRISEÑO SIERRA, Humberto Op Cit, Pág. 100 y 101

notar que estos funcionarios ya se encontraba una resonancia del Ministerio Público Francés, debido a que ya se erige como parte acusadora, actuando independientemente de la parte ofendida.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1880, marca un inmenso adelanto en lo que toca a la formación de la institución del Ministerio Público. En su "artículo 28 expresa que el Ministerio Público es una Magistratura instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de justicia en nombre de la sociedad y para defender ante los tribunales los intereses de ésta, en los casos y por los medios que señalan las leyes".¹⁰

En esta forma, el Ministerio Público se constituye en magistratura especial, aunque hay que admitir que sigue siendo un simple auxiliar de la justicia, en lo tocante a la persecución de los delitos. Es esta misma ley la que convierte al Ministerio Público en un miembro de la Policía Judicial.

El Código de Procedimientos Penales de 1892, sigue, los lineamientos forjados en el de 1880 y la Ley Orgánica del Ministerio Público del 12 de septiembre de 1903, en donde se logra el avance definitivo, en cuanto a ser el persecutor de los delitos. En efecto, la ley citada, funda la organización del Ministerio Público le da unidad y dirección; además el

¹⁰ RIVERA SILVA, Manuel Op. Cit., Pág. 72.

Ministerio Público de ser un simple auxiliar de la Administración de Justicia, pasa a tener el carácter de magistratura independiente que representa ya a la sociedad. Siendo el Presidente Díaz, en el informe que rindió el 24 de noviembre de 1903, quien perfiló claramente las nuevas características que tomaba el Ministerio Público en México.

Fue hasta 1990, cuando el fiscal y el Procurador General dejaron de ser partes componentes de la Corte, previéndose que una la ley especial organizará al Ministerio Público Federal. En consecuencia, la primera Ley Orgánica de la institución fue promulgada el 16 de diciembre de 1908.

En "México, se ha dicho que, hasta 1910 , los Jueces tenían competencia para instruir la averiguación previa , de ahí el nombre de Jueces instructores o pesquesidores".¹¹

Cuando se presentó el proyecto al Constituyente de Querétaro, se hizo la explicación del cambio, afirmando que el Juez Instructor era una figura cambiante, propensa al perjuicio desde el momento mismo en que se encargaba de recolectar los datos necesarios para enjuiciar al sujeto que el mismo pesquisador se había encargado de acusar.

Es la Constitución de 1917, la que hizo del Ministerio Público una, institución federal, siendo Don Venustiano Carranza, quien presentara un proyecto de una nueva Constitución, acerca del artículo 21, en el cual evitaría

¹¹ BRISEÑO SIERRA; Humberto. Op. Cit., Pág. 97

el proceso penal tan viciado que hasta entonces había existido, restituyendo a los Jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura y daría al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando a su cargo la persecución de los delitos, la búsqueda de los elementos de convicción que ya no se haría por procedimientos atentatorios y la aprehensión de los delincuentes. Es así como con la Institución del Ministerio Público, tal como se proponía, la libertad individual quedaría asegurada. En virtud de que el artículo 16 Constitucional, nadie podría y puede ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirla sino en los términos y requisitos que la misma ley exige.

La Institución del Ministerio Público, a través de los años a ido adquiriendo las características que ahora la animan y que en términos generales se puede decir son las siguientes:

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

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

III.- *Depende del Ejecutivo. El Ministerio Público depende del Poder Ejecutivo, siendo el Presidente de la República el encargado de hacer el nombramiento del Procurador de Justicia (Ley Orgánica del Ministerio Público de 1903).*

IV.- *Representa a la sociedad. El Ministerio Público se estima como representante de los intereses sociales y es el encargado de defenderlos ante los tribunales. Así pues, actúa independientemente de la parte ofendida (Ley Orgánica del Ministerio Público de 1903).*

V.- *El Ministerio Público, aunque tiene pluralidad de miembros, posee indivisibilidad en sus funciones, en cuanto que todas ellas emanan de una sola parte: la sociedad. Uno de sus miembros puede substituirse en cualquier momento por otro, sin que tal hecho exija cumplimiento de formalidades (Ley Orgánica del Ministerio Público de 1903).*

VI.- *Es parte en los procesos. El Ministerio Público, en cuanto representante de la sociedad, desde la Ley Orgánica del Ministerio de 1903 dejó de ser un simple auxiliar de la Administración de Justicia, para convertirse en parte.*

VII.- *Tiene a sus órdenes a la Policía Judicial. A partir de la Constitución de 1917, el Ministerio Público deja de ser un*

miembro de la Policía Judicial y, desde ese momento, es la institución a cuyas órdenes se encuentra la propia Policía Judicial.

VIII.- Tiene el monopolio de la acción penal. Correspondiendo exclusivamente al Ministerio Público la persecución de los delitos, es inconcuso que dicha institución tiene el monopolio de la acción procesal penal, característica que obliga a concluir que la intervención del Ministerio Público, es imprescindible para la existencia de los procesos, y

IX.- Es una institución Federal. Por estar prevista la institución del Ministerio Público en la Constitución (1917) están obligados todos los estados de la Federación a establecer dicha institución".¹²

Podemos afirmar, que si bien es cierto, que el personal integrante del Ministerio Público casi en su mayoría no son profesionistas que realicen su trabajo con un buen desempeño, no podemos dejar pasar por alto que en si la institución de la que se habla ha sido un logro del Derecho Moderno, ha sido considerado como "el ente más monstruoso y contradictorio, inmoral e inconstitucional que se mueve como autómeta a voluntad del Poder Ejecutivo siendo un invento de la monarquía francesa destinado únicamente a tener de la mano a la magistratura",¹³ sin embargo su adopción se ha dado en casi en la mayoría de los pueblos cultos, pues es considerada como una

¹² RIVERA SILVA, Manuel. Op. Cit., Pág: 75 a 76.

¹³ GONZALEZ RUJSTAMANTE, Juan José. Op. Cit., Pág: 53

magistratura independiente que tiene la misión de velar por el estricto cumplimiento de la ley y que es depositaria de los más grandes intereses de la sociedad.

Es así, como en la Constitución de 1917 y las leyes orgánicas de la institución han venido conformando paulatinamente, cada vez con mayor precisión, al Representante Social como una magistratura encargada de una función típicamente inasimilable a la de otros órganos estatales.

Si al Legislativo compete la fijación del derecho, al judicial interpretar el derecho disputado, y la sanción a las leyes penales, y a los órganos de la administración realizar las funciones indispensables para asegurar el normal desenvolvimiento de la sociedad, al Representante Social le corresponde esencialmente la alta misión de velar porque en el juego de las actividades humanas, tanto de los gobernantes como de los gobernados, se respete o se pretenda respetar el orden jurídico establecido, función que con toda evidencia sobresaie como diferente de las antes enunciadas.

Finalmente, se puede decir que la evolución del Ministerio Público en México no es más que un aspecto de la general que ha venido ofreciendo la institución desde la última mitad del siglo pasado en todos los países.

1.2.- FUNDAMENTO LEGAL.

Por lo que se refiere a la regulación del Ministerio Público en el Distrito Federal, que es el modelo que se siguió para las restantes entidades federativas, su organización ha sido sumamente imprecisa y por lo que respecta al proceso penal, que sin duda era el aspecto más importante, debe destacarse lo dispuesto por la Ley de Jurados para el mismo Distrito y Territorios del 15 de junio de 1869, la que estableció tres promotorías fiscales para los juzgados de lo criminal, que debían constituirse como parte acusadora y promover todo lo concerniente a la averiguación de la verdad en los procesos penales.

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal del 15 de septiembre de 1880, ya no se habla de promotores fiscales sino que ya se utiliza la denominación francesa del Ministerio Público, definido en su artículo 28 como "una magistratura instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de la justicia en nombre de la sociedad y para defender ante los tribunales los intereses de ésta en los casos y por los medios que señalan las leyes".¹⁴

¹⁴ FIX ZAMUDIO, Hector. Constitución, Proceso y Derechos Humanos, Editorial Porrúa, 1ª Edición, México, 1994, Pág. 273.

Tanto en el Código anteriormente señalado, como en el distrital de 16 de septiembre de 1894 que lo sustituyó, el Ministerio Público en el proceso penal asumía una situación similar a la institución francesa en cuanto actuaban como un simple auxiliar del Juez de Instrucción, y en el juicio propiamente dicho tenía el carácter de parte acusadora, pero sin disfrutar el monopolio del ejercicio de la acción penal, ya que en el proceso intervenía también el ofendido o sus causahabientes, estimados como parte civil.

En el desarrollo del Ministerio Público, durante la vigencia de la Constitución de 1857, es de gran transcendencia la reforma de la Constitución de 22 de mayo de 1900 que reforzó en forma evidente el modelo francés al modificar los artículos 91 y 96 de la Carta Federal y con el objeto de suprimir de la integración de la Suprema Corte al Procurador General y el Fiscal, y contrariamente a lo establecido se dispuso que "los funcionarios del Ministerio Público y el Procurador General de la República, que ha de presidir, serán nombrados por el Ejecutivo".¹⁵

La modificación anterior determinó, a su vez, la reforma preliminar del Código de Procedimientos Civiles Federales, antes mencionado, por la Ley del Congreso Federal promulgada el 3 de octubre de 1900, para regular al Ministerio Público de acuerdo con el nuevo texto Constitucional, estableciéndose en el artículo 37 del ordenamiento citado que

¹⁵ RIX ZAMUDIO, Hector. Op. Cit., Pág. 273

el Ministerio Público Federal estaría presidido por un procurador General de la República y se integraría con tres agentes auxiliares del citado Procurador, así como los adscritos a los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito, en tanto que el artículo 42, se dispuso que el Procurador General de la República, los agentes y los demás empleados del Ministerio Público serían nombrados y removidos libremente por el Ejecutivo.

Aunado al hecho de que la organización del Ministerio Público era compleja, la influencia francesa se advierte todavía con mayor claridad en el artículo 5º de la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal, en donde se estableció que el Procurador General de la República, así como los funcionarios del Ministerio Público, dependen inmediatamente y directamente del Ejecutivo por conducto de la Secretaría de Justicia del aquei entonces.

Como se podrá ver en líneas adelante, el proyecto de Constitución de don Venustiano Carranza presentado al Congreso Constituyente de Querétaro, el primero de diciembre de 1916, se advierte con claridad que son dos las principales innovaciones que se pretendieron introducir en dichos preceptos en relación al Representante Social, pues se separa en ocasiones radicalmente de la legislación dictada bajo la vigencia de la Carta Fundamental de 1857, pero se conservó la vinculación del citado ministerio con el Ejecutivo, introduciéndola en la reforma de 1900.

Así tenemos que en primer lugar se podría decir, que el proyecto presentado se alejó del modelo francés que se veía aplicando, al desvincular al Ministerio Público del Juez de Instrucción, y se confirió al primero la facultad exclusiva de investigación y persecución de los delitos, así como el mando de la Policía Judicial, esta última transformada como un cuerpo especial y no como anteriormente como una simple actividad efectuada por los cuerpos de seguridad, pero que también incluía al Ministerio Público e inclusive el Juez instructor.

El Ministerio Público, queda establecido en el párrafo primero del artículo 21 Constitucional, de acuerdo a la reforma publicada el 3 de julio de 1996, para quedar como sigue:

Artículo 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de las sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multas o arrestos hasta por treinta y seis horas. Si el infractor no pagare la multa que se le hubiese

impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

En cuanto a la Ley Orgánica de la Procuraduría General Justicia del Distrito Federal, en su artículo 1 da las bases para la organización del Ministerio Público en nuestra entidad federativa señalando lo siguiente:

Artículo 1.- Esta Ley tiene por objeto organizar la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, para el despacho de los asuntos que al Ministerio Público atribuyen la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal; este ordenamiento y las demás disposiciones.

Es necesario señalar, que en el precepto antes citado menciona que el Representante Social en su actuar deberá hacerlo conforme a nuestro máximo ordenamiento y al Estatuto de Gobierno, que a mi manera de ver vendría siendo la Constitución local, pues en el se encuentra las bases de organización de las funciones locales Ejecutiva, Legislativa y Judicial, que habrán de regir la forma de gobierno para los capitalinos.

Artículo 2.- La institución del Ministerio Público en el Distrito Federal, estará a cargo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, y tendrá las siguientes atribuciones que ejercerá por conducto de su titular o de sus agentes y auxiliares, conforme a lo establecido en esta Ley y demás disposiciones aplicables.

i.- Perseguir los delitos del orden común cometidos en el Distrito Federal.

ii...

iii...

iv.- Realizar estudios, fórmulas y ejecutar lineamientos de policía criminal y promover reformas que tengan por objeto hacer más eficiente la función de seguridad pública y contribuir al mejoramiento de la procuración e impartición de justicia.

Del artículo anterior, es necesario destacar lo siguiente, nos señala quien es el titular de la institución en comento, dicho funcionario anteriormente era nombrado por el Jefe del Ejecutivo Federal, cuestión esta que ya no sucede, pues con la reforma de fecha 22 de agosto de 1996, al Artículo 22 Constitucional, el cual en su fracción II, inciso (a), asienta, que el Jefe de Gobierno del Distrito Federal ya no es nombrado por el Presidente de la República, sino que es elegido popularmente y por ende éste funcionario

tiene entre sus atribuciones nombrar al Procurador General de Justicia del Distrito Federal.

Artículo 3.- Las atribuciones a que se refiere la fracción i del artículo 2 de esta Ley respecto de la averiguación previa, comprenden:

I.- Recibir denuncias o querrelas sobre acciones u omisiones que puedan constituir delito.

II.- Investigar los delitos del orden común con la ayuda de los auxiliares a que se refiere el artículo 23 de esta Ley, y otras autoridades competentes, tanto federales como de las entidades federativas, en los términos de colaboración.

III.- Practicar las diligencias necesarias para la acreditación de los elementos del tipo penal del delito y la probable responsabilidad que corresponda, así como para la reparación de los daños y perjuicios ocasionados.

En sus fracciones II y III, el precepto antes mencionado, nos menciona la función tan importante encargada al Ministerio Público local, que debe ejercer como representante de los intereses de la sociedad y que es la persecución de los delitos y la procuración e impartición de justicia, función

que en mi opinión no se lleva a cabo, pues desgraciadamente para la población, tan importante labor se ha convertido en un verdadero "negocio" para el personal que integra las agencias investigadoras, originando con ello impunidad, pues sólo tiene acceso a la "justicia" la persona o personas que tengan el suficiente alcance económico para que el Representante Social, realice las diligencias necesarias para la debida integración de la averiguación, pues de no "motivar" su atención, tales averiguaciones acaban en simples reservas o no ejercicios de la acción penal.

Dichas facultades, pasan a ser deberes para los agentes de la institución en comento, quienes actúan en representación de la misma, con el auxilio cuando exclusivamente ellos lo dispongan de las policías que, en tal condición, se encontraba bajo su autoridad y mando inmediato, auxiliares que se encuentran contemplados en el artículo 23 de la Ley Orgánica y que a la letra dice:

Artículo 23.- Son auxiliares directos del Ministerio Público del Distrito Federal.

i.- La Policía Judicial, y

ii.- Los servicios periciales.

Iguualmente auxiliarán al Ministerio Público, en los términos de las normas aplicables, la Policía del Distrito Federal, el Servicio

Médico Forense del Distrito Federal, los servicios médicos del Distrito Federal y en general las demás autoridades que fueran competentes.

Los únicos funcionarios autorizados para ejercitar la acción penal son los que se encuentra descritos en las siguientes disposiciones de la Ley Orgánica:

Artículo 20.- Son facultades y obligaciones de los Agentes adscritos a los Tribunales del Orden Penal, las siguientes:

IV.- Ejercitar la acción penal y solicitar las órdenes de aprehensión contra las personas cuya responsabilidad se acredite durante la instrucción de un proceso o en la averiguación previa.

Artículo 25.- Son facultades de la Dirección General de Investigaciones:

I.- Practicar las averiguaciones previas en el Distrito Federal, y, en su caso, ejercitar acción penal.

Artículo 26.- En los Juzgados Mixtos de Primera Instancia y en Tribunal de Paz del Distrito Federal, la acción penal se ejercerá por el Agente del Ministerio Público de la adscripción.

Por otro lado el artículo 53 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal dice:

Artículo 53.- En el ejercicio de sus funciones, el personal de la Procuraduría observará las obligaciones inherentes a su calidad de servidores públicos y actuará con la diligencia necesaria para la pronta, completa y debida procuración de justicia.

Con lo que se alude expresamente a la calidad de servidores públicos del personal del Ministerio Público, que tienen señalada su responsabilidad marcada en la Ley de Servidores Públicos. Dicha Ley, dispone en su artículo 47 lo siguiente:

Artículo 47.- Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones para salvaguardar la legalidad, honradez, imparcialidad y eficacia que deben ser observadas en el desempeño de su empleo, cargo o comisión:

I.- Cumplir con la máxima diligencia el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión.

Se debe tomar en cuenta que las normas de Ley federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos se desenvuelven dentro de la órbita fijada por el artículo 109 de la Constitución Federal, en los siguientes términos:

Artículo 109.- El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, expedirán las leyes de responsabilidades de los servidores públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes, teniendo éste carácter, incurran en responsabilidad, de conformidad con las siguientes prevenciones:

i...

ii.- La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal; y

iii.- Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficacia que deben observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

En virtud de lo anteriormente expuesto, conforme a las Ley Orgánica de la Procuraduría de Justicia, el Agente del Ministerio Público, al igual que su personal deberán actuar con la diligencia necesaria para la pronta, completa y debida procuración de justicia, que es propia a la naturaleza de la Institución. En esta obligación se subsumen los deberes que la Ley Federal ayudada impone a los servidores públicos en general para el desempeño de sus labores, por ser inherentes a toda función pública, atendiendo a la índole de su finalidad y la debida rectitud en su ejercicio.

Por último, como se puede apreciar claramente la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, por tanto, si las diligencias de un proceso se llevan a cabo sin la intervención del Agente del Ministerio Público deben considerarse, si no nulas, por lo menos anticonstitucionales, y, en estricto rigor, no puede llamarse diligencias judiciales sin que la intervención posterior del Representante Social puede transformar diligencias ilegales en actuaciones válidas. "Es cierto que la Ley no declara, de manera expresa, la nulidad de las diligencias que se practiquen sin la intervención del Ministerio Público; pero como la disposición del artículo 21 Constitucional es terminante, las diligencias practicadas sin esa intervención, por ser anticonstitucionales, carecen de validez".¹⁶

¹⁶ PEREZ PALMA, Rafael. Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1980, Pág. 706

1.3.- FUNCION SOCIAL.

En la evolución del derecho, que en su etapa primitiva y de barbarie, se inicia con la justicia que cada quien se hace a sí mismo, con la venganza privada, con la llamada Ley de talión, o de la composición, para llegar después de muchísimos siglos a la era moderna, en la que el Estado, por voluntad general de sus integrantes y a la falta de otro mejor medio, asume la obligación de impartir justicia, en los naturales conflictos que nacen entre los hombres, o entre los hombres y su propio Estado.

"El Estado comprendió, que la persecución de los delitos en una función social de particular importancia, que debe ser ejercida por él, y no por el particular. El procedimiento inquisitivo inaugura este proceso decisivo en la historia del procedimiento penal: la persecución de los delitos es misión del Estado".¹⁷

Para este efecto, como ya se mencionó, el Estado concreta la facultad de administrar justicia en órganos especializados, que son los tribunales a quienes les atribuye potestad para ello, Jurisdicción y competencia, además de dotarlos de cierto grado de independencia y de

¹⁷ V. CASTRO, Juventino. El Ministerio Público en México, Editorial Porrúa, 9ª Edición, México, 1996, Pág. 4

libertad en sus funciones que se hallan regidas, organizadas y controladas por la ley.

Una de las características del Estado actual, es el grado de evolución en que se encuentran las sociedades actuales, que es que los tribunales no pueden intervenir en el ejercicio de sus jurisdicción, sin la previa excitación, sin la previa demanda para que intervengan, de parte de quien ha de merecer justicia.

"El Ministerio Público, institución de buena fe, patrono de la justicia y de la libertad, viene a llenar una función que la pasión y el interés personal de la víctima del delito no puede, ni debe ocupar, ya que la historia ha demostrado que el particular lesionado no tiene el interés o el desinterés, o la preparación, o la posibilidad de corresponder en modo adecuado a las exigencias de la altísima competencia de la acción penal".¹⁸

Por lo tanto esta institución, es el medio de que disponen los particulares para acudir ante el órgano jurisdiccional en demanda de justicia en las controversias que se susciten frente a otros particulares, consiste en el ejercicio de la acción que tiene un doble aspecto: "por un parte, es el derecho de los particulares para comparecer ante el órgano jurisdiccional en la demanda de justicia, y por otra, el pedimento para que, mediante la actuación

¹⁸ V. CASTRO, Inventario Op. Cit., Pág. 5.

de la ley, le sean respetados o restituidos los derechos del orden subjetivo y personal que se vena violados o perturbados".¹⁹

En el primer aspecto, se puede decir que la acción es un derecho de orden público de los particulares, que tiende a proporcionar la intervención del órgano jurisdiccional y a obligarlo a actuar con arreglo a la ley procesal; en cuanto a lo segundo se pide que el Juez, usando su poder, proteja el derecho personal de que se ve amenazado.

La acción como institución de derecho, que es, ha sufrido una larga evolución, ha pasado por épocas muy diversas y ha sido motivo de muy variadas discusiones tratando de diferenciar los aspectos públicos y privados que forman el concepto de acción; pues como lo dice el maestro Pérez Palma ha "tratado de precisar si la acción se ejercita en contra del órgano jurisdiccional o en contra del perturbador del derecho particular; tratando de precisar la naturaleza de la acción; o tratando de señalar el contenido mismo de esta institución".²⁰

Es así como a lo largo de la evolución histórica de la actividad acusatoria, ha sido un laborioso tránsito de lo individual a lo social, de lo privado a lo público, determinado por la moderna concepción del Derecho Penal, en otras palabras es una lucha ideológica entre el interés individual y el colectivo, que termina con una reivindicación casi total, lo que primitivamente

¹⁹ Cfr. PEREZ PALMA, Rafael. Op. Cit., Pág. 196.

²⁰ PEREZ PALMA, Rafael. Op. Cit., Pág. 196.

fue un derecho del ofendido, hoy en día constituye una función pública que el Estado confiere a un órgano específico, el Ministerio Público, esta se da después de que el Estado hace suyo el poder de administrar justicia, que es una expresión de su soberanía, excluyendo la posibilidad de que el ofendido, su familia o su clan reaccionen a una voluntad contra quien a cometido un delito, es así como en el momento en que el Estado se sustituye al individuo en la actividad de acusar, el derecho de venganza se convierte en el de administrar justicia, de acusar, es entonces cuando la acción procesal reemplaza a la acción física, lo cual constituye el primer síntoma de civilización.

En una segunda etapa de la evolución del Estado, nace la idea de que los delitos perjudican a la sociedad, de manera que su represión no puede ser supeditada a la voluntad del ofendido, excepción hecha en los delitos considerados como privados, que fueron muy numerosos en aquellos tiempos, es aquí cuando aparecen los delitos de los llamados perseguidos de oficio; siendo el caso que en un momento de la transformación del Estado, se advierte que éste reúne y confunde las dos funciones, la de acusar y la de castigar, que deben ser y permanecer distintas, buscando la imparcialidad, al mismo tiempo se consolida, tras un largo proceso evolutivo, el concepto de que la acción penal es pública, y se organiza el Representante Social, como órgano exclusivo del Estado.

Es de esta manera, como se perfecciona nuestro sistema procesal: el derecho de denunciar los delitos es público y pertenece a los particulares; el de pedir el castigo de los responsables, fijando el monto de la sanción y de la reparación del daño, pertenece con exclusividad al Ministerio Público; y el ejercicio de la jurisdicción a los jueces y magistrados, para garantizar, por una parte al acusado, la correcta aplicación de la Ley, y por otra, a la sociedad, la reparación del daño ocasionado con motivo del delito perpetrado. La intervención de los particulares, aun como ofendidos dentro del proceso, es menos que subsidiaria, pues se limita a proporcionar elementos de prueba, ya sea respecto a la responsabilidad, o para fijar el monto de la reparación del daño.

También se ha dicho, que la acción no es sino el medio idóneo que la ley establece para provocar la intervención del Estado en los conflictos jurídicos, ya que la actividad jurisdiccional se tiene que poner en movimiento mediante el ejercicio de la acción, ya sea porque los particulares la promuevan o porque el Ministerio Público, en los procesos penales, la ejerza.

Es claro que la marcha de la acción penal, pasa durante tres momentos durante el proceso los cuales son: investigación, persecución y acusación. "La primera tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción que se fundara en las pruebas obtenidas; en la persecución se dice que ya hay ejercicio de la acción ante los tribunales y es lo que constituye la instrucción, y

la tercera, que es la acusación, es en donde el Representante Social puede ya establecer con precisión las penas que serán objeto del análisis judicial, por lo mismo, dicha etapa es la que constituye la esencia del juicio, pues es en estado procesal en donde se pedirán la aplicación de las sanciones privativas de libertad y las pecuniarias, incluyendo en esta la reparación del daño, sea por concepto de indemnización o de restitución de la cosa obtenida por el delito".²¹

La institución del Ministerio Público, tiene sus propias características y por ende distintas de la autoridad judicial, como son las siguientes:

Es imprescindible.- Ninguna tribunal del orden penal puede funcionar sin un Agente del Ministerio Público adscrito: Ningún proceso puede ser iniciado, ni seguido, sin la intervención del Representante Social. El Ministerio Público es parte imprescindible en todo proceso; no hay determinación judicial que no le deba ser notificada, ni diligencia en la que no haya de intervenir, y en muchas, su parecer debe ser oído antes de que el Juez resuelva.

El Ministerio Público es uno.- Es decir, no admite divisiones ni por categorías ni por razones de competencia, puesto que su función fundamental, es la de representar a la sociedad, es única. Dentro de dicha

²¹ Cfr. PEREZ PALMA, Rafael. Op. Cit., Pág. 207

institución se podrá encontrar que existe división en el trabajo por pluralidad de miembros, pero con unidad de funciones. Los cambios en la persona física de los agentes del Ministerio Público que intervengan en un proceso, no implica ni significa rotura dentro de la unidad.

El Ministerio Público debe ser una institución de buena fe.- El objeto o los propósitos del Ministerio Público no han de ser los de un inquisidor o de un perseguidor intransigente de los procesos, con ánimo de perjudicar o de extremar su celo, sino simplemente, el de velar por los intereses de la sociedad a la que representa.

Porque la sociedad, tiene tanto interés en el castigo de los responsables de los delitos, como el respeto de los derechos y de las garantías de los individuos que componen el conglomerado, así que el Ministerio Público debe mantenerse en la posición y lugar adecuado a ambas finalidades.

El Ministerio Público goza de prerrogativas.- Como son las de ser independiente, de ser inrecusable y de no ser responsable por las molestias que infiera o por los daños y perjuicios que causen con motivos de sus funciones.

Tiene el monopolio de la acción penal.- El monopolio que ejerce el Ministerio Público de la acción penal ha sido largamente discutido y censurado, ya que hasta la misma víctima del delito queda excluida de toda

participación en el proceso, incluyendo su falta de personalidad para reclamar la reparación del daño que se le hubiera causado con el delito.

De lo anterior, se desprende que la función del Ministerio Público sea eminentemente persecutoria de los delitos cometidos o de aquellos cuya ejecución se encuentre en un grado punible de conformidad con el Código Penal.

Ahora bien, en atención a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la institución en comento y en el Código de Procedimientos Penales, la actividad del Representante Social parece dividida en dos grandes ramas: función investigadora y la función persecutora de los delitos. En el caso de la Primera le "corresponde probar la existencia del delito mediante la comprobación de sus elementos constitutivos, el descubrimiento de los responsables y la reunión de los elementos de convicción para acreditar la responsabilidad penal; en cuanto a la segunda puede ser entendida de dos maneras, una, la de perseguir en juicio y ante el órgano jurisdiccional a los responsables de los delitos; u otra, la de persecución extrajudicial y en general, de todos aquellos actos delictuosos que se estén cometiendo en perjuicio de la colectividad".²²

Para cerrar el presente Capítulo, diremos que por lo que respecta al Ministerio Público del Distrito Federal, la Ley Orgánica en su artículo 2 le otorga las siguientes atribuciones: a) perseguir los delitos del

²² Cfr. PEREZ PAZ, Rafael Op. Cit., Pág: 333

orden común cometidos en el Distrito federal; b) proteger los intereses de menores, incapaces, así como los individuales y sociales en general, en los términos que señalen las leyes; c) velar por la legalidad en la esfera de su competencia como uno de los principios rectores de convivencia social, promoviendo la pronta, expedita y debida procuración y la impartición de la justicia; d) cuidar de la correcta aplicación de las medidas de política criminal, en la esfera de su competencia.

CAPITULO II.- LA ACTIVIDAD DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

A manera de ilustración, es necesario hacer las consideraciones que a continuación se enuncian con el objeto de una mejor comprensión del presente Capítulo, así diremos, que en las relaciones entre gobernantes, como representantes del Estado, y gobernados, se suceden múltiples actos, imputables a los primeros, que tienden a afectar la esfera jurídica de los segundos. En otras palabras, el Estado, en ejercicio del poder del imperio de que es titular como entidad jurídica y política suprema con substantividad propia, desempeña dicho poder sobre y frente de los gobernados por conducto de autoridades. El Estado, al desplegar su actividad de imperio, al asumir su conducta autoritaria, imperativa y coercitiva, necesariamente afecta la esfera o ámbito jurídico, que se atribuye a cada sujeto como gobernado, bien sea en su aspecto de persona física o de entidad moral. "Todo acto de autoridad, emanado por esencia del Estado y desempeñado por diferentes órganos autoritarios estatales creados por el orden de derecho, tienen como finalidad inherente, imbibita, imponerse a alguien de diversas maneras y por distintas causas; es decir, todo acto de autoridad debe afectar a alguna persona moral o física en sus múltiples derechos: vida, propiedad, libertad".²³

²³ BURGOA ORIUOLA, Ignacio. Las Garantías Individuales, 25ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1993, Pág. 504.

Dentro de un régimen jurídico, esto es, dentro de un sistema en que impere el derecho, bien bajo un carácter normativo legal o bajo un aspecto consuetudinario, es esta afectación de diferente índole y de múltiples y variadas consecuencias son las que operan en el status de cada gobernando, y que sin lugar a dudas deben obedecer a determinados principios, en síntesis, deben estar sometidas a un conjunto de modalidades jurídicas, sin cuya observación no sería válida desde el punto de vista del derecho.

Son este conjunto de modalidades jurídicas a que tiene que sujetarse un acto de cualquier autoridad para producir conforme a derecho, desde un punto de vista jurídico, en cuanto se pretenda afectar la esfera del gobernado en sus diversos derechos de éste, y que se traducen en una serie de requisitos, condiciones y elementos, estos es, pues, lo que constituyen las garantías de seguridad jurídica. Estas implican, en consecuencia "el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole, en la esfera del gobernado, integrada por la suma de sus derechos subjetivos".²⁴

En consecuencia, un acto de autoridad que afecte el ámbito jurídico particular de un individuo como gobernado, sin observar dichos

²⁴ BURGEO ORTUELA, Ignacio Op. Cit., Pág: 504.

requisitos, condiciones, elementos o circunstancias previos, no será valido a la luz del Derecho.

La seguridad jurídica in genere, al conceptuarse como el contenido de varias garantías individuales consagradas por la Ley Fundamental, se manifiesta como la sustancia de diversos derechos subjetivos públicos individuales del gobernado oponibles y exigibles al Estado y a sus autoridades, quienes tienen la obligación de acatarlos u observarlos. Esta obligación estatal y autoritaria, es de índole activa en la generalidad de los actos tratándose de las diferentes garantías de seguridad jurídica, o sea, que el Estado y sus autoridades deben desempeñar, para cumplir la obligación, actos positivos, consistentes en realizar todos aquellos hechos que impliquen el cumplimiento de todos los requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas para la afectación que generen sea jurídicamente válida.

1.1.- AVERIGUACION PREVIA (AUTORIDAD).

De acuerdo con el texto Constitucional, tomando en cuenta el espíritu que animó a los integrantes del Congreso Constituyente de 1917, para su creación, el o los agentes del Ministerio Público, afirman que actúan, a su vez, en representación del interés social en la investigación de los hechos delictivos y de sus probables autores y para cumplir ese cometido incursionan en muy diversos órdenes de la sociedad, para así en pro de la verdad real y con la ayuda de los técnicos en diversas materias reúnen un conjunto de indicios que toma como base una secuencia lógica que será la base que satisfaga los requerimientos legales para el ejercicio de la acción penal y de toda la dinámica que implica sus funciones específicas.

En efecto, la interpretación jurídica del artículo 13 Constitucional, conduce a concluir, que por leyes privativas deben entenderse aquellas cuyas disposiciones desaparecen después de aplicarse a una hipótesis concreta y determinada de antemano, y que se apliquen en consideración a la especie o la persona, o sea, que carecen de los atributos de generalidad, abstracción e impersonalidad que debe revestir toda norma jurídica. Es decir, que basta con las disposiciones de un ordenamiento legal tengan validez en el tiempo, que dicho ordenamiento se apliquen todas las personas que se coloquen dentro

de las hipótesis por ellas previstas y que no están dirigidas a una persona o grupo de personas individualmente determinado, para que la ley en el presente caso el Código Penal y Código de Procedimientos Penales, satisfaga los mencionados atributos de generalidad, abstracción e impersonalidad y, por ende, no infrinja lo dispuesto por el artículo 13 Constitucional.

Consecuentemente con lo antes expuesto, se pone en claro que el contenido del texto Constitucional, los Códigos Sustantiva y Adjetivo antes señalados y demás disposiciones de otros ordenamientos jurídicos, sin omitir jurisprudencia, son textos legales que otorgan al personal del Ministerio Público la titularidad de la acción penal.

Para maestros como González Bustamante, el monopolio de la acción penal por parte del Estado, ha sido una conquista por parte del Derecho moderno, en la cual se inicia el período de acusación estatal en que uno o varios órganos son los encargados de promoverla.

Como consecuencia de la reforma Constitucional introducida en los artículos 21 y 102 en el año de 1917, la Institución del Ministerio Público quedó transformada de acuerdo con las siguientes bases: la acción penal corresponde exclusivamente al Estado y el único órgano estatal a quien se encomienda su ejercicio es precisamente el Ministerio Público. De conformidad con el pacto Federal, todos los Estados de la República y obviamente el Distrito Federal, debieron ajustarse a las disposiciones

Constitucionales, estableciendo en sus respectivas entidades la Institución. Como titular de la acción penal, tiene todas las funciones de acción y requerimiento, persiguiendo y acusando a los responsables de un delito, pues el Juez Penal no puede actuar de oficio y necesita la petición del Representante Social. Los particulares no pueden ocurrir directamente ante los Jueces como denunciante o como querellante; deben hacerlo forzosamente ante el Representante Social, para que éste, dejando satisfechos los requisitos legales, promueva la acción penal correspondiente.

El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la atribución del Ministerio Público para perseguir delitos, esta atribución se refiere a dos momentos; el preprocesal y el procesal; el primero abarca precisamente la averiguación previa, constituida por la actividad investigadora del Representante Social, tendiente a decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal; dicho artículo otorga por una parte una atribución al Ministerio Público, la función investigadora auxiliado por la Policía Judicial; por otra, una garantía para los individuos, pues sólo la autoridad en comento puede investigar delitos, de manera que la investigación se inicia en el momento en que la Policía Judicial y el Ministerio Público, tienen conocimiento de la comisión de algún delito, ya sea por denuncia, por acusación, por querrela o porque en el desempeño de sus funciones descubra la comisión de un delito de aquellos que se han de

perseguir de oficio y cuya averiguación habrá de contener los requisitos para la comprobación de los elementos del tipo, la expresión o descripción de las armas, de los objetos o instrumentos del delito y las declaraciones indagatorias que se reciban para el esclarecimiento de la verdad y determinar la presunta responsabilidad del sospechoso, estas diligencias deben de contar por escrito.

Las diligencias de la policía judicial, concluyen con la determinación que toma el Ministerio Público, para ejercitar o no la acción penal y con el cumplimiento que dé a esta determinación.

De lo expuesto, puede afirmarse que la función investigadora del Ministerio Público tiene fundamento en el artículo 21 Constitucional y que además debe atender a lo previsto en el artículo 16 del ordenamiento antes citado, y que tiene por finalidad decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal.

Aunado a lo preceptuado en el artículo 2º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, que establece las atribuciones del personal del Ministerio Público, las cuales en forma general son: perseguir a los presuntos responsables de los delitos del orden común, cometidos en el Distrito Federal; velar por la legalidad en la esfera de su competencia, como uno de los principios rectores de la convivencia social, promoviendo la pronta y debida procuración e impartición de justicia; proteger

los intereses de los menores, incapaces, así como los individuales y sociales en general, en los términos que determinen las leyes; cuidar la correcta aplicación de las medidas de política criminal en la esfera de su competencia; y, las que determine el legislador. En cuanto al segundo momento, que lo es la parte procesal, se divide en cuatro partes, atendiendo obviamente a los alcances del presente estudio, la primera lo compone la preinstrucción, que se da cuando se llevan a cabo las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación del hecho conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o en su caso la libertad de éste por falta de elementos para procesar; la segunda parte lo integra la instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que se hubiese cometido y las peculiaridades del inculpado; así como la responsabilidad o irresponsabilidad de éste; en cuanto a la tercera parte esta comienza con lo que se conoce como primera instancia, momento en que el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el tribunal, quien ante el Juez instructor valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva; y por último en el caso de existir apelación por alguna de las partes se entra a una segunda instancia, que se llevara a cabo ante el tribunal de Alzada, en donde además de efectuarse las diligencias y actos

tendientes a resolver el recurso, el Representante Social, expresara agravios con el objeto de que se modifique la sentencia recurrida.

Ahora bien, es necesario dar un concepto de lo que se entiende por Averiguación Previa, así encontramos que el Maestro Osorio y Nieto, dice: "la fase del procedimiento penal, puede definirse la averiguación previa como la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, los elementos del tipo y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal".²⁵

En cuanto al titular de la averiguación previa, sin duda alguna en esta etapa lo es el Ministerio Público; tal afirmación se desprende de lo establecido en el ya citado artículo 21 Constitucional, que como ya se dijo contiene la atribución del Representante Social de investigar, de perseguir los delitos, evidentemente si el Ministerio Público, tiene la atribución del orden Constitucional de averiguar los delitos y ésta atribución la lleva a cabo mediante la averiguación previa.

Además con apoyo del orden Constitucional y disposiciones de leyes secundarias, atribuyen la titularidad de la averiguación previa al Ministerio Público, como lo es el caso del artículo 3 fracción I del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, otorga la calidad de titular de

²⁵ OSORIO Y NIETO, César Augusto. La Averiguación Previa, 13ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1985, Pág: 2

la averiguación al Representante Social, en igual sentido los artículos 1 y 2 fracciones I y II de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, confiere tal atribución a la autoridad en comento.

De aquí que la función del Ministerio Público, sea eminentemente persecutoria de los delitos cometidos o de aquellos cuya ejecución se encuentre en un grado punible de conformidad con el Código Penal. La prevención del delito no corresponde pues a este ministerio, dada la literalidad del precepto que se estudia.

Ahora bien, en atención a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la institución a estudio y los Códigos de Procedimientos Penales, la actividad del Ministerio Público, aparece dividida en dos grandes ramas: la función investigadora y la función persecutoria del delito.

A la primera le corresponde, probar la existencia del delito mediante de la comprobación de sus elementos constitutivos, el descubrimiento de los responsables y la reunión de los elementos de convicción para acreditar la responsabilidad penal.

La función persecutoria del delito, puede ser entendida de dos maneras: una, la de perseguir en juicio y ante el Órgano Jurisdiccional a los responsables de los delitos; u otra, la de la persecución extrajudicial y en general, de todos aquellos actos delictuosos que se estén cometiendo en perjuicio de la colectividad.

Una vez que el Representante Social, ha integrado la averiguación previa correspondiente, lleva a cabo lo que se llama acción penal, la cual tiene su principio mediante el acto de consignación, esto es, el arranque, el punto en el cual el Ministerio Público, ocurre ante el órgano jurisdiccional y provoca la función correspondiente; la consignación es el primer acto del ejercicio de la acción penal. "Ahora bien, para llevar a cabo este acto inicial de ejercicio de la acción penal, es menester cumplir determinados requisitos constitucionales, los cuales están contenidos en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se refiere a los elementos del tipo y la probable responsabilidad".²⁶

Con lo que podemos ver, que la preparación del ejercicio de la acción penal, se realiza en la averiguación previa "etapa procedimental en la que el Estado por conducto del Procurador o de los agentes del Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de la Policía Judicial, práctica las diligencias necesarias que le permiten estar en aptitud de ejercitar, en su caso, la acción penal, para cuyos fines, deben estar acreditados los elementos del tipo penal y la probables responsabilidad".²⁷

Para la válida promoción de la acción penal, es necesario que se den los siguientes requisitos: la comisión u omisión de un hecho, reputado por

²⁶ OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. Op. Cit., Pág: 24.

²⁷ COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 15ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1995, Pág: 311

la ley como delito; que tal delito lo haya realizado una persona física; que no se haya dado consentimiento del ofendido o su legítimo representante, si el delito se persigue a petición de parte agraviada y que lo dicho por el denunciante o querrelante, este apoyado por declaración de persona digna de fe y de crédito o por otros elementos de prueba que hagan presumir las probables responsabilidades del inculpado.

El estudio de la averiguación previa debe abarcar: a) la noticia del delito, b) denuncia, c) los requisitos de procedibilidad (denuncia, acusación, excitativa y autorización), d) función de la policía judicial, en sus diversas modalidades y e) consignación.

Cabe mencionar que al parecer existe un error, en cuanto a que en la averiguación previa, el indiciado no goza de las garantías Constitucionales consagradas en el artículo 20, el error tiene dos causas fundamentales como base: una, que la averiguación previa carece de regulación y de términos para realizarla dentro de nuestra ley fundamental; y la segunda que la averiguación previa fue regulada por una ley posterior, siendo ineludiblemente obligatoria; y aun podría hacerse mención de una tercera, la del equivocado concepto que del término juicio se puede tener, pues éste, ya no consiste solamente en la contienda ante el órgano jurisdiccional, sino que además debe incluir la averiguación previa, por formar parte del juicio, por tener sus actuaciones valor probatorio pleno, por contener

la comprobación de los elementos del tipo y porque sirve de base a la instrucción, al ejercicio de la acción penal y a la consignación del detenido, e influirá en la sentencia definitiva.

"Si la averiguación previa estuviera reglamentada dentro del articulado de la Constitución, se tendría un concepto más amplio, más moderno y sobre todo, las detenciones serían, en muchos casos menos injustas, menos prolongadas, menos arbitrarias, con lo que la justicia llegaría al pueblo con mayor eficacia".²⁶

Sin embargo, tendremos que seguir apegados a la interpretación miope y literal de la ley, en tanto no se haga una reforma Constitucional que la época demanda.

1.2.- PROCESO (COMO PARTE).

Como una cuestión previa al análisis de la función del Ministerio Público ante el Juez Instructor, es necesario destacar los aspectos más importantes del proceso, así tenemos, que es en esta etapa en donde el Estado define el delito atribuido a la persona que se le considera es imputable, esto se hace por medio de la inculpación. Esta a su vez se divide en

²⁶ PEREZ, PALMA Rafael Op Cir, Pág: 255

inculpación en abstracto e inculpación en concreto. En el procedimiento penal mexicano, la inculpación existe en abstracto, cuando se ocurre a los Tribunales y se consigna los hechos atribuidos a quien se presume responsable, para que mediante un juicio regular y formal, se declare la existencia del delito, su participación y se impongan las penas o las medidas de seguridad que le correspondan. Esta relación, vincula al sujeto a quien se atribuye el hecho, consistente en que la responsabilidad penal sea definida de acuerdo con el examen integral de las pruebas y que se imponga la sanción, después de haberse observado las normas procesales.

Las relaciones que surgen en el desarrollo de los actos procesales, son de carácter formal: La formalidad en el procedimiento constituye una garantía para los intereses personales del inculpado; es una actividad funcional que impone derechos y obligaciones a quienes intervienen en la relación como lo son Juez, inculpado, Ministerio Público, testigos, peritos etc. Y el único medio para el desarrollo de la relación de derecho sustantivo que el proceso define.

El Derecho Procesal Penal, se ocupa de la determinación concreta de la pena, de la imposición de la misma en virtud de un procedimiento regular y propio. "En el Proceso penal moderno, rigen estos tres principios: *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine iudicio* y *nulla poena iudice*. Además, no puede haber proceso sin el reconocimiento del principio

de la autonomía de las funciones procesales, es decir, no se puede prescindir de la intervención del Juez es inexcusable para la aplicación de la Ley Penal y así lo consagra nuestra Carta Fundamental al establecer que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial".²⁹

La acción penal tiene su principio mediante el acto de consignación, este acto es el arranque, el punto en el cual El Ministerio Público, se presenta ante el Organo Jurisdiccional y provoca la función correspondiente; la consignación es el primer acto en ejercicio de la acción penal, cuestión esta que ya quedo asentada líneas atrás.

Ahora bien, para poder llevar a cabo este acto inicial de ejercicio de la acción penal, es necesario cumplir determinados requisitos Constitucionales, los cuales están contenidos en el artículo 16 de la Constitución Política y se refieren a los elementos del tipo y la probable responsabilidad.

En realidad, el Ministerio Público si bien es titular del derecho de acción, no es igualmente titular del derecho que se hace valer mediante la acción misma; del derecho de penar, o, mejor dicho, de la potestad punitiva, de la que es titular el Estado y no el Ministerio Público. Desde el punto de vista material, el Ministerio Público no podría ser parte, porque no ejerce derechos propios, sino ajenos. A lo sumo, será parte pública, queriéndose

²⁹ Cfr. GONZALES BUSTAMANTE, Juan José. Op. Cit., Pág. 7.

significar con este adjetivo la falta de un interés antagonista con el imputado. Con esto, no queda en contraste la combatividad y la aspiración hacia una decisión favorable al asunto propio. Suyo es, en efecto, el impulso dado a la máquina procesal, cuya la misión de mantenerla continuamente en movimiento hasta el pronunciamiento de la sentencia, y, más aún, hasta la ejecución de la misma por donde aparece verdaderamente, como el primero y más eficiente factor de la represión penal. El por lo tanto, pide y obra continuamente al lado del Juez, a veces en contradicción con el imputado y el defensor, a efecto de obtener que la pena establecida abstractamente del Código, no sea una vana amenaza, sino una arma efectiva al servicio de la justicia.

Antes de seguir adelante, es necesario dar un concepto de lo que se entiende por consignación, palabra que hemos ocupado en forma reiterada, así tenemos que: "La consignación es el acto del Ministerio Público de realización normalmente ordinaria, que se efectúa una vez integrada la averiguación y en virtud del cual se inicia el ejercicio de la acción penal, poniendo a disposición del Juez todo lo actuado en la mencionada averiguación, así como las personas y cosas relacionadas con la averiguación previa, en su caso".³⁰

³⁰ OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. Op. Cit., Pág. 25.

Una vez hecho lo anterior procederemos a mencionar cuales son las bases fundamentales de la consignación, así tenemos que la Constitución en sus artículos 16 y 21, refieren, el primero de ellos, que en el se establecen los requisitos para el ejercicio de la acción penal y en cuanto al segundo mencionado se refiere a la atribución que tiene el Ministerio Público de ejercitar acción penal. La base normativa de naturaleza procedimental es el artículo 2º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; además para cada caso en concreto se invocarán los artículos del Código Penal y el del Código de Procedimientos Penales, que sean aplicables al caso en concreto, en todo caso el artículo 122 del Código Procedimental, también es fundamento de la consignación siendo el artículo 4º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, que a la letra dice.

Artículo 4.- Las atribuciones a que se refiere la fracción I del artículo 2 de esta Ley respecto de la consignación y durante el proceso, comprenden:

1.- Ejercer la acción penal ante el órgano jurisdiccional competente por los delitos del orden común, cuando exista denuncia o querrela, estén acreditados los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad de quien o quienes

en el se hubiere intervenido; solicitando las órdenes de aprehensión; de comparecencia o de presentación, en su caso;

II...

III.- Poner a disposición de la autoridad judicial, a las personas detenidas y aprehendidas, dentro de los plazos establecidos por la ley;

IV...

V.- Aportar las pruebas pertinentes y promover las diligencias conducentes para la debida acreditación de los elementos del tipo penal del delito de que se trate, de la responsabilidad penal, de la existencia de los daños y perjuicios y para la fijación del monto de su reparación.

VI.- Formular las conclusiones, en los términos señalados por la Ley, y solicitar la imposición de las penas y medidas de seguridad que correspondan y el pago de la reparación de los daños y perjuicios o, en su caso, plantear las causas de exclusión del delito o las que extingue la acción penal.

La formulación de conclusiones no acusatorias o de cualquier acto cuya consecuencia sea el sobreseimiento del proceso o de la libertad absoluta del inculpado antes de que se pronuncie

sentencia, requerirá la autorización previa del Procurador o de los subprocuradores que autorice el Reglamento de esta Ley.

VII.- Impugnar, en los términos previstos por la ley, las resoluciones judiciales que, a su juicio, causen agravio a las personas cuya representación corresponda al Ministerio Público.

VIII.- En general, promover lo conducente al desarrollo de los procesos y realizar las demás atribuciones que le señalen las normas aplicables.

Por un lado, vemos al Ministerio Público promover la acción penal tantas veces como se ha producido ofensa a intereses protegidos penalmente, activando la pretensión punitiva del Estado contra el presunto agresor y garantizando, a la vez, que la actuación de ello se realice en los modos y en las formas requeridas por la ley. Por otro lado, atribuirse la jurisdicción, cuya función no es representar los intereses ofendidos por el delito, sino tan sólo aplicar la voluntad concreta de la ley penal a cada caso en particular. Por consiguiente, el órgano que ejerce la persecución penal sólo puede aparecer ante el Juez como parte.

En efecto, en las funciones de acusación, el Ministerio Público se presenta indudablemente como parte, pues presenta todos los elementos peculiares de éstas: ejerce la acción penal, propone demandas, presenta

impugnaciones, tiene facultad de pedir providencias de toda clase. Por otro lado, encarna la misión de la acusación, hasta el punto de que no puede concebirse que falte su personalidad sin que, a la vez, la función desaparezca.

Lo cierto es, que el Ministerio Público interviene en el proceso penal en calidad de parte desde que ejercita la acción penal, hasta el momento de dictar sentencia cuando presenta sus conclusiones y después de ésta al expresar agravios ante el tribunal de Alzada, además debe inspirar en todo momento un deber de imparcialidad entre las partes para el mantenimiento del orden jurídico, ejercitando durante el proceso el jus puniendi del Estado, y siendo a su vez órgano del mismo, aunque aquel se desdoble en instructor, acusador y sentenciador, sin embargo el estudio siempre será único, así como los sujetos procesales.

En cuanto a los requisitos que debe contener la averiguación previa para que proceda, son los siguientes: que en ésta se hayan practicado todas y cada una de las diligencias necesarias para integrar los elementos del tipo y la probable responsabilidad penal del indiciado, ya sea nivel de Agencia Investigadora o de Mesa de Trámite, esto es, que en la averiguación, en cada tipo específico se agote la indagatoria de manera que existan los suficientes elementos y probanzas que sitúen al Representante Social en aptitud de integrar los elementos del tipo y la probable responsabilidad.

En cuanto a las formalidades especiales, la ley procedimental no exige ninguna, por tanto, los únicos requisitos que deberán proceder a la consignación, son los establecidos en el artículo 16 Constitucional

Una vez que el Juez de la Causa inicia el proceso, las partes tendrán tres días comunes, contados desde el día siguiente a la notificación del auto de formal prisión o el de sujeción proceso, para proponer pruebas, que se desahogarán en la Audiencia Principal. Para los efectos de esta disposición se estará a lo prescrito en los párrafos segundo y tercero del artículo 314 del Código de Procedimientos Penales.

Artículo 314.

Si al desahogar pruebas aparecen de las mismas nuevos elementos probatorios, el juez podrá señalar otro plazo de tres días para aportar pruebas que se desahogarán dentro de los cinco días siguientes para el esclarecimiento de la verdad.

Para asegurar el desahogo de las pruebas propuestas, los jueces harán uso de los medios de apremio y de las medidas que consideren oportunas, pudiendo disponer la presentación de personas por medio de la fuerza pública en términos del artículo

La segunda función del Ministerio Público, en el proceso penal, es la de parte acusadora y que inicia cuando se ejercita acción penal por medio de la consignación. Esta instancia debe apoyarse con la aportación de elementos, así sea de carácter preliminar, que pueden perfeccionarse tanto en la etapa previa a la resolución del Juez sobre la formal prisión o sujeción a proceso y durante el juicio, los que permitan acreditar los elementos materiales del delito y la presunta o definitiva responsabilidad del inculpado. En ese mismo documento, se realiza una clasificación que puede ser preeliminar, del tipo delictivo. El propio ministerio actúa durante todo el proceso como acusador, hasta el momento de formular las llamadas conclusiones, que son los alegatos finales.

Por lo tanto, podemos decir que la segunda etapa de la instrucción se reduce, simplemente, a la apertura de un término brevisimo, dentro del cual, tanto el agente del Ministerio Público, como el Defensor, manifestarán toda la diligencia necesaria para cumplir lo ordenado para este tipo de procedimiento.

En el artículo 315, se indica:

Transcurridos o renunciados los plazos a que se refiere el artículo anterior, o si no se hubiere promovido prueba, el Juez declarará cerrada la instrucción y mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público y de la defensa, durante cinco días por cada

uno, para la formulación de conclusiones. Si el expediente excediera de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción se aumentará un día al plazo señalado, sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles.

Agotada la instrucción, el Juez, dictará resolución, citando a audiencia, que deberá celebrarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución que declare cerrada la instrucción, lo anterior de conformidad a lo establecido en el artículo 325 del Código de Procedimientos Penales.

Artículo 325.- Exhibidas las conclusiones de la defensa, o en el caso de que se le tengan por formuladas las de inculpabilidad, conforme al artículo 318, el juez fijará día y hora para la celebración de la vista, que se llevará a cabo dentro de los cinco días siguientes.

Como se puede ver la función tan importante del Ministerio Público en el proceso, es el de aportar pruebas a la autoridad judicial.

Como se mencionó con anterioridad, una vez que el Representante Social, va a consignar cuando ha acreditado los extremos que exige el citado artículo 16 Constitucional, será él quien habrá de aportar las

pruebas necesarias al Juez de la causa, para que la presunta responsabilidad se convierta en una responsabilidad plena, que permita al Juez aplicar la pena correspondiente, buscando hasta donde sea posible una estricta individualización de ella.

Claro está, que en el proceso penal lo que se busca es el establecimiento de la verdad histórica, real o material y que para ello el Juez tiene facultad de practicar de oficio todas las diligencias que crea necesarias para normar su criterio y dar un fallo correcto. Sin embargo, el Representante Social, es el verdadero animador del proceso en su fase instructora, ya que es el órgano oficial de acusación, que debe pugnar por agotar las pruebas que comprueban la culpabilidad o eventualmente, la inocencia del procesado.

En esta instancia debe apoyarse con la aportación de elementos, así sea de carácter preliminar, que podrán perfeccionarse tanto en la etapa previa a la resolución del Juez sobre la formal prisión o sujeción a proceso y durante el juicio, lo que permitirá acreditar los aspectos materiales del delito y la presunta o definitiva responsabilidad del inculpaado. "En este mismo documento, se realiza una clasificación que puede ser preliminar, del tipo delictivo. El propio Ministerio actúa durante el proceso como acusador, hasta el momento de formular las llamadas conclusiones".³¹

³¹ FIZ ZAMUDIO, Hector Op. Cit. Pág. 285

Esta función tan importante y distintiva del Ministerio Público, es abandonada frecuentemente, ya que, "en la práctica, dicho funcionario, ve con indiferencia cómo el Juez erige con el sólo pedimento inicial, todas las pruebas que tienden a demostración de la responsabilidad e irresponsabilidad del procesado, permaneciendo como un espectador impasible".³²

En la mayoría de las veces el Representante Social, por inercia, abandona la función que le corresponde, no asume atribuciones que le son vitales, y para las que ha sido instruido, dejando que el Juez exclusivamente instruya casi de oficio el proceso, aportando las pruebas necesarias, dentro de la facultad que tiene de cerciorarse de la verdad real, material o histórica del proceso iniciado.

Es necesario que se llegue a comprender, que es inútil que se establezca una legislación lo más avanzada que se pudiera imaginar, si el elemento humano falla tan lamentablemente en la aplicación de ella.

La alta función llamada a desempeñar por el Ministerio Público, no podrá ser llenada ciertamente por funcionarios comodinos, que no ven sino la seguridad de un empleo, más o menos bien remunerado, en que hay que cumplir con un mínimo de esfuerzo, sino por el contrario como funcionarios de carrera que sepan compenetrarse de los altos intereses que manejan, y a fuerza de estudio.

³² V. CASTRO, Juvencio. Op. Cit., Pág. 72

La importante función, que se le ha otorgado al Representante Social en esta etapa del proceso de aportador de pruebas a la autoridad judicial dentro del proceso, debe ser rescatada por dicho funcionario, pues es obvio que es una importante labor, y a través de la cual no sólo se debe demostrar como un simple delatador oficial, sino como un verdadero persecutor de los delitos, de acuerdo con el artículo 21 Constitucional.

1.3.- SENTENCIA (CONCLUSIONES ACUSATORIAS).

Antes de empezar a analizar el presente Capítulo, es imprescindible dar un concepto de lo que se entiende por conclusiones, y se dice que se entiende por las mismas el "acto mediante el cual las partes analizan los elementos instructorios, y sierviéndose de ellos fijan sus respectivas situaciones con relación al debate que va a plantearse".³³

Semejante definición jurídica de las conclusiones, permite pasar al estudio de las formuladas por cada una de las partes, principiando por las del Ministerio Público.

³³ V. CASTRO, Juventino. Op. Cit., Pág. 73.

Las conclusiones del Ministerio Público, son un acto de éste, realizado en el ejercicio de la acción penal, mediante el cual precisa el cargo y solicita la imposición de la penalidad fijada por la ley; exactamente aplicable, o bien expresa cuáles son las razones de hecho y derecho en que se funda para no acusar y solicitar la libertad absoluta del proceso y el sobreseimiento de la causa.

De lo expuesto resulta, que en sus conclusiones el Representante Social, puede pedir la imposición de una pena o la libertad del inculpado, lo que significa que, en vista de tal pedimento, es posible clasificar las conclusiones del órgano de la acción penal, en acusatorias y no acusatorias

De acuerdo con la técnica del Código, una vez concluido el período de desahogo de los medios de confirmación, procede un primer momento reflexivo de las partes, que recibe el nombre de conclusiones.

El artículo 315 del Código Penal a la letra dice:

Artículo 315.- Transcurridos o renunciados los plazos a que se refiere el artículo anterior, o si no se hubiera promovido prueba, el Juez declarará cerrada la instrucción y mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público y de la defensa, durante cinco días para cada uno, para la formulación de conclusiones. Si el

expediente excediera de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción, se aumentará un día al plazo señalado, sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles.

Transcurrido el plazo a que se refiere el párrafo anterior sin que el Ministerio Público haya presentado conclusiones, el Juez deberá informar mediante notificación personal al Procurador acerca de esta omisión, para que dicha autoridad formule u ordene la formulación de las conclusiones pertinentes, en un plazo de diez días hábiles, contados desde la fecha en que se le haya notificado la omisión, sin perjuicio de que se apliquen las sanciones correspondientes; pero, si el expediente excediere de doscientas fojas, por cada cien de exceso o de fracción se aumentará un día en el plazo señalado, sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles.

Si transcurren los plazos a que alude el párrafo anterior, sin que se formulen las conclusiones, el Juez tendrá por formuladas conclusiones de no acusación y el procesado será puesto en inmediata libertad y se sobreseerá el proceso.

Como se puede advertir del precepto señalado, se ordena que se ponga a la vista de las partes el expediente durante cinco días para que se

formulen las conclusiones, y también se observa que su contenido es la de una exposición sucinta y metódica de los hechos, con proposiciones de cuestiones de derecho y cita de leyes, ejecutorias o doctrinarias, para concluir con el pedimento concreto, pues así lo señala el artículo 316 del Código de Procedimientos Penales que a la letra dice:

Artículo 316.- El Ministerio Público, al formular sus conclusiones, hará una exposición sucinta y metódica de los hechos conducentes, propondrá las cuestiones de derecho que de ellos surjan, citará las leyes, ejecutorias o doctrinas aplicables y terminará su pedimento en proposiciones concretas.

Dichas conclusiones deberán presentarse por escrito, según el artículo 317 del Código de Procedimientos Penales, el cual asienta:

Artículo 317.- En las conclusiones, que deberán presentarse por escrito, se fijarán en proposiciones concretas los hechos punibles que se atribuyan al acusado, solicitando las sanciones correspondientes, incluyendo la reparación del daño y perjuicio, con cita de las leyes y de la jurisprudencia aplicable al caso. Estas proposiciones deberán contener los elementos de prueba

relativos a la comprobación del delito y los conducentes a establecer la responsabilidad penal.

Es de apreciarse que las conclusiones del Representante Social, contrastan con las de la defensa, que según el artículo 315, no deben sujetarse a reglas especiales, e incluso se llega a determinar que si no se formulan en el plazo concedido, se tendrá por presentadas las de inculpabilidad, situación que conduce a una hipótesis disciplinaria, en cuanto se impone una multa a los defensores o arresto hasta de tres días, lo que por supuesto no es aplicable al reo si se defiende por sí mismo.

Las conclusiones del Ministerio Público, se pueden modificar por causas supervinientes, con la condición de que sea en beneficio del acusado. Si éstas fueran no acusatorias o contrarias a las constancias procesales, el Juez deberá señalar en que consiste la contradicción y las deberá remitir al Procurador de Justicia, para que éste las confirme, modifique o revoque, pues así lo señala el artículo 320 del Código de Procedimientos Penales.

Artículo 320.- Si las conclusiones fueren de no acusación, el Juez o tribunal las enviará con el proceso al Procurador para los efectos a que se refiere el artículo 321.

Se tendrán por conclusiones no acusatorias aquéllas en las que no se concrete la pretensión punitiva, o bien, ejercitándose ésta, se omita acusar:

- a).- Por algún delito expresado en el auto de formal prisión; o*
- b).- A persona respecto de quien se abrió el proceso.*

El Procurador o subprocurador que corresponda oirán el parecer de sus auxiliares, como lo señala el artículo 321 del Código de Procedimientos Penales, quienes deben emitir, para posteriormente dentro de los diez días siguientes a la fecha en que se haya dado vista al procesado, resolverán si confirman o modifican las conclusiones. Si una vez transcurridos los plazos a que se refiere el párrafo anterior no se recibe respuesta por parte de las autoridades mencionadas, se entendiera que las conclusiones han sido modificadas.

Si el pedimento del Procurador fuere de no acusación, el Juez sobreseerá el asunto y ordenará la inmediata libertad del procesado. Dicho acto producirá los mismos efectos que una sentencia absolutoria, lo anterior se encuentra señalado en el artículo 324 del Código de Procedimientos Penales.

Artículo 324.- El auto de sobreseimiento producirá los mismos efectos que una sentencia absolutoria.

Hasta aquí, esta contenida la primera parte de lo que es una etapa procesal, que obviamente requiere de una pequeña meditación por los que intervienen en el proceso. Esto obedece a que las conclusiones pueden ser en sentido acusatorio o no acusatorio, como anteriormente quedo asentado, y en el primer caso es factible cambiar la denominación del delito tipificado por los hechos que se hacen constar en el juicio, se habla de actos de iniciación del proceso; es decir, alguna parte de la doctrina ha pensado que con la enunciación de las conclusiones comienza realmente el proceso, y esto tiene severas consecuencias logico-jurídicas.

"No es posible aceptar tal afirmación, porque todo lo actuado desde la consignación hasta el momento en que se formulan las conclusiones, tendría un carácter de procedimiento de averiguación o sería positivamente un proceso tentativo o preliminar".³⁴

Se puede decir entonces, que no puede hablarse de procedimiento de averiguación, infiriéndose en el hecho de que hay bilateralidad de la instancia; y que hay un proceso preliminar lo que se comprueba con las circunstancias de que antes de las conclusiones no se

³⁴ BRISEÑO SIERRA, Humberto Op. Cit. Pág. 197

dicta sentencia; toda vía más, después de las conclusiones acusatorias se sigue pretendiendo la sentencia de condena, lo que significa que el proceso no ha perdido su unidad de objeto ni de estructura.

Siguiendo la temática, es necesario estudiar por separado cada tipo de conclusiones que pueden ser presentadas por la Representación Social.

Así tenemos en primer momento las conclusiones acusatorias.

Para estudiar este tipo de conclusiones, se debe hacer desde dos referencias distintas, es decir, hay que estudiarlas en cuanto a su forma primero y después con relación a su contenido.

Formalmente las conclusiones acusatorias, deben satisfacer los siguientes requisitos: "Formularse por escrito; expresar la designación del órgano jurisdiccional ante quien se formulen; determinar el proceso ante quien se refieren; narrar los hechos probados; citar las disposiciones legales aplicables; exponer en puntos concretos la acusación, y expresar también la fecha en que se formulan".³⁶

Dichas conclusiones deben contener: 1º Los hechos, entendiéndolos por éstos: a) El delito; b) Sus circunstancias; c) El daño privado ocasionado, y d) La personalidad del procesado.

³⁶ FRANCO SODI, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano, 4ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1957, Pág. 364

Cuando se dice que los hechos comprenden, entre otras cosas, el delito y sus circunstancias, implícitamente se está afirmando que el Ministerio Público, puede cambiar la clasificación del delito que hizo en el auto de formal prisión. Lo anterior implica que el presupuesto del delito de la acción penal, es consecuencia de una acción u omisión penada que realmente ejecutó un individuo, es decir, que existe, y no el nombre que se le dé. Por lo tanto, el Representante Social, al concluir acusando puede hacerlo variando el nombre del delito, con el único requisito de que, bajo la nueva designación, se refiera a los mismos hechos que motivaron la formal prisión.

2º El estudio de la prueba que justifique o demuestre la existencia de los hechos.

3º La determinación de la causalidad del delito, mediante el estudio psico-bio-sociológico de su autor.

4º El estudio jurídico del delito y de la responsabilidad del delincuente, y

6º La acusación concreta que se fija en los siguientes puntos separados: a) Los elementos del tipo; b) Sus circunstancias; c) La expresión de que el acusado es responsable; d) El concepto de responsabilidad, y e) El pedimento de aplicación de la ley penal.

Así determinados los caracteres de las conclusiones en estudio, se comprende su importancia, puesto que se delimitan nada menos que el objeto mismo del proceso.

Ahora bien, se ha establecido que cuando el Ministerio Público formula conclusiones acusatorias, el Juez instructor no puede ir más allá de lo que el Representante Social pide en su escrito. Si el Juez señalara una penalidad mayor, misma que no fue solicitada por el Representante Social, se argumenta, que en consecuencia invade funciones propias de la acusación ya que impondría una pena que el órgano oficial no ha pedido.

En el proceso penal no rige, como en el proceso civil, el principio dispositivo de las partes, según el cual el Juez se ve limitado en sus decisiones por la voluntad de ellas. Podría no haber razón para que el Juez penal, que persigue el establecimiento de la verdad real si ve que en las constancias procesales se encuentra demostrado, por ejemplo, el homicidio calificado, se ve constreñido en su propia función decisoria a condenar como homicidio simple, tan sólo porque así lo pidió en sus conclusiones el Representante Social. Es interesante considerar que la facultad de imponer las penas por parte de la autoridad judicial se encuentre supeditada a las conclusiones del Ministerio Público, y tal deducción no puede inferirse del clarísimo artículo 21 de la Constitución.

Por lo que respecta a las conclusiones no acusatorias, los artículos 320, 323 y 324 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establecen que cuando sean las conclusiones no acusatorias se remitirán al Procurador General de Justicia para que las modifique o confirme, en caso de suceder lo último el Juez sobreseerá el asunto, poniendo en libertad al procesado, estableciéndose que el sobreseimiento producirá los mismos efectos de una sentencia absolutoria. En el mismo sentido están redactadas los artículos 294, 298 fracción I y 304 del Código de Procedimientos Penales.

"Lo que se establece es que si el Ministerio Público llega a convencerse de que no hay datos suficientes para condenar a un procesado, simple y sencillamente dicta sentencia absolviéndolo, pues a tal equivalen sus conclusiones no acusatorias".³⁶

En cuanto al contenido de las conclusiones en comento se puede enumerar de la siguiente forma: 1º Hechos; 2º Estudio de la prueba que los justifica; 3º derecho aplicable; b) Solicitud de que se remitan conclusiones y autos al Procurador para la revisión de las primeras; c) Solicitud de libertad absoluta del procesado y sobreseimiento del proceso.

Lo que llama la atención es el resultado de las conclusiones no acusatorias del Ministerio Público, confirmadas expresa o implícitamente por

³⁶ V. CASTRO, Juventino. Op. Cit., Pág. 75.

el Procurador, ya que entonces se produce el sobreesimiento al que, para no violar la Constitución, se le dan efectos de sentencia absolutoria.

Se puede concluir, que la facultad constitucional de la autoridad judicial establecida con el carácter de propia y exclusiva, de imponer las penas, no debe estar limitada por las conclusiones acusatorias o no, del Ministerio Público, porque como hemos dicho éste carece de la función decisoria que corresponde a la autoridad judicial.

"Por otra parte, si la demanda o la petición del Ministerio Público al Juez, es en muchos casos, condición legalmente necesaria para que el Juez pueda investigar y proveer, aquella petición no constituye un límite a los poderes del Juez. Este puede proceder si el Ministerio Público abandona la acusación; puede condenar aún si el Ministerio Público formula conclusiones de no acusación; puede condenar por una figura diversa de delito y con una pena más grave".³⁷

Si el Ministerio Público decide sobre la culpabilidad o inocencia del procesado, y siendo culpable va a señalar el quantum de la sanción que le corresponde, que papel está desempeñando el Juez en el proceso, al que le asigna la doctrina la más eminente, la más importante en la relación procesal. El papel de la autoridad judicial dentro del proceso es así ridículo, envileciendo hasta la categoría de marioneta del Representante Social, que

³⁷ V. CASTRO, Juventino. Op. Cit., Pág: 76.

después de excitar su facultad decisoria para un asunto, caprichosamente se lo retira, contradiciendo su propia consignación, y le obliga a dictar un auto de libertad, lo obliga a condenar en el grado y la medida que lo estime conveniente.

Si el Juez investido de su alta jerarquía, puede decidir sobre la culpabilidad o inocencia de un procesado, lógicamente puede también valorar sobre el grado de responsabilidad que se deduce, después de una personal evaluación de las constancias procesales.

"En cada proceso en particular, cada órgano hacer valer su punto de vista propio, independientemente del otro. Mientras que el Juez decide, el Ministerio Público puede proponer demandas. El Ministerio Público es independiente del Juez en su estructura interna, pero no en cuanto a sus facultades y obligaciones como parte procesal, las cuales están rigurosamente limitadas por el Código Procesal Penal".³⁸

El Representante Social, en todos los casos, debe motivar y provocar una resolución de la jurisdicción: resolución que por provenir de un Juez, es apelable, recurrible y responsable, por ser fundada. De otro modo, si al Ministerio Público se le concede facultad decisoria, será un Juez inapelable, en forma alguna recurrible, y por tanto irresponsable.

³⁸ GUARNERI, José. Las Partes en el Proceso Penal, 1ª Edición, Editorial Fratelli Bocca, Puebla Puc., Mexico, Pág. 210

Claro esta, que tanto las conclusiones como el sobreselmiento tienen una explicación dentro del concepto del proceso penal. Las conclusiones aparecen operando como la réplica y la duplica de los medios que obran en la causa, y por ello llegan hasta la transformación de la demanda en lo que atañe a la calificación del tipo delictivo; es decir, que tienen carácter pretensional, como lo tiene la acusación y la defensa iniciales. Entonces lo que acontece es que las conclusiones, operando como una réplica y duplica, se apoyan, además de hacerlo en la acusación y en la defensa, respectivamente así como en los medios que les han confirmado.

Se puede hacer una mayor especificación de las conclusiones diciendo que éstas deberán contener una breve exposición de los hechos y circunstancias peculiares del proceso; se propondrá las cuestiones de derecho y citará leyes, ejecutorias o doctrinas aplicables, precisando si hay o no lugar a la acusación.

En caso afirmativo, se precisará de manera concreta los hechos punibles, solicitándose la aplicación de las sanciones correspondientes, incluyendo la reparación del daño como anteriormente se mencionó y se contendrán los elementos constitutivos del delito y demás circunstancias que deban tenerse en cuenta para la decisión.

Después que las partes han presentado sus respectivas conclusiones, el Juez de acuerdo al artículo 329 del Código de

Procedimientos Penales señala la fecha para que estas estén presentes, con el objeto de que queden debidamente enteradas del fallo que emite, lo que se traduce como normalmente se conoce este tipo de resoluciones: una sentencia.

La sentencia, es una resolución judicial que contiene la decisión del órgano jurisdiccional sobre la relación de derecho penal planteada en el proceso y que ponen fin a la instancia.

Por lo "que queda comprendido que la sentencia propiamente dicha, esto es, la sentencia definitiva pone fin al juicio, es el resultado del mismo juicio, o mejor dicho, su expresión esencial por parte del Juzgador que aprecia y valoriza con ella todas las alegaciones y todos los elementos probatorios del pro y del contra aportados en el proceso, para dar el triunfo a los que estiman plenamente predominantes y decidir según ellos la suerte del reo".³⁹

El Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, en su artículo 71, y el Federal en su artículo 94, definen la sentencia como una resolución judicial que termina la instancia resolviendo el asunto en lo principal.

³⁹ FRANCO SODI, Carlos Op. Cit., Pág: 321

Si se examinan los artículos 72 y 95 de los Códigos del Distrito y Federal, respectivamente, se desprende que toda sentencia debe reunir requisitos de forma y fondo, como sigue:

Requisitos formales.- La sentencia debe constar por escrito y contener: I.- El lugar en que se pronuncia. II.- la designación del tribunal que la dicte. III.- El nombre y apellido del acusado, su sobrenombre, si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, su edad, su estado civil, su residencia o domicilio y su ocupación, oficio o profesión; y IV.- Un extracto breve de los hechos conducentes a la resolución, además de las consideraciones o fundamentos legales debidamente expresados y los puntos resolutive correspondientes.

Requisitos de fondo.- La anterior enunciación del aspecto formal de la resolución judicial estudiada, indica que su contenido, está representado por un razonamiento, más un mandato.

El razonamiento, o juicio propiamente dicho, consiste en la determinación: 1º De que ciertos hechos están probados, y en que forma; 2º De que ellos son o no imputables al acusado; 3º De que los mismos constituyen o no un delito y entrañan o no responsabilidad para su autor, declarándose así, y 4º En su caso, la manifestación de la pena que adecuadamente se impone.

Por último diremos, que el mandato, o elemento autoritario es la manifestación imperativa del Estado, que se ve expresado en la sentencia,

resolución a la que se llega después de haber realizado todo un proceso y que tiene su base sino fundamental si muy importante en las conclusiones de las partes.

CAPITULO III.- EL RECURSO DE APELACION (BREVE EXTRACTO) Y SUS ALCANCES JURIDICOS.

Antes de entrar al análisis del presente Capítulo, es necesario hacer un breve resumen de que se entiende por Recurso de Apelación y cual podría ser la justificación de esta segunda instancia.

La relevancia del Recurso de Apelación, está en primer término en la importancia de la resolución dictada, o sea, cuando ésta es básica para la existencia del proceso, indispensable para establecer un equilibrio entre las partes o cuando se refiere al objeto mismo o fines del proceso.

En muchos casos no es suficiente la intervención del mismo Juez, para que pueda lograrse que este modifique la situación por el error que cometió, sobre todo, cuando se altera la estructura normal del proceso. Si analizamos los casos en que procede la apelación, vemos, que, todos ellos, tienen relación directamente con la estructura del proceso y, por lo mismo, para la justificación de la segunda instancia hay que tener en cuenta la importancia de la resolución contra la cual se otorga el recurso, y esto explica que se requiera que un Organó Colegiado como lo son las Salas Penales determinen la existencia del error, si lo hay, y su naturaleza. De ahí que se justifique una segunda instancia en que, nuevos Jueces con mayor capacidad

y que al tratarse de un cuerpo Colegiado, como lo es la Sala Revisora, misma que al estar integrada por tres Magistrados, estarán en aptitud de decidir si existió o no la violación de ley de fondo que torció el procedimiento o el proceso mismo, pues es obvio que el margen de equivocación en este tipo de resoluciones será menor al ser tres personas distintas las que revisan el asunto que se ha puesto a su consideración.

Así, la existencia de la apelación se debe a la necesidad de que se obtenga un proceso ajustado a la legalidad y no un torcido procedimiento.

A continuación procederemos a dar algunos conceptos de lo que se debe entender por la palabra Apelación.

Para Colín Sánchez, apelación, "deriva de la palabra apeilatio, cuyo significado es: llamamiento o reclamación".⁴⁰

"El Recurso de apelación es el medio que la ley permite emplear para que el curso normal del proceso reanude o termine mediante la intervención de un juez distinto al que efectuó el acto que desvió el curso normal del proceso".⁴¹

Sus antecedentes, datan de tiempos muy remotos; empero, en el Derecho Romano, fue objeto de especial regulación, y puede decirse que, en

⁴⁰ COLIN SANCHEZ, Guillermo. Op. Cit., Pág: 620.

⁴¹ PIÑA Y PALACIOS, Javier. Recursos e Incidentes en Materia Procesal Penal y la Legislación Mexicana, Edición 1ª, Editorial Rotas, México, 1968, Pág: 26

la actualidad está previsto y reglamentado en la mayoría de las legislaciones modernas.

Retomando al maestro Colín Sánchez, tenemos que el define a la apelación como: "un medio de impugnación ordinario, a través del cual el Agente del Ministerio Público, el procesado, acusado o sentenciado, o el ofendido, manifiestan inconformidad con la resolución judicial que se les ha dado a conocer, originando con ello, que los integrantes de un Tribunal distinto y de superior jerarquía, previo estudio de lo que consideran agravio, dicten una nueva resolución judicial: confirmando, modificando o revocando aquella que fue impugnada".⁴²

Así tenemos, que es la relación jurídica traducida en la sentencia de primera instancia, no queda finiquitada en el momento en que el interesado se inconforma con tal resolución y le es admitido el recurso de apelación; esto último, es tan sólo un acto procesal de carácter preliminar, para que la mencionada relación entre a otra etapa, cuando al Tribunal Superior, en este caso los Magistrados que integran la Sala Penal correspondiente, se les haga llegar los autos de la resolución contra la cual se haya apelado, previa admisión del recurso que realice el Juez de Primera Instancia. De esta manera, se inicia la segunda instancia, en donde la sola interposición del Recurso por los facultados para ello, pone de manifiesto su voluntad de

⁴² COLIN SANCHEZ, Guillermo. Op. Cit., Pág. 620

impugnar un acto del Juez. Los actos del Agente del Ministerio Público serán de impugnación, o bien, de oposición a los actos impugnatorios, como podría ser por ejemplo cuando se trate de una Sentencia Mixta, es decir cuando a dicha resolución hubiesen apelado el Defensor ya sea particular o de Oficio, el sentenciado o sentenciados y el C. Agente del Ministerio Público, quien se pondrá en contraposición de los actos impugnatorios de las otras partes, diciéndolo de otra manera si la Defensa o el sentenciado, pidieren se revoque o se modifique bajando las penas de la sentencia apelada, la Representación pedirá se confirme o se aumenta las penas en ella impuestas; en cuanto a los intereses de la acción penal, a través de actividades que, de cualquier manera como se les contemple, seguirán siendo acusatorias. Siendo el caso que los actos de Ad quem serán de decisión.

Se puede decir sin temor a equivocarse, que los medios de impugnación son derechos para las partes del proceso, pues respecto al procesado, acusado o sentenciado, constituyen innegablemente un derecho, supeditado para su actualización, a un acto de voluntad en donde manifiesten su inconformidad con la resolución que le ha sido notificada y que obviamente le ha causado agravio.

Luego entonces "el objeto del recurso es el de que, el curso normal del proceso se reanude o termine, es decir, el medio que permite recobrar al proceso su curso normal, es un medio legal".⁴³

Para el Agente del Ministerio Público, son también derechos, aunque supeditados, en cuanto a su invocación, a su procedencia y a la "buena Fe"; de lo contrario, el puro hecho de apelar sin fundamento conduciría a la incertidumbre y a una pérdida de tiempo.

Es necesario que el acto procesal, en el que se manifiesta la inconformidad con la resolución judicial, deba realizarse, tratándose de recursos ordinarios, ante el Juez instructor. Por lo que toca al Tribunal Superior, en este caso contra sus sentencias sólo procede el Juicio de Amparo como medio de inconformidad contra tales resoluciones.

Están facultados para hacer uso del derecho de impugnación, los sujetos señalados en el artículo 417 del Código de Procedimientos Penales, en el cual se asienta:

Artículo 417.- Tendrán derecho a apelar:

I.- El Ministerio Público;

II.- El acusado y su defensor;

⁴³ PIÑA Y PALACIOS, Javier Op. Cit., Pág. 38.

III.- El ofendido o sus legítimos representantes, cuando aquél o éstos coadyuven en la acción reparatora y sólo en lo relativo a ésta.

De tal manera, que si lo interpone cualquier otra persona no prospera, porque así está previsto en el Código de Procedimientos Penales para nuestra entidad federativa, en el cual, como ya se indica, prevalece un principio de taxatividad, artículo 411, que a la letra dice:

Artículo 411.- Tampoco procederán los recursos interpuestos por personas que no estén expresamente facultadas por la ley para interponerlos.

Ahora bien, el derecho de impugnación nace al producirse la ilegalidad en la resolución judicial; se actualiza, cuando el impugnante manifiesta su inconformidad con la resolución judicial, independientemente de su admisión y de la calificación del grado; porque la negativa a la admisión puede dar margen también a una denegada apelación, y el efecto en que se admite, igualmente puede ser fuente de inconformidad.

El derecho de impugnación, puede manifestarse en diversas etapas de la secuela procesal; es decir, desde la notificación de las

resoluciones judiciales, dictadas en la primera fase de la instrucción, hasta aquellas que pongan fin a la instancia.

Con lo antes señalado, no se esta queriendo decir que el recurso de apelación sea una nueva fase procedimental, es todo un procedimiento al cual habrá de someterse, porque, son actos, formas y formalidades, previamente establecidas por el legislador las que habrán de observarse para resolver una situación planteada: es un procedimiento, dentro de otro, independientemente de que el objeto sea el mismo.

La impugnación determina, por tanto, la prolongación del proceso a través de un nuevo procedimiento, que sucede a aquel que ha conducido a la decisión impugnada. Se ha advertido anteriormente que para distinguir el uno del otro , es necesario señalar que el procedimiento es el que se lleva a cabo ante el A quo, que abarca desde la averiguación previa hasta antes de dictar sentencia por el Juez de Primera Instancia, mientras que el proceso comprende lo ya señalado hasta la emisión de la sentencia por el Ad quem.

Las resoluciones judiciales que pueden ser apelables están establecidas en el artículo 418 del Código de Procedimientos Penales, el cual a la letra dice así:

Artículo 418...

I.- Las sentencias definitivas, hecha excepción de las que se pronuncien en los procesos sumarios;

II.- Los autos que se pronuncien sobre cuestiones de jurisdicción o de competencia; los que mandan a suspender o continuar la instrucción; el de ratificación de la detención; el de formal prisión o de sujeción a proceso o el que los niegue; el que conceda o niegue la libertad;

III.- Los que resuelvan las excepciones fundadas en alguna de las causas que extinguen la acción penal; los que declaren no haber delito que perseguir; los que concedan o nieguen la acumulación, los que decreten la separación de los procesos, y

IV.- Todos aquellos en que este Código conceda expresamente el recurso.

El anterior precepto tiene íntima relación con el artículo 415 del mismo ordenamiento, el cual a continuación se transcribe.

Artículo 415.- La segunda instancia solamente se abrirá a petición de parte legítima para resolver sobre los agravios que deberán

expresar el apelante al interponer el recurso en la vista; pero el Tribunal de alzada podrá suplir la deficiencia de ellos, cuando el recurrente sea el procesado o se advierta que sólo por torpeza del defensor no hizo valer debidamente las violaciones causadas en la resolución recurrida.

Interpuesto el recurso de apelación y admitido éste, el Código Punitivo del Distrito Federal indica que recibido en la Alzada, el expediente o el testimonio en su caso ya que si se trata de sentencia definitiva se remite el original si no hubiere más inculpados; en la misma causa que hubieren apelado y siempre que no se perjudique la instrucción, fuera de estos casos y admitido el recurso en el efecto ya sea devolutivo o suspensivo, se envía el duplicado o testimonio de lo que las partes designen y lo que el tribunal estime conveniente, se concederá a las partes un término de tres días siguientes a la notificación, para impugnar la admisión del recurso o el efecto en que fue admitido y la Sala, dentro de los tres días siguientes, resolverá lo que proceda.

Es conveniente señalar, que contra el auto en que se admite la apelación, no procede recurso alguno, pues así lo estipula el artículo 421 del Código de Procedimientos Penales, pero a su vez el mismo precepto concede

a las partes un medio de impugnación ante el Tribunal de Segunda Instancia, conforme al artículo 423 del Código Sustantivo.

Artículo 423.- Recibido el proceso o el testimonio en su caso, el Tribunal mandará citar a las partes para la vista del negocio, dentro de los quince días siguientes:

Las partes podrán tomar en la Secretaría del Tribunal los apuntes que necesiten para alegar. Pueden igualmente dentro de los tres días siguientes a la notificación, impugnar la admisión del recurso o el efecto o efectos en que fue admitido y la Sala dentro de los tres días siguientes resolverá lo pertinente y en caso de declarar la apelación fue mal admitida, sin revisar la sentencia o auto apelado, devolverá la causa al Juzgado de su origen, si se le hubiere enviado con motivo del recurso. También podrá la Sala, después de la vista, declarar si fue mal admitida la apelación, cuando no se hubiere promovido el incidente que autoriza el presente artículo, y sin revisar la sentencia o auto apelado devolverá en su caso al Juzgado de su origen.

Por lo tanto, el recurso de Apelación que se interponga contra las resoluciones emitidas por el A quo, puede ser conocido sin ninguna

dificultad por el Tribunal de Alzada, al encontrarse dentro de los supuestos que marca el anterior artículo, claro esta con las excepciones en el establecidas

Antes de seguir analizando las etapas del Recurso de Apelación, es necesario hacer un paréntesis, ya que es conveniente señalar que indudablemente la autocrítica en nuestro sistema procesal penal, no es admitida, por eso es necesario que la nueva decisión, se debe llevar a cabo por un nuevo Juzgador, quien analizara de nueva cuenta el fallo recurrido.

Excluida por tanto la autocrítica, se comprende que el cometido crítico se confie a un Juez superior a aquel que ha pronunciado la decisión impugnada. La conocida objeción, según la cual, si existe un Juez, que ofrece mayores garantías que quien ha decidido, se debería confiar a éste, la primera decisión, lo anterior, se destruye por obvias razones prácticas, puesto que la masa de los Jueces necesarios para proporcionar el servicio judicial en un Estado de notables dimensiones, como lo son casi todos los Estados modernos, no puede ser formada por hombres dotados de igual mérito, mientras cada uno de ellos debe recorrer aquel ciclo que se llama carrera judicial, adquiriendo sucesivamente experiencia y autoridad, es inevitable y por lo tanto alentadora su formación jerárquica; y así como a los Jueces inferiores se confían los procesos menos graves, basándose en la

competencia por razón de materia, así a los Jueces superiores les está reservada la crítica de las decisiones de los Jueces inferiores.

Ya que se han precisado algunas de las causas por las cuales existen el Recurso de Apelación, como lo son el objeto de una mejor administración de justicia, pues se trata de impedir con dicho Recurso, que se dicten sentencias excesivas o contrarias a derecho y lo que es más grave aún, que se cree impunidad, una vez hecho el anterior paréntesis seguiremos analizando el camino del Recurso a estudio.

Es así, como el Recurso de Apelación se puede interponer contra casi todas las decisiones de primer grado, pues así lo establece el artículo 418 del Código de Procedimientos Penales.

Artículo 418.- Son apelables:

I.- Las sentencias definitivas, hechas excepción de las que se pronuncien en los procesos sumarios;

II.- Los autos que se pronuncien sobre cuestiones de jurisdicción o competencia; los que mandan suspender o continuar la instrucción; el de ratificación de la detención; el de formal prisión o de sujeción a proceso o el que los niegue; el que conceda o niegue la libertad;

III.- Los que resuelven las excepciones fundadas en alguna de las causas que extinguen la acción penal ; los que declaran no haber delito que perseguir; los que concedan o nieguen la acumulación o los que decreten la separación de los procesos; y

IV.- Todos aquéllos en que este Código conceda expresamente el recurso.

Ahora bien, la declaración de impugnación se recibe por el Juez de la Causa, que ha emitido la providencia impugnada, al cual también podrían ser presentados los agravios de las partes. Con ésto se da comienzo al procedimiento de impugnación, puesto que la declaración juntamente con todos los actos del procedimiento, la copia de la providencia impugnada y todo lo demás que sea necesario para el nuevo juicio deben enviarse al Tribunal Superior en un término de cinco días, además deberán observarse los requisitos marcados en el artículo 422 del Código de Procedimientos Penales, que a la letra dice:

Artículo 422.- Cuando la apelación se admita en ambos efectos, y no hubiere otros procesados en la misma causa que hubieren apelado, y además no se perjudique la instrucción, o cuando se trate de sentencia definitiva, se remitirá original del proceso al

Tribunal Superior respectivo. Fuera de estos casos, se remitirá testimonio de todas las constancias que las partes designen, y de aquellas que el Juez estime conducentes.

El derecho de impugnación no es permanente, caduca si el sujeto titular del mismo deja transcurrir el plazo señalado por la ley para manifestar su inconformidad, o cuando expresamente se conforma con la resolución judicial notificada.

Por tanto el recurso de Apelación, debe interponerse en el momento mismo en que el sujeto conoce la resolución judicial manifestando su inconformidad; o bien, atento a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual en su artículo 416 dice.

Artículo 416.- La apelación podrá interponerse por escrito o de palabra, dentro de tres días de hecha la notificación, si se tratare de auto; de cinco, si se tratare de sentencia definitiva, y de dos, si se tratare de otra resolución, excepto en los casos en que este Código disponga expresamente otra cosa.

Tratándose de resoluciones judiciales, como la sentencia definitiva, la ley antes mencionada en su artículo 420 indica.

Artículo 420.- Al notificarse la sentencia definitiva, se hará saber al procesado el plazo que la ley concede para interponer el recurso de apelación, quedando constancia en el proceso de haberse cumplido con esta prevención. La omisión de este requisito surtirá el efecto de duplicar el plazo legal para interponer el recurso, y el secretario será castigado disciplinariamente por el tribunal de alzada con multa que no excede de cinco días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

En este último precepto se refleja, de manera clara, la preocupación del legislador para que los derechos conferidos en la ley sean en verdad operantes, porque la ignorancia de muchos procesados, respecto a la existencia del medio de impugnación, haría nulo este derecho.

El procedimiento, señalado en la ley, para la substanciación del medio impugnatorio que tratamos, no es posible dividirlo en etapas singulares como sucede en el juicio de primera instancia, ya que es necesario que el recurso sea interpuesto y admitido; que sean formulados agravios; que pueda

ser impugnada la admisión del efecto con el que fue admitido el recurso; que se ofrezcan pruebas; que se lleva a cabo la vista; y luego, que se resuelva.

Cuando la Apelación es admitida en ambos efectos y no hubiese otros procesados en la misma causa que hubieren apelado, y además no se perjudique la instrucción, o cuando se trate de sentencia definitiva, se remitirá original del proceso al Tribunal Superior respectivo. Fuera de estos casos se remitirá testimonio de todas las constancias, que las partes designen, y de aquellas que el Juez estime conducentes; pues así lo determina el artículo 422 del Código de Procedimientos Penales .

El artículo 419 del Código de Procedimientos Penales establece.

Artículo 419.- Salvo determinación expresa en contrario, el recurso de apelación procederá sólo en el efecto devolutivo y muy especialmente respecto de las constancias definitivas que absuelvan al acusado.

Al recibirse el proceso, o testimonio, en su caso, por los integrantes del Tribunal de Alzada, se iniciará el procedimiento de segunda instancia.

El Auto de Radicación, es el primer acto procedimental, que concretamente inicia la referida instancia, es el auto de radicación del asunto,

cuyo contenido esencial, en términos generales, es el siguiente: fecha y número de Sala en donde se radica: señalamiento de la fecha para la audiencia de vista; designación, de entre los Magistrados integrantes de la Sala, del que de acuerdo con el sistema adoptado para el caso, deba ser el Ponente y además deben hacer el mandamiento para requerir al procesado, acusado o sentenciado, según el caso de que se trate, para que nombre persona de su confianza encargada de su defensa, advirtiéndole que, de no hacerlo en el término de tres días siguientes a su notificación, se designará al defensor de oficio adscrito a la Sala.

Que efectos causa la notificación el auto radicación. En el artículo 423, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se indica en su primer párrafo:

Artículo 423.- Recibido el proceso o el testimonio, en su caso, el Tribunal mandará citar a las partes para la vista del negocio dentro de los quince días siguientes.

El auto mencionado debe hacerse conocer a las partes, mismas que: podrán tomar en la Secretaría del Tribunal los apuntes que necesiten para alegar. Pueden, igualmente, dentro de los tres días siguientes a la notificación, impugnar la admisión del recurso o el efecto o efectos en que fue

admitido, y la Sala, dentro de los tres días siguientes, resolverá lo pertinente, y en caso de declarar que la apelación fue mal admitida, sin revisar la sentencia o auto apelado, devolverá la causa al Juzgado de su origen si se le hubiere enviado con motivo del recurso. También podrá la Sala, después de la vista, declara si fue mal admitida la apelación, cuando no se hubiere promovido el incidente que autoriza el artículo antes mencionado, y sin revisar la sentencia o auto apelado, devolverá, en su caso, la causa al Juzgado de su origen

En cuanto a la aportación de pruebas, en los Códigos adjetivos, se faculta ampliamente a los interesados para aportar pruebas en segunda instancia, a excepción de la testimonial que, no se acepta, sino respecto de hechos que no hayan sido dados a conocer en la primera instancia, es factible admitir, casi todo medio de prueba que se quisiera exhibir, sin que se trate de un nuevo juicio; las pruebas que se pudieran ofrecer, sólo se aceptarán con el objeto de mejor proveer, cabe decir que este tipo de pruebas en la mayoría de las veces no son tomadas en cuenta por el Tribunal de Alzada, ya que no fueron ofrecidas en el momento procesal oportuno.

Audiencia final de segunda instancia. Esta audiencia, comúnmente denominada vista, principiará, por la relación del proceso, hecha por el Secretario, teniendo enseguida la palabra, la parte apelante y a continuación las otras, en el orden que indique el Presidente. Si fueren dos o más los apelantes usarán la palabra, en el orden que designen el mismo

Magistrado, pudiendo habiar al último el acusado o su defensor. Si las partes debidamente notificadas no concurrieren a la audiencia esta se llevará a cabo, la cual podrá celebrarse, en todo caso, con la presencia de dos Magistrados

Generalmente, la audiencia final no se realiza como está previsto en la ley. Todo se reduce a un simple trámite burocrático, salpicado, de vez en cuando, de alguna peculiaridad, motivada por alguien que protesta por falta de apego a la ley con que se realiza dicha Audiencia, como podría ser el caso en que el defensor del procesado está pendiente del desahogo de la diligencia, y por lo tanto el personal de la Secretaría de la Sala y propiamente el Secretario de Acuerdos, permanezcan en el interior de la misma, para así evitar que pueda alegarse por el Defensor la ausencia de las autoridades, como medio para invalidar lo actuado. Después, se afirma: presentes los Magistrados, integrantes de la Sala, se declara abierta la Audiencia y sin asistencia de las partes, la Secretaría hizo relación de las constancias procesales y dio lectura al escrito de agravios presentado por el defensor, así como el pedimento del Representante Social, mismos que se glosan al toca correspondiente. A continuación, se agrega: la presidencia declaró visto el recurso, y, en consecuencia, cerrada la audiencia.

Sólo en casos contados se celebra la diligencia en comento en los términos previstos en la ley. En los demás, es un simple formulismo que

se prové en la forma convencional señalada, para el solo efecto de evitar impugnaciones por violaciones a las leyes procedimentales.

Aunado a lo antes, expuesto existen un tipo de diligencias muy singulares, que llevaban por nombre diligencias para mejor proveer.

"En la ley, se deja al juez la responsabilidad de promover diligencias, sobretexto de mejorar el material informativo obtenido; ello, a través de actos complementarios de los hasta el momento practicados, y cuyos fines, son el perfeccionamiento de las pruebas aportadas y el allegarse elementos sobre los cuales no se había caído en cuenta".⁴⁴

Tal iniciativa podría ser justificada como válida mientras se lleve a la práctica con racionalidad; en caso contrario, los integrantes del Tribunal de Alzada se convertirán en jueces de instrucción, y como consecuencia, la naturaleza, objeto y fines del recurso se desvirtuarían

En realidad, esta facultad discrecional, del *Ad quem*, no es más que una manera de subsanar omisiones o deficiencias del *A quo*, que rara vez opera para ilustrar su criterio en el material probatorio aportado en segunda instancia.

La terminación normal del procedimiento de impugnación, es a través de la sentencia: "resolución judicial, en donde se define la situación jurídica planteada, ya sea confirmando, revocando o modificando la resolución

⁴⁴COLEIN SANCHEZ, Guillermo Op. Cit., Pág. 633.

impugnada, y cuya consecuencia, entre otras, es la terminación de la instancia".⁴⁶

En ocasiones, el procedimiento de impugnación no llega a su plena realización, por diversas causas, entre otras, las siguientes: a).- falta de expresión de agravios del Agente del Ministerio Público, b).- falta de expresión de agravios del ofendido (tratándose de la reparación del daño), c).- muerte del recurrente, cuando éste sea el procesado, acusado o sentenciado, o el ofendido.

Siendo el caso que para nuestro estudio, trataremos de explicar que consecuencias trae consigo el hecho de que la Representante Social, no exprese agravios, o que al hacerlo no les de una debida fundamentación y motivación, ocasionando consecuencias jurídicas de suma importancia, no sólo para el ofendido por el delito, sino también para la misma sociedad.

I.1.- CONCEPTO DE AGRAVIOS (SUPLENCIA DE AGRAVIOS).

Antes de empezar a analizar el presente inciso, se hace necesario decir que las resoluciones como obra humana, son susceptibles de

⁴⁶COLIN SANCHEZ, Guillermo. Op. Cit., 634

error; el error causa agravio, es decir, tratándose de cuestiones de derecho, el error implica violación de la ley de fondo o de procedimiento; pero el error, puede ser de simple opinión o debido a una falsa interpretación del que juzga. En consecuencia, en muchos casos hay necesidad que alguien con mayor experiencia y capacidad de quien aplicó la ley, como antes se señaló, determine si hubo ese error y cuál fue la naturaleza del mismo.

Como siguiente paso, al igual que en los anteriores incisos es necesario dar algunos conceptos del punto al cual vamos a entrar a su estudio, en este caso el de agravio, que no es otra cosa, sino la expresión de inconformidad sobre el sentido de la sentencia emitida por el Juez de Primera Instancia, en este caso, por la Representación Social, la Defensa Oficial y el inculpado o sentenciado, partes procesales que intervinieren en la Sala correspondiente, pues es importante advertir que, si lo que da lugar al recurso son los agravios producidos, se hace necesario hacerlos valer, así tenemos que el maestro Colín Sánchez, manifiesta que "Agravio, es todo perjuicio que sufre una persona por violaciones a la ley en una resolución judicial".⁴⁶

Por otra parte el maestro Pérez Dayán, dice que se "entiende por agravio la lesión de un derecho cometida en una resolución judicial por haberse aplicado indebidamente la ley, o por haberse dejado de aplicar la que rige el caso; por consiguiente, al expresarse cada agravio, debe el recurrente

⁴⁶ COLIN SANCHEZ, Guillermo. Op. Cit., Pág. 635

precisar cuál es la parte de la sentencia que lo causa, citar el precepto legal violado y explicar el concepto por el cual fue infringido, no siendo apto para ser tomado en consideración, en consecuencia, el agravio que carezca de estos requisitos".⁴⁷

A mayor abundamiento, tenemos que el Diccionario Jurídico Mexicano, establece que el agravio es: "De acuerdo con un concepto más restringido, el agravio es la afectación producida por una resolución judicial y se utiliza generalmente por los Códigos Procesales tratándose de la segunda instancia, al regular la llamada expresión de agravios, considerada como los argumentos que hace valer el recurrente contra la resolución impugnada en apelación. En tal virtud la expresión de agravios esta estrechamente vinculada por el régimen del recurso de apelación".⁴⁸

De igual forma, se podría decir, que es la violación de un precepto legal, bien por aplicarlo inexactamente, aplicarlo indebidamente o no aplicarlo, constituye agravio, que claro está, ante tal situación las partes se verán en la imperiosa necesidad de hacer valer su derecho de inconformidad ante la autoridad correspondiente, mediante la expresión de agravios, los cuales deberán representar una serie de formalidades para que sean válidos.

⁴⁷ PEREZ DAYAN, Alberto. Ley de Amparo, Edición 5ª, Editorial Porrúa, México, 1994, Pág. 334.

⁴⁸ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Edición 9ª, Editorial Porrúa, México, 1996, Tomo I, Pág. 124

No deben precisarse en los agravios cuestiones que no se hubieran planteado en la sentencia, pues las argumentaciones que se hacen en los agravios, y la infracción de las disposiciones que en los mismos se citan, se debieron alegar precisamente en el escrito de conclusiones.

Ahora bien, es indudable que el Ministerio Público, está obviamente, legitimado para apelar ya que es parte en el proceso. Monopoliza la acción penal, de acuerdo con el artículo 21 Constitucional, acción que no se agota en primera instancia. El recurso interpuesto por el Ministerio Público es una prolongación del período de acusación. Es sabido, que el desarrollo de la acción penal se divide en tres períodos: en la Averiguación previa en donde actúa como autoridad; durante el proceso en donde es parte ante el Juez de la causa; y en la Sala Revisora cuando apela contra la sentencia emitida por el A quo en donde también es parte. Pues bien, la apelación del Ministerio Público, que significa que esta Representación no está conforme con la resolución que falló de acuerdo con sus conclusiones, es tanto como la reiteración de la pretensión deducida en las conclusiones y, por ende, la prosecución de la persecución.

La presentación de los agravios puede hacerse, en el mismo momento en que se interpone el recurso ante el Juez de Primera instancia quien los remitirá con los autos, para que el Tribunal de Alzada, los analice en la llamada vista, esto es ante el Tribunal, quien los recibirá por conducto de la

Secretaría de Acuerdos, agregando los autos, para luego analizarlos los Magistrados, integrantes de la Sala para en su momento oportuno darles contestación, pues así lo marca el artículo 415 del Código de Procedimientos Penales, que a la letra dice:

Artículo 415.- La segunda instancia solamente se abrirá a petición de parte legítima, para resolver sobre los agravios que deberá expresar el apelante al interponer el recurso o en la vista; pero el tribunal de alzada podrá suplir la deficiencia de ellos, cuando el recurrente sea el procesado o se advierta que sólo por torpeza el defensor no hizo valer debidamente las violaciones causadas en la resolución recurrida.

Ahora, como ya dijimos anteriormente, la causa del Recurso de Apelación es el agravio entendiéndose por tal la lesión jurídica sufrida por las partes en virtud de una violación legal, cometida por el órgano jurisdiccional. De aquí que el agravio, como causa del Recurso de Apelación, se integre de dos elementos: 1º.- Un elemento de carácter normativo, que es la violación cometida por el órgano, y 2º.- Otro de carácter objetivo, que es la lesión sufrida por la parte. Esta distinción plantea, a nuestro juicio, un problema: si una violación legal que no causa lesión es agravio, creemos que no, pues, al menos por lo que hace al Recurso de Apelación en materia penal, solamente

puede ser agravio la imposición de una pena, no una apreciación que no lleve a imponerla, por antijurídica que esa sea. Así si por ejemplo, la parte invoca una excusante de responsabilidad y el órgano absuelve por estimar que no están comprobados los elementos del tipo, el rechazo o inadmisión de la pretensión no ha causado agravio alguno.

Por otra parte, los aspectos fundamentales que debe contener la expresión de agravios son dos cuestiones fundamentales: 1º).- La expresión del precepto legal violado, y 2º).- El concepto de violación.

Ya que hemos señalado que es un agravio, sus características esenciales, así como sus aspectos fundamentales, veamos ahora el efecto que produce la omisión de la expresión de agravios, pues es uno de los puntos esenciales del presente trabajo. Esta cuestión ha sido resuelta de manera muy diferente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

La voluntad de la parte abre la segunda instancia, según se desprende con claridad meridiana de los artículos 415 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. En consecuencia, la segunda instancia, si ha sido abierta por un acto de voluntad de la parte, soamente puede desarrollarse mediante la ejecución de actos de parte que traduzcan, de una manera indubitable, la voluntad de continuarlo. Y no cabe duda que, como la omisión de expresar agravios, es una actitud abandonista contraria a

esa voluntad, dicha omisión debe originar, en buena técnica jurídica procesal, la declaración de deserción del recurso, hecha por el órgano jurisdiccional de segunda instancia.

Sin embargo, en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha hecho extensivo este criterio únicamente a la omisión por parte del Ministerio Público, pero no a lo proveniente del procesado. Interpretando el artículo 415 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que, como es sabido, autoriza al Tribunal de Alzada a suplir las deficiencias de la expresión, acostumbra a resolver que en la suplencia de agravios de la defensa, se ha incluido la omisión de los mismos, al considerarse como la máxima de las deficiencias, por lo que la potestad del que decide se ha convertido en el derecho del acusado, es decir, cabe la suplencia de los agravios del defensor del procesado o los del procesado mismo, pero no los de la Representación Social.

"Cuando el acusado o su defensor, interpongan el Recurso de Apelación contra la sentencia de primera instancia, expresando agravios que no comprendan las cuestiones relativas a la comprobación de los elementos del tipo y probable o plena responsabilidad penal, el Tribunal de Alzada en suplencia de la queja, debe analizar dichas cuestiones de modo preferente, para estar en condiciones de decidir si se ha aplicado o no correctamente la ley o si se han vulnerado los principios reguladores de la prueba; sin que

deba limitar su estudio únicamente a los motivos de inconformidad planteados, pues tal conducta resulta violatoria de garantías individuales".⁴⁸

Podemos pensar, que con relación al artículo 415 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y la interpretación que del término deficiencia ha hecho la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha excedido la labor interpretativa, haciendo una interpretación extensiva rebasando la voluntad de la ley, y, por ende, creando una nueva norma.

En efecto, la ley, en la actualidad, se interpreta sistemáticamente, es decir, examinando la posición sistemática del precepto y su relación anterior. Y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aceptando esta forma de interpretación, ha resuelto que la función interpretativa del juzgador no se limita a la función servil y consultoria de la letra del dispositivo legal, pues la interpretación ha de desentrañar la intención normativa del precepto, del cual la letra no es siempre la expresión cabal del propósito del legislador, y de ahí que sea obligatorio para el juzgador que interprete en forma sistemática la totalidad del ordenamiento y que no fraccione este en forma que, por la aplicación servil de su precepto, se viole el sistema normativo estatuido legalmente.

Entonces de acuerdo con lo antes señalado, si interpretamos sistemáticamente, como quiere la Suprema Corte de Justicia, es decir, si

⁴⁸ Cf. GARCIA RAMIREZ, Sergio. Prontuario del Proceso Penal Mexicano, Edición 2ª, Editorial Porrúa, México, 1987, Pág. 650

relacionamos el artículo 414 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, que acepta el principio dispositivo, con el artículo 415 del propio ordenamiento, que autoriza la suplicia de la deficiencia, llegamos a la conclusión de que la suplicia, en ningún caso podrá contrariar la vigencia de ese principio. En consecuencia, los términos de deficiencia y omisión, son jurídicamente distintos y que, por lo tanto, la primera no puede ser la mayor de las deficiencias, como pretende el alto Tribunal. No es lo mismo, en efecto, expresar mal (deficientemente), que no expresar nada (omitir). Quien expresa mal, ha expresado su voluntad de continuar el recurso, aunque mal, pero quien no ha expresado nada ha abandonado dicho recurso. De aquí que, aún dentro del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, donde falta un precepto especial que sancione la omisión de la expresión del Recurso de Apelación con la deserción del Recurso, ésta debe decretarse con el caso en que aquellos no se expresen de ninguna manera.

Por último es dable referir que los puntos resolutive, no son los que únicamente pueden causar agravio a las partes, sino toda la resolución, pues debe ser considerada como un todo, y por lo mismo al estar integrada por dichos puntos resolutive, deben tomarse en cuenta sin lugar a dudas las consideraciones jurídicas en que se apoya.

1.2.- CONSECUENCIAS JURIDICAS ANTE LA FALTA DE INTERPOSICION DEL RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DEL MINISTERIO PUBLICO.

Antes de analizar el presente inciso, se impone hacer un resumen de las cuestiones por las cuales los órganos encargados de la impartición de justicia han sufrido serias crisis no sólo en la aplicación de leyes, sino en el personal que los integran, que van desde su más pequeño funcionario hasta el más alto mando.

Vivimos, una época de cambio, o mejor todavía, un cambio de época. La modificación aparece en diversos planos de la existencia colectiva, influidos por la vida individual e influyente sobre ésta. Asimismo se quiere variar la condición y el desempeño de los protagonistas de la existencia humana. Los cambios ocurren en toda escena: sobre el individuo, la sociedad y el Estado.

Crisis es la palabra más frecuentemente utilizada para describir la situación que prevalece. Nosotros los jóvenes hemos nacido y vivido en tiempo de crisis. Esta se proyecta en diversas vertientes. Existe, así, una crisis de la autoridad: el Estado autoritario ha decaído; se han exaltado en cambio, los derechos del ser humano. En suma, se espera un nuevo estilo en el

ejercicio de la autoridad, que corresponda a los anhelos y a las exigencias emergentes.

Sin lugar a dudas, también existe crisis de la eficiencia, entendida como la respuesta oportuna y competente del Estado a los requerimientos de la sociedad y los individuos.

Por ello, el Estado de derecho seguro consuma una distribución racional del poder, mediante la creación de un régimen o un método para la definición de las atribuciones de la autoridad, que contraen su conducta, y de los derechos de los individuos, que expanden el comportamiento de éstos sin perjuicio de su frontera inevitable: los derechos de los demás, en el presente caso el de los agraviados por el delito, en dónde queda el derecho de estas personas cuando el Agente del Ministerio Público adscrito al Juzgado de Primera Instancia, por algún "error" u "olvido" deja de interponer el Recurso de Apelación, contra aquellas sentencias que de alguna manera no cubrieron de forma total o ya parcial el daño causado al ofendido, ya sea por negligencia del Juzgador o del mismo Representante Social, que es la autoridad que representa al ofendido ó a la sociedad misma, según sea el caso.

La no presentación de agravios, deben entenderse como una actitud de indiferencia o de abandono del recurso, cuya consecuencia jurídica es declararlo desierto. No obstante, en el artículo 415 del Código Penal del Distrito Federal se señala:

Artículo 415.- La segunda instancia solamente se abrirá a petición de parte legítima, para resolver sobre los agravios que deberá expresar el apelante al interponer el recurso o en la vista; pero el tribunal de alzada podrá suplir la deficiencia de ellos, cuando el recurrente sea el procesado o se advierta que sólo por torpeza el defensor no hizo valer debidamente las violaciones causadas en la resolución recurrida.

Creemos prudente señalar que para que exista un equilibrio entre las partes, éste debe fincarse "en el debido tratamiento, primero, de las pretensiones de los sujetos, lo cual establece la igualdad material entre los pretendientes; y de la manera de ejercitarlas, lo que finca la igualdad instrumental real entre los contendientes. Nada de esto impide, por supuesto, que esas igualdades tomen en cuenta la desigualdad que media entre los hombres: de esta consideración más penetrante y fina provendrá el imperio de la equidad".⁵⁰

El anterior comentario va aparejado al hecho de que si como lo señala el artículo 415 del Código de Procedimientos Penales, cuando el defensor del sentenciado no ha expresado agravios, la Sala revisora tiene la

⁵⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio Op. Cit., Pág. 23

obligación de proporcionarle un defensor de oficio para que subsane dicha deficiencia y elabore los agravios conducentes, claro está, con el objeto de no dejar en estado de indefensión al sentenciado y violar sus garantías Constitucionales, sin embargo, lo anterior no sucede en el caso del agraviado por el delito, que sin lugar a dudas queda en completo desamparo si el Representante Social no interpuso el Recurso de Apelación y con esto el Ministerio Público adscrito al Tribunal de Aizada no podrá expresar los agravios correspondientes, situación ésta que a mi consideración es del todo desigual para una de las partes procesales que lo es el ofendido, el cual no tiene ninguna defensa o medio a su alcance para poder impugnar este tipo de determinaciones, lo que evidentemente contraría al espíritu del artículo 20 Constitucional fracción X que a la letra dice:

Artículo 20.-

...

X.- ...

En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando lo requiera y, los demás que señalen las leyes.

Señalamiento Constitucional, que es retomado por la ley secundaria, en este caso el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 9, el cual a la letra dice.

Artículo 9.- En todo proceso penal la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le presente atención médica de urgencia cuando la requiera y, los demás que señalen las leyes; por lo tanto podrán poner a disposición del Ministerio Público y del juez instructor todos los datos conducentes a acreditar los elementos del tipo penal, la probable y plena responsabilidad del inculcado según sea el caso, y justificar la reparación del daño. El sistema de auxilio a la víctima del delito dependerá de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

En tal virtud, hay que tomar en cuenta la provisión de asistencia jurídica adecuada que se encuentra en la fracción VI del artículo 20 Constitucional, el texto ayude al proceso penal en el cual se prevé, "que se asegure la gestión y defensa de los intereses individuales; una razonable

desconcentración de los órganos de justicia, cuyo número e inmediatez favorezcan el acceso de los particulares al servicio que áquellos brindan; y una solución y especialización de los juzgadores que permitan el arribo a resoluciones judiciales".⁵¹

Pero mientras esto no suceda se seguirán emitiendo resoluciones, que si bien es cierto afortunadamente no lo son todas, sí existe un gran porcentaje en las cuales se transgreden no sólo los derechos del ofendido, sino también de la sociedad y que a mi consideración son las siguientes:

En el Auto de libertad dictado por el Juez de Primera Instancia. En un primer momento se le quita la posibilidad al Estado a través de sus órganos judiciales de seguir con el proceso, con el objeto de conocer la verdad histórica y en un momento dado de ser procedente poder castigar al infractor de la norma, que es el fin de todo orden jurídico, para así mantener el orden social, sin el cual no podría existir ningún Estado de Derecho.

Sentencia condenatoria en la que existen fallas técnicas del Juzgador de Primera Instancia al momento de aplicar las sanciones. En este tipo de resoluciones puede existir dos tipos de errores de profunda trascendencia, como lo son en un primer momento la estimación del grado de culpabilidad, mismo que puede ser estimado por el Juzgador a su libre

⁵¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. Cit. Pág. 23.

albedrío, tomando en consideración los artículos 51 y 52 del Código Penal, sin embargo, este derecho en muchas ocasiones ha provocado la indebida impartición de justicia por parte de nuestras autoridades, pues al momento de imponer las penas lo hacen beneficiando al sentenciado y no al ofendido, poniendo penas de prisión y penas pecuniarias muchas veces irrisorias y no apegadas a la forma de participación del sentenciado, los medios por él empleados, el riesgo que corrió la víctima al momento de llevar a cabo el ilícito, las circunstancias peculiares del sentenciado, cuestiones éstas que podrían haber sido subsanadas por el Tribunal de Alzada, si el Agente del Ministerio Público adscrito al Juzgado que emitió la resolución hubiera interpuesto el Recurso de Apelación, ya que sin duda pudo haber detectado tan graves deficiencias, y de esta forma modificar la sentencia y dictar una más apegada a la realidad.

Por último, en el caso de la sentencia absolutoria, en este tipo de resoluciones, el daño causado al ofendido y a la sociedad es aún más grave, ya que ni siquiera se le ha podido imponer alguna pena aunque fuere irrisoria al entonces procesado, sufriendo el ofendido con esto un doble daño, pues en un primer momento es ofendido por el activo del delito y, en un segundo instante, cuando acude ante la autoridad, se le veda el derecho a que se le repare aunque fuere de manera parcial el daño que se le ha ocasionado.

Por otra parte, al decretar una sentencia absolutoria, sin duda alguna se deja en completo estado de indefensión a la víctima del delito, en cuanto a la reparación del daño, pues al no haber apelación del Ministerio Público, el ofendido no tendrá recurso alguno a su alcance para poder exigir al victimario que repare su falta, ya que éste ha quedado absuelto de reparar la falta por parte de la autoridad judicial a través de su sentencia, que en muchos casos va en contra de las constancias procesales.

Ahora bien retomando el tema, es necesario manifestar que todo el proceso está caracterizado por los actos de acusación, actos de defensa y actos de decisión; en consecuencia, en el proceso debe prevalecer, preferentemente el principio de que el Juez no debe extenderse más allá de lo que piden las partes, de tal manera, que la suplencia de los agravios viola el principio de autonomía del Juez y de las partes intervinientes y con ello se infringe el contenido del artículo 21 Constitucional, que delimita las funciones de la autoridad judicial en relación con las del Agente del Ministerio Público como ya se mencionó, a quien le señala concretamente la facultad de investigar los delitos.

Pues, así tenemos por disposición Constitucional "el Ministerio Público es un órgano técnico con funciones legales determinadas, por lo que la autoridad judicial no puede suplir los agravios de la institución, y es manifiesta la suplencia por parte del tribunal, si en primera instancia se le

había impuesto al sentenciado cierta pena, y no obstante que el Ministerio Público expresó agravios por conceptos distintos a esa pena, la cual ni siquiera menciona”.⁵²

Luego entonces mientras, exista un impedimento Constitucional que imposibilite la suplicencia de agravios expresados por el Representante Social, será casi imposible que se dejen de cometer arbitrariedades en contra del ofendido por el delito.

Ahora bien, es importante saber que acontece en la sentencia de segunda instancia, ya que es en ella en donde quedara asentada la resolución del Juez respecto de los hechos cometidos por él o los procesados, tomando como base los agravios esgrimidos ya sea por el sentenciado su defensor ó la Representación Social.

Es aquí en donde a mi consideración existe otra falta grave, pues el Código de Procedimientos Penales en su artículo 70 señala.

Artículo 70.- La víctima o el ofendido o su representante pueden comparecen en la audiencia y alegar a lo que su derecho convenga, en las mismas condiciones que los defensores.

⁵²GARCIA RAMIREZ, Sergio Cp Cit Pág. 651

Luego entonces, a mi consideración esta disposición tan importante no se cumple en los dos casos que se dan en la apelación de una sentencia, ya sea absolutoria o condenatoria y que ésta última haya sido parcial en favor del sentenciado y por ende lesiona los derechos del ofendido.

Pues en el Tribunal de Alzada, el ofendido del delito nunca se presenta en la Audiencia de Vista que lleva a cabo la Sala, con el objeto de que las partes manifiesten lo que a su derecho convenga, ya que si bien es cierto que en dicha Audiencia esta presente el Ministerio Público al que le ha sido turnado el toca correspondiente, por otro lado no menos cierto es que como ya lo mencione no se encuentra la víctima, la cual tiene derecho de estar presente con el objeto de que se le escuche y por ende hacer valer su derecho, sin embargo esto es letra muerta

En la sentencia de segunda instancia es en donde el Tribunal de Alzada y más propiamente el Magistrado ponente formulara el proyecto respectivo, en el que deberá tener presentes una serie de aspectos de gran transcendencia, sin embargo hay que advertir, que, como la apelación se interpone contra autos y sentencias, el contenido de la resolución del Tribunal de Alzada, dependerá del caso concreto de que se trate.

En la sentencia de apelación en contra de un auto ó de una sentencia valga la redundancia, normalmente se dan cualesquiera de las

situaciones jurídicas que constituyen el fin de los recursos: confirmación, revocación o modificación de lo impugnado.

"Para llegar a cualquiera de esos resultados, el juez, tomando como base los agravios, hace un estudio de las constancias procesales, en relación con los preceptos jurídicos violados. Esta actividad, en otros términos, implica tener en cuenta: la ley penal, los elementos que la situación jurídica concreta exija".⁵³

Es importante también señalar que, como el Tribunal de Alzada, no puede proceder de oficio, está sometido a lo impugnado por las partes en los agravios, además de lo previsto en el artículo 427 que a la letra dice:

Artículo 427.- La sala al pronunciar su sentencia, tendrá las mismas facultades que el tribunal de primera instancia; pero si sólo hubiere apelado el reo o su defensor, no podrá aumentarse la pena impuesta en la sentencia apelada.

Ya que de no tomarse en cuenta esta disposición y se agravara la pena impuesta cuando se trate de una sentencia, esta será improcedente, en otros términos esta prohibida la reformatio in peius.

⁵³ COLIN SANCHEZ, Guillermo Op Cit , Pág: 634

Dado el alcance del artículo antes transcrito, si también apela el Agente del Ministerio Público y esgrime agravios sobre la escasa penalidad, de proceder esto, el tribunal podrá aumentarla. Cuando sólo apela el sentenciado, se manifiesta: sería injustificado el aumento de penalidad ya impuesta, entre otros motivos, porque el legislador ha entendido que resultaría cruel en extremo defraudar la esperanza del reo en una resolución que representara, si no la absolución, una aumentación de la sentencia de condena, con la sentencia agravada de la sanción ya impuesta.

Lo planteado hasta el momento, es razonable; empero, muchos funcionarios encargados de administrar justicia, haciendo gala y derroche de un sincero o aparente sentimiento piadoso, al confirmar, en parte, una sentencia, siempre disminuyen la sentencia a píanos casi ridículos; no obstante que el A quo, al ejercitar su arbitrio ya tomó en consideración las circunstancias del delito y las peculiaridades del acusado. Además, es comprensible, por lo menos en teoría, que el instructor estuvo en mejores posibilidades que los integrantes del Tribunal de Apelación, de conocer la verdad histórica y la personalidad del agente, quien, sólo cuando la audiencia final de segunda instancia se realiza correctamente, puede hasta cierto punto, conocer la personalidad del sentenciado.

Por otra parte, la viciosa práctica aludida, se lleva al cabo sin expresar razonamientos diferentes de los invocados por el Juez instructor.

Respecto a este problema, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han señalado que el arbitrio legal citado no puede ser modificado sin que de manera ostensible se compruebe que en su empleo no fueron debidamente analizadas las circunstancias que lo determinaron.

Los tribunales represivos tienen plena autonomía para fijar las sanciones que estimen pertinentes a los acusados, siempre que tengan en consideración las circunstancias a que se contraen los artículos 51 y 52 del Código Penal, y por tal motivo, no pueden substituirse en su criterio, salvo en el caso de que sea manifiesto que los razonamientos normativos del arbitrio judicial, estén contrariados por las constancias procesales referentes a las circunstancias personales del acusado y a las exteriores de ejecución del delito, o que, aun cuando no hubiere ningún razonamiento sobre el particular, fuere indubitante que el quantum de la sanción impuesta no corresponde al grado de temibilidad establecido por las referidas circunstancias, lo cual afecta al ofendido y a la sociedad misma.

CAPITULO IV.- AGRAVIOS DEL MINISTERIO PUBLICO (SU FUNDAMENTACION Y MOTIVACION).

Antes de entrar al estudio de nuestro último Capitulo, es necesario tratar de explicar las causas que han provocado que nuestros Organos de Gobierno, sean incapaces de poder controlar la problemática de alto índice de delincuencia, que ha originado la gran inseguridad que vivimos los capitalinos.

En un primer momento podemos decir que la inaptabilidad de nuestra Constitución al medio social para que fue hecha trae como primera y peligrosa consecuencia la inaptabilidad de ella, y por consiguiente su incumplimiento. Y el incumplimiento de la Constitución trae consigo irremisiblemente el incumplimiento de todas las demás leyes que de ella emanan como lo es el caso del Código Penal y del Código de Procedimientos Penales.

El problema principal, no sólo de todos los jueces penales, sino de los legisladores, es saber si una ley es práctica y factible. Si la ley corresponde o no a las necesidades del medio o en su caso ver si es justa, ya que de lo contrario hay que reformarla cambiándola por otra que sea aplicable, que responda a las necesidades o que resuelva los conflictos en forma equitativa.

Las leyes que modifican las relaciones entre individuos, entre grupos sociales, o entre personas y el Estado, encuentran naturalmente resistencia u obstáculos en su aplicación, esa resistencia proviene de la inercia conservadora o reaccionaria de los intereses atacados por una nueva ley, ya sea que esos intereses sean de clase, de raza, de religión o de carácter político. Tal es lo que sucede con todas las leyes que establecen garantías constitucionales frente a los abusos del poder público.

Cuando esos abusos son imposibles de superarse, la ley deja de aplicarse y cae por fin en desuso, vencida por la fuerza dominante. En ese caso la experiencia de los pueblos ha demostrado que la transformación que se propone la ley no puede lograrse desgraciadamente sino es a través de la fuerza.

Pero antes de resolver que una ley es inaplicable por los medios penales, es necesario hacer el intento de aplicarla, acudiendo para ello a los tribunales.

Ahora bien, para hacer efectiva una ley no basta la mera existencia de los tribunales ni la constante y perpetua voluntad de los jueces de dar a cada quien lo suyo; se necesita la lucha por el derecho, que no es otra cosa sino el esfuerzo de las personas para obtener el reconocimiento de sus derechos.

Hay muchos casos en que a causa de la ineptitud de las personas o como consecuencia de la impersonalidad del sujeto, los esfuerzos por la conquista del derecho serían estériles sino se vieran ayudados por la acción oficial de un representante de la sociedad que ayude en la lucha por el derecho, es decir, un órgano de poder público que se encargue de vigilar la aplicación de la ley, ilustrando a los jueces y ejercitando las acciones de orden público en defensa de la sociedad; este órgano es el Ministerio Público.

En la actualidad, en casi todos los países del mundo, el Ministerio Público depende del Poder Ejecutivo y tiene a su cargo varias funciones pero podría decirse que las principales son las siguientes: 1.- La de defender los derechos del Estado ante los tribunales. 2.- La de proteger a la sociedad contra la delincuencia y 3.- La de vigilar en general por el cumplimiento de las leyes.

Estas tres funciones, en teoría, no deberían ser incompatibles. Y no lo sería si se supone que el soberano fuera todavía al mismo tiempo legislador y Juez y que por consiguiente estuviera animado del más sincero e insospechable propósito de hacer justicia.

Pero en nuestros tiempos la soberanía no radica afortunadamente en una sola persona, sino los poderes del Estado se han dividido especializándose: uno que legisla, otro que ejecuta y otro que juzga. Por otra parte en estos tiempos la mayor resistencia para la aplicación de las

leyes que tienden a equilibrar los derechos de los débiles frente a los fuertes, la oponen en gran medida las clases privilegiadas ya sea por su riqueza o por simple tradición. Y como estas clases son las que controlan el Poder Público, ya franca o solapadamente, resulta que los principales obstáculos para lograr la aplicación de las leyes que significan garantías de los individuos o de los grados sociales, provienen del Poder Ejecutivo mismo, especialmente en aquellos casos en que los particulares o los grupos sociales reclaman las constantes violaciones a la ley, por parte del Poder Ejecutivo.

En estos casos la tercera función del Ministerio Público, la de procurar el cumplimiento de la ley, es absolutamente incompatible con la primera, la de representar al Estado.

No es posible que el Ministerio Público ponga toda la fuerza moral de su autoridad al servicio de la justicia, es decir, del cumplimiento de las leyes, cuando este funcionario es un dependiente del Poder Ejecutivo mismo, si a la vez el Poder Ejecutivo es la fuente más proílica en atentados contra las libertades o contra los derechos de los individuos y de la sociedad.

En esas condiciones no puede haber independencia ni autonomía en la función del Ministerio Público y esto es la causa de que no haya una verdadera independencia del Poder Judicial. Y no se logrará la total independencia mientras el Procurador de Justicia sea precisamente el

funcionario encargado de llevar la voz y hacer cumplir los mandatos del Poder Ejecutivo.

1.1.- DEBIDA INTERPRETACION DE LOS FUNDAMENTOS LEGALES.

Luego de haber hecho una breve ilustración de las causas que impiden al sistema mexicano impartir justicia en forma equitativa y a la vez justa, procedemos al igual que en los anteriores capítulos, a dar un concepto de lo que se debe entender por fundamentación y motivación.

En cuanto al concepto de Fundamentación encontramos que: "consiste en que los actos que originen la molestia de que habla el artículo 16 constitucional, deben basarse en una disposición normativa general, es decir, que ésta prevea la situación concreta para la cual sea prudente realizar el acto de autoridad, que exista una ley que lo autorice. La fundamentación legal de todo acto autoritario que cause al gobernado una molestia en los bienes jurídicos a que se refiere el artículo 16 constitucional, no es sino una consecuencia directa del principio de legalidad que consiste en que las

autoridades sólo puede hacer lo que la ley permite, principio que ha sido acogido por la jurisprudencia de la Suprema Corte".⁵⁴

Fundamentar pues significa invocar con toda precisión y exactitud el derecho aplicable al caso en concreto. Según mandato Constitucional todo acto de autoridad debe fundarse, esto es, apoyarse en disposiciones legales exactamente aplicables al caso de que se trate, los órganos de gobierno deben actuar conforme a normas jurídicas, circunscribir su función a un marco normativo, el acudir a ese marco normativo, basar su determinación en normas jurídicas, esto es lo que constituye la fundamentación.

La fundamentación debe ser precisa, esto es mencionar claramente el ordenamiento que se invoque, el precepto o preceptos en que se apoye el acto, señalando detalladamente número, fracción, inciso, hipótesis o supuesto normativo, los preceptos aplicables deben ser exactamente ajustables al caso en concreto, encontrarse en coincidencia con la situación planteada.

El derecho natural, conforme con el cual el hombre que empieza contra los miembros de la sociedad, la fuerza que ella le ha confiado, le debe rendir cuenta de las causas o razones que lo han determinado, por lo tanto la

⁵⁴ BURGOA ORJUELA, Ignacio. Op. Cit., Pág. 602

exigencia de fundar legalmente todo acto de molestia impone a las autoridades diversas obligaciones, que se traducen en las siguientes:

- 1.- En que el órgano del Estado del que tal acto prevenga, esté investido con facultades expresamente consignadas en la norma jurídica (ley o reglamento) para emitirlo;*
- 2.- En que el propio acto se prevea en dicha norma;*
- 3.- En que su sentido y alcance se ajusten a las disposiciones normativas que lo rijan;*
- 3.- En que su sentido y alcance se ajusten a las disposiciones normativas que lo elijan;*
- 4.- En que el citado acto se contenga o derive de un mandamiento escrito, en cuyo texto se expresen los preceptos específicos que lo apoyen.*

Cuando el artículo 16 de la Ley Suprema previene que nadie puede ser molestado en su persona, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad, comprende que funde la causa legal del procedimiento, esta exigiendo a las autoridades no simplemente que se apeguen, según su criterio escondido en las conciencias de ellas, a una ley, sin que se conozca de qué ley se trata y los preceptos de ella, que sirvan de apoyo al mandamiento

relativo de las propias autoridades, pues esto ni remotamente constituiría garantía para el particular. Por lo contrario, lo que dicho artículo les está exigiendo es que citen la ley y los preceptos de ella en que se apoyen, ya que se trata de que justifiquen legalmente sus proveídos haciendo ver que no son arbitrarios. Forma de justificación tanto más necesaria cuando que dentro de nuestro régimen constitucional las autoridades no tienen más facultades que las que expresamente les atribuye la ley.

El requisito constitucional de legal fundamentación estriba, no en la invocación global de un Código o de un cuerpo de disposiciones legales, pues de ser esto así, bastaría que los mandamientos penales se fundamentaran diciendo con apoyo en las disposiciones del Código de Procedimientos Penales o del Código Penal.

El requisito de fundamentación que exige el artículo 16 constitucional, no se satisface con la citación de la ley de la materia, en que se haya apoyado la autoridad responsable, sino que es indispensable, para que en el acto pueda reputarse fundado, que precise, en concreto, el precepto legal en el que pretenda sustentarse.

Como puede apreciarse, la fundamentación se encuentra establecida como exigencia Constitucional para todo acto de autoridad que implique molestia a los individuos en los bienes que el numeral citado señala y protege.

Es un contrasentido considerar que no es necesario que las resoluciones de las autoridades estén expresamente fundadas, sino que es suficiente con que se realicen sus actos de gobierno dentro del marco de legalidad que tienen señalado, ya que si la autoridad no indica cuáles son los dispositivos legales que a su juicio le conceden la facultad para obrar en la forma que lo hace, se coloca a los particulares en la situación de adivinar en que preceptos legales pretendió fundarse, lo que de ninguna manera es el espíritu que contiene el artículo 16 constitucional, el cual exige expresamente que las autoridades responsables funden sus resoluciones.

De acuerdo con lo que hemos expuesto, la garantía de fundamentación impone a las autoridades el deber de precisar las disposiciones jurídicas que aplican a los hechos de que se trate, así como de manifestar los razonamientos que demuestren la aplicabilidad de dichas disposiciones.

Del artículo 16 Constitucional impone además de la obligación de fundamentar, también impone la de motivar.

Así tenemos que el maestro Ignacio Burgoa Oriuela dice: "La motivación de la causa legal del procedimiento implica que, existiendo una norma jurídica, el caso o situación concretos respecto de los que se pretende cometer el acto autoritario de molestia, sean aquellos a los que ayude la disposición legal fundatoria, esto es, el concepto de motivación empleando el

artículo 16 Constitucional indica que las circunstancias y modalidades del caso particular encuadren dentro del marco general correspondiente establecido por la ley".⁵⁵

La motivación de los actos de autoridad es una exigencia esencial para tratar de establecer sobre bases objetivas la racionalidad y la legalidad de aquellos; para procurar eliminar, en la medida de lo posible, la subjetividad y la arbitrariedad de las decisiones de la autoridad; para permitir a los afectados impugnar los razonamientos de éstas y al órgano que debe resolver la impugnación, determinar si son fundados los motivos de inconformidad.

Luego entonces por motivar debemos entender, Motivar es "exponer con claridad los argumentos lógicos que permiten adecuar la conducta o hecho a las normas jurídicas invocadas. En la motivación deben señalarse los hechos, las pruebas que los demuestran, el enlace lógico que adecuó aquéllos a las normas abstractas y la conclusión que implica la mencionada adecuación. La motivación es un razonamiento en el cual se contiene las consideraciones que permite concluir que una conducta o hecho se enmarca, coincide con la norma jurídica".⁵⁶

Toda facultad que la ley atribuye a una autoridad para desempeñar determinado acto frente al gobernado, tiene límites necesarios

⁵⁵ BURGOA ORIUOLA, Ignacio. Op. Cit., Pág: 604.

⁵⁶ Cfr. OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. Op. Cit Pág: 35

que se establecen en la propia norma jurídica y que son demarcativos en la extensión del supuesto abstracto comprendido en ésta. Pues bien, si tal supuesto no corresponde al caso en concreto, o sea, si éste no encaja dentro de aquél, el acto de autoridad respectivo violaría la exigencia de la motivación legal, por más que estuviese previsto en una norma, es decir, aunque esté legalmente fundado.

La motivación legal implica, pues, la necesaria adecuación que debe hacer la autoridad entre la norma general fundatoria del acto de molestia y en el caso específico en el que éste va a operar o surtir sus efectos. Sin dicha adecuación, se violaría, por ende, la citada sub-garantía que, con la de fundamentación legal, integra la de legalidad.

Ahora bien, para adecuar una norma jurídica legal o reglamentaria al caso en concreto donde vaya a operar el acto de molestia, la autoridad respectiva debe aducir los motivos que justifiquen la aplicación correspondiente, motivos que deben manifestarse en los hechos, circunstancias y modalidades objetivas de dicho caso para que éste se encuadre dentro de los supuestos abstractos previstos normativamente. La mención de esos motivos debe formularse precisamente en el mandamiento escrito, con el objeto de que el afectado por el acto de molestia pueda conocerlos y estar en condiciones de producir su defensa, como previamente se dijo al principio de este apartado

Y si, por otra parte, la propia autoridad responsable reconoce que por motivar debe entenderse el señalamiento de las causas materiales o de derecho que hayan dado lugar al acto reclamado, no puede admitirse que la motivación consista en la motivación general y abstracta de que por razones de interés público el Gobierno Federal habla decidido constituir por sí mismo y por sus propios medios el puente a fin de operarlo en forma directa, ya que sin la mencionada expresión no señala en principio las causas materiales o de hecho que hubieren dado lugar al acto reclamado.

La motivación legal no siempre exige que la referida adecuación sea exacta, pues las leyes otorgan a las autoridades administrativas y judiciales lo que se llama facultad discrecional para determinar si en el caso concreto que vayan a decidir encuadran dentro del supuesto abstracto previsto normativamente. La mencionada facultad, dentro de un régimen de derecho donde impera el principio de legalidad, debe consignarse en una disposición legal, pues sin ésta, aquella será arbitraria, es decir, francamente conculcadora del artículo 16 Constitucional. La discrecionalidad entraña una potestad decisoria que se mueve dentro supuestos generales consagrados en la norma jurídica. Por tanto, la facultad discrecional se ostenta como el poder de apreciación que tiene la autoridad respecto de un caso concreto para encuadrarlo dentro de la hipótesis normativa preexistente, cuyos elementos integrantes debe necesariamente observar. En otras palabras, la facultad

discrecional maneja esos elementos para referirlos a la situación específica de que se trate, pero jamás importa la potestad de alterarlos. La sola idea de que una autoridad pueda, a pretexto de ejercitar dicha facultad, actuar sin ley o contra la ley, equivaldría a subvertir todo el régimen de derecho mediante la vulneración al principio de legalidad que lo sustenta.

Ahora bien, cuando la norma jurídica concede a la autoridad la potestad de apreciar según el criterio subjetivo los hechos, circunstancias y modalidades en general del caso en concreto para adecuarlo a sus disposiciones, se está en presencia, como ya dijimos, de una facultad discrecional. En el ejercicio de esta facultad en principio no es susceptible de someterse a la revisión o examen del poder jurisdiccional, siempre que la autoridad respectiva lo haya desplegado lógicamente y racionalmente, sin alterar los elementos sujetos a su estimación ni omitir los que se hubiesen comprobado. En cambio, la indicada facultad deja de ser discrecional para convertirse en arbitraria, si se desempeña en los supuestos contrarios, hipótesis en la cual los actos en los que en tales condiciones se hubiesen ejercitado, si pueden controlarse judicialmente a través del amparo y en función de la garantía de motivación legal en el artículo 16 Constitucional.

"Puede controlarse en el Amparo el uso de las facultades discrecionales, cuando las mismas se ejercitan en forma arbitraria y caprichosa, cuando la decisión de la autoridad no invoca circunstancias de

hecho, cuando éstas son alteradas, cuando el razonamiento en que la resolución se apoya es ilógico".⁵⁷

Es importante señalar que es necesaria la coexistencia de la fundamentación y de la motivación de un acto de cualquier autoridad, lo que hace que éste no constituya una violación al artículo 16 de la Suprema Ley.

Pues el artículo 16 de la Constitución, es terminante al exigir, para la validez de todo acto autoritario de molestia, que el mismo esté fundado y motivado, debiendo entenderse por fundamentación la cita del precepto que le sirva de apoyo, y por motivación la manifestación de los razonamientos que llevaron a la autoridad a la conclusión de que el acto concreto de que se trate encuadra en la hipótesis prevista en dicho precepto. No basta, por consiguiente, con que exista en el Derecho positivo un precepto que pueda sustentar el acto de autoridad, ni un motivo para que ésta actúe en consecuencia, sino que es indispensable que se haga valer al afectado los fundamentos y motivos del procedimiento respectivo, ya que sólo así estará en aptitud de defenderse como estime pertinente. Por otra parte, la circunstancia de que el acto reclamado satisfaga las garantías del mandamiento escrito y de autoridad competente, no le libera del vicio de inconstitucionalidad en la ya mencionada falta de fundamentación, pues todas estas garantías son concurrentes y deben, por lo mismo, ser respetadas por la

⁵⁷ BURGOA ORTIZ, Ignacio. Op. Cit., Pág. 606

autoridad en el mismo acto de que ella emane. El artículo 16 de la Carta Magna, exige que en todo acto de autoridad se funde y motive la causa legal del procedimiento. Para cumplir con ese mandamiento, deben satisfacerse dos clases de requisitos, unos de forma y otros de fondo. El elemento formal queda surtido cuando en el acuerdo, orden o resolución, se citan las disposiciones legales se consideran aplicables al caso y se expresan los motivos que precedieron su emisión. Para integrar el segundo elemento, es necesario que los motivos invocados sean reales y ciertos y que, conforme a los preceptos invocados sean bastantes para provocar el acto reclamado de la autoridad.

La interpretación judicial más clara y precisa de los requisitos de fundamentación y motivación exigidos por el artículo 16 de la Constitución de 1917, las encontramos en las siguientes tesis:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DEL ACTO, GARANTIA DE LA AUTORIDAD AL EMITIRLO DEBE CITAR EL NUMERAL EN QUE FUNDAMENTE SU ACTUACION Y PRECISAR LAS FRACCIONES DE TAL NUMERAL.- El artículo 16 de la Constitución Federal, al disponer que nadie puede ser molestado en su persona, posesiones o documentos, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, exige a las autoridades no simplemente que citen los preceptos de la ley aplicable, sino que también precisen con claridad y detalle la fracción o fracciones en que se apoyan sus determinaciones. Lo contrario implicaría dejar al gobernado en notorio estado de indefensión, pues se le obligaría, a fin de concretar su defensa, a combatir globalmente los preceptos en que funda la autoridad el acto de molestia,

analizando cada una de sus fracciones, menguando con ello su capacidad de defensa.

Séptima Epoca.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Apéndice de 1995.

Tomo: Tomo II, Parte TCC.

Tesis: 554.

Página: 336.

FUNDAMENTACION Y MOTIVACION.- De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Federal, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresar con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos educidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas.

Octava Epoca.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Apéndice de 1995.

Tomo: Tomo II, Parte TCC.

Tesis: 553.

Página: 335.

I.2.- RAZONAMIENTOS LOGICO JURIDICOS.

Antes de entrar al análisis del presente apartado, es imprescindible dar un concepto del Recurso de Apelación, pues es en base a

tal Recurso que se expresan los agravios como razonamientos lógico-jurídicos, que serán tomados en cuenta en el Tribunal de Alzada en el momento de entrar a revisar el escrito del Representante Social, en el cual hará valer la sentencia o parte de la sentencia que le ha causado agravios.

"Apelación.- (Del latín *apelare*). La apelación es un recurso ordinario y vertical a través del cual una de las partes o ambas solicitan al tribunal de segundo grado (tribunal *ad quem*) un nuevo examen sobre una resolución judicial dictada por un juez de primera instancia (juez *a quo*), con el objeto de que aquél la modifique o la revoque". (Nota de pie Diccionario Jurídico Mexicano).

Es así que la palabra recurso viene del latín *apelare*, cuyo significado, es: "volver al camino andado". En el derecho de procedimientos penales, la revisión de la actuación o diligencia con la que el afectado se inconforma, requiere de una dinámica especial, traducida en el procedimiento a seguir para el logro del fin propuesto; por ende, en razón del principio de legalidad, constituye un presupuesto indispensable para que se lleven a cabo.

Luego entonces, "para cumplir con el principio de legalidad no basta con que una ley se declare que un hecho es delictuoso; se requiere que la ley describa con claridad y precisión el hecho o la conducta que considera delictivo".⁶⁸

⁶⁸ OVALLE FARFEL, José Op. Cit., Pág. 75

De lo expuesto podemos concluir, que los recursos son los medios establecidos por la ley para impugnar las resoluciones judiciales que, por alguna causa fundada, se consideran ilegales ó injustas, garantizando, de esa manera, en forma más abundante, el buen ejercicio de la función judicial".

59

Con lo anterior, se indica que son creaciones del legislador, cuya función es restaurar el ordenamiento jurídico que pudo haberse quebrantado por el Juez en agravio de los sujetos principales de la relación procesal, restituyendo o reparando el derecho violado.

El procedimiento de impugnación, se justifica, sólo en tanto garantice la enmienda de los actos procesales contrarios al principio de legalidad y, con ello, una mayor efectividad de justicia en las resoluciones judiciales.

Porque podría darse el caso que el desacierto cometido en un primer estudio del punto del negocio, se descubra en un segundo examen si se garantizan en él determinadas condiciones de clama y discusión que de luz a las ilegalidades producidas y que de lugar a razonar para su reparación, o por lo menos de eliminar los factores de la precipitación o de probabie

⁵⁹ COLIN SANCHEZ, Guillermo. Op. Cit. , Pág: 60R

insuficiencia de conocimientos del primer momento, y a veces otras muchas causas incidentales o personales del Juez Primario.

El objeto que tiene la impugnación, es la resolución judicial que contiene la motivación del agravio, siempre y cuando así se reconozca en la ley. Por eso, en nuestro sistema judicial, son objeto de impugnación los autos y las sentencias.

Con el objeto de robustecer la idea antes asentada a continuación se transcribe la siguiente tesis jurisprudencial:

APELACION EN MATERIA PENAL, LIMITES EN LA.- La apelación en materia penal, no somete al superior más que los hechos apreciados en la primera instancia, y dentro de los límites marcados por la expresión de agravios (tratándose de los del Ministerio Público); de lo contrario, se convertiría en una revisión de oficio en cuanto a los puntos recurridos, y la Suprema Corte ha sustentado la tesis de que dicha revisión es contraria al artículo 2º constitucional.

Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala.

Fuente: Apéndice de 1995.

Tomo: Tomo II, Parte SCJN.

Tesis: 28.

Página: 16

Es pues que el fin perseguido a través de la impugnación, es el restablecimiento del equilibrio perdido en el proceso; es decir, al examinarse de nueva cuenta la resolución se cree que puede repararse el daño producido, ordenando para ello las medidas que para el caso prevé la ley, lo

anterior en el caso del agraviado se da en una menor medida, pues en una gran parte, los agravios esgrimidos por parte de la Representación Social, autoridad que viene siendo la Representación Oficial del ofendido, no cumple en forma satisfactoria con los requisitos que la ley le marca para que éstos sean procedentes y no dejar impune el delito.

Así por ejemplo "aunque el Ministerio Público adscrito al Juzgado instructor efectuó el señalamiento y razonamiento de dos calificativas al formular conclusiones, si fue absolutoria la sentencia de primer grado se estableció una verdad legal en esta etapa procesal; así sea para efectos únicamente de resolver sobre la acusación; de modo que correspondería al Representante Social en segunda instancia fundar debidamente sus agravios en lo relativo a las calificativas. Si en los agravios el apelante no analizó en qué consistieron las calificativas, la sentencia obviamente será absolutoria, dejando con ello impune el delito".⁶⁰

Lo anterior tiene fundamento en lo señalado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme a las siguientes tesis, las cuales en su momento oportuno rebatiré:

APELACION EN MATERIA PENAL. INTERPUESTA POR EL MINISTERIO PUBLICO. SUS LIMITES.- Tratándose de apelación en materia penal, el tribunal superior debe circunscribirse a los hechos apreciados en primera instancia, y conforme a los límites marcados por los propios agravios, cuando sea el Ministerio

⁶⁰ Cf. GARCIA RAMIREZ, Sergio Op. Cit., Pág. 647

Público quien los exprese; ya que de ir más allá de lo alegado en ellos, se convertiría en una revisión oficiosa en cuanto a los puntos no recurridos, lo que constituye una flagrante violación a las garantías individuales de legalidad y seguridad jurídica en perjuicio del reo.

Octava Epoca.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Tomo: Tomo II, Parte TCC.

Tesis: 410.

Página: 235.

AGRAVIOS INOPERANTES. MATERIA PENAL.- *Al regir en la Alzada constitucional el principio de estricto derecho, cuando es el Ministerio Público Federal quien interpone recurso de revisión contra la sentencia definitiva dictada por el Juez de Distrito en un negocio de naturaleza penal, los agravios que se expresen deben constituir raciocinios lógico-jurídicos, directamente encaminados a desvirtuar los fundamentos del fallo recurrido, y si en la especie no se satisfizo dicha exigencia técnica, se deben declarar inoperantes las inconformidades, por tanto, vigentes las consideraciones del a quo, por falta de impugnación adecuada.*

Octava Epoca.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Apéndice de 1995.

Tomo: Tomo II, Parte TCC.

Tesis: 397.

Página: 225.

Es indudable que el objeto de la Apelación lo es la resolución impugnada, y en ella se observarán un conjunto de actos, formas y formalidades, legalmente establecidos, para así, estar en posibilidades de examinar o estudiar la ley penal, con lo consiguientes problemas a que da lugar, el cuerpo del delito; el delincuente; las penas y medidas de seguridad

decretadas en la sentencia; y, las omisiones o errores cometidos en la aplicación de las normas procedimentales, y en muchas ocasiones por una indebida interpretación de la ley, con lo cual reitero trae como consecuencia la imposibilidad por parte del juzgador en la aplicaciones de las leyes

Para reafirmar mi opinión creo conveniente señalar lo que dice el jurista Ovalle Fabela en cuanto al principio de legalidad, ya que sin duda alguna tal principio va aparejado con la debida interpretación de nuestros preceptos legales, pues bien, el maestro considera, lo siguiente: "El principio de legalidad no excluye la interpretación judicial de la ley, por el contrario, para poder aplicar la ley penal el juzgador debe primero interpretarla, es decir, determinar su significado, con auxilio de diversos métodos o criterios de interpretación del derecho".⁶¹ Razonamiento con el cual estoy de acuerdo, porque en muchas ocasiones, nuestras leyes sufren de diversas lagunas, las cuales solamente pueden ser subsanadas mediante la interpretación de la ley, es decir que fue lo que en verdad pretendió el legislador al momento de emitir una ley; pues incluso así lo señala nuestro Supremo Organó Federal:

AGRAVIOS EN LA REVISION. LA FALTA DE CITA DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES O LEGALES VIOLADOS, NO ES SUFICIENTE PARA DESESTIMARLOS.- *La evolución interpretativa y legislativa de las disposiciones que rigen en el juicio de amparo, conducen a que, haciendo una interpretación extensiva del artículo 79 de la Ley de Amparo, esta Suprema*

⁶¹ OVALLE FABELA, José. Garantías Constitucionales del Proceso, Editorial Mc. Graw. Hill. Interamericana de México, S. A. de C. V. Primera Edición, México, 1966, Pág. 75 a 76

Corte considere que en las materias en que no opera la suplicia de la queja, la omisión de citar en los agravios el precepto constitucional o legal que se considere violado, no basta para desestimar aquéllos, si en los motivos de inconformidad se expresan argumentos lógico jurídicos suficientes que tiendan a evidenciar la ilegalidad de la resolución reclamada, pues ello es suficiente para proceder a su análisis.

Contradicción de tesis 28/95. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo y el anterior Segundo Tribunal Colegiado (ahora Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil y de Trabajo), ambos del Segundo Circuito. 10 de junio de 1996. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Aristeo Martínez Cruz.

Novena Epoca.

Instancia: Pleno.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Tomo: Tomo IV, Agosto de 1996.

Tesis: P./J. 48/96-

Página: 5.

I.3.- CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA MALA FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACION DE LOS AGRAVIOS MINISTERIALES.

En este último apartado, es importante aludir a la relación existente entre individuo y Estado y los topes que tiene el último mencionado en su actuar, pues sus órganos judiciales que son los encargados de administrar justicia, no pueden actuar a su libre albedrío, ya que tienen que acatar las normas previamente establecidas, en primer lugar en la

Constitución y posteriormente en las leyes secundarias, con el objeto de no violar las Garantías Constitucionales que tiene todo individuo, así sea el peor delincuente, cuestión esta que creemos es poco atinada en base a las consideraciones que líneas posteriores explicare.

Luego entonces tenemos, que la autolimitación y, por ende, las limitaciones o restricciones a la conducta de las autoridades, se establecen por todo el orden jurídico del Estado, independientemente de la índole jerárquica de las distintas normas que lo integran, siguiendo diferentes criterios y frente a diversos factores. Ahora bien, directa y primariamente, frente a los miembros singulares del Estado o gobernados, la autolimitación estatal y las limitaciones jurídicas a la actuación de las autoridades se revelan en las garantías individuales. Por tanto, éstas se traducen jurídicamente en una relación de derecho existente entre gobernado como persona física o moral y el Estado como entidad jurídica y política con personalidad propia y sus autoridades, cuya actividad en todo caso se desempeña en ejercicio del poder y en representación de la entidad estatal.

Por origen formal de las garantías individuales entendemos aquella manera o forma como el Estado o sociedad política organizada que incorporó en el orden jurídico Constitucional los derechos públicos subjetivos cuyo contenido lo constituyen las prerrogativas fundamentales del gobernado,

o sea, el acto por virtud del cual dichos derechos se establecieron en la Constitución.

Siguiendo adelante con nuestro estudio daremos ahora un concepto de lo que se debe entender por garantía, palabra que párese provenir del término anglosajón "warranty" o "warrantie", por lo que la palabra significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar, consecuentemente tiene una connotación muy amplia. Garantía equivale, pues, en su sentido lato, a "aseguramiento" o "afianzamiento", el vocablo y el concepto de garantía se originaron en el derecho privado, teniendo en él las excepciones apuntadas.

El derecho de garantía en derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones en favor de los gobernados dentro de un Estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la actividad del gobierno está sometida a normas preestablecidas que tienen como base de sustentación del orden Constitucional. De lo anterior, se ha estimado, que el principio de legalidad, el de división o separación de poderes, el de responsabilidad oficial de los funcionarios públicos, son garantías jurídicamente estatuidas en beneficio de los gobernados afirmándose también que el mismo concepto se extiende a los medios o recursos tendientes a hacer efectivo el imperio de la ley y del derecho.

"Kelsen alude a las garantías de la Constitución y las identifica con los procedimientos o medios para asegurar el imperio de la Ley Fundamental frente a las normas jurídicas secundarias, es decir, para garantizar el que una norma inferior se ajuste a la norma superior que determina su creación o su contenido".⁶²

Las garantías individuales, entonces equivalen a la consagración jurídico-política de esos elementos, en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado mismo. Por ende, los derechos del hombre constituye, en términos generales, el contenido parcial de las garantías individuales, considerando a éstas como meras relaciones jurídicas entre los gobernados, por un lado, Estado y autoridades, por el otro.

Luego entonces, la función de las garantías Constitucionales es la de establecer el mínimo de derechos que debe disfrutar la persona humana y las condiciones y medios para asegurar su respeto y pacífico goce; es un instrumento que limita a las autoridades para asegurar los principios de convivencia social y la constitucionalidad de las leyes y de los actos de autoridad.

Tomando como base lo antes expuesto encontramos que cuando las apelaciones hechas valer por el Ministerio Público ante el Juzgado

⁶² BARRIGA ORTIZUELA Ignacio Op Cit Pág 163

de Primera Instancia, en cuanto a sus resoluciones emitidas, ya que dicha autoridad es el representante del ofendido por el delito, la Sala Revisora se encuentra con graves obstáculos para poder modificar ya sea el Auto de Formal Prisión o la Sentencia, fallos que de alguna forma causan agravios, en algunos o en todos sus resolutivos, tanto a la sociedad como a la víctima, pues existen infinidad de fallas técnicas que van desde la mala fundamentación y motivación de sus argumentos hasta la debida interpretación de los razonamientos lógico jurídicos, cuestiones estas que traen como consecuencia que el denunciante o querelante según sea el caso, queden en completo estado de indefensión, al no tener ningún recurso que puedan hacer valer para exigir en primer lugar el derecho a la sana impartición de la justicia y consecuentemente a la reparación del daño causado por el ilícito, tan graves deficiencias son imposibles de subsanar por la Sala Revisora, por ser un impedimento Constitucional y de las leyes secundarias, así como por tesis emitidas por nuestro máximo Órgano Judicial Federal que enseguida transcribiré, las cuales al igual que las leyes antes mencionadas desde nuestro punto de vista vienen a ser imparciales, pues están encaminadas a la protección de los derechos de aquel sujeto que ha transgredido la norma penal produciendo una alteración en el orden social, mismas normas que bajo ciertos argumentos jurídicos todavía lo premian no aplicándole la sanción que ellas establecen, como a continuación se vera:

APELACION EN MATERIA PENAL, INTERPUESTA POR EL MINISTERIO PUBLICO SUS LIMITES.-

Tratándose de la apelación en materia penal, el tribunal superior debe circunscribirse a los hechos apreciados en primera instancia, y conforme a los límites marcados por los propios agravios, cuando sea el Ministerio Público quien los exprese, y que de ir más allá de lo alegado en ellos, se convertiría en una revisión oficiosa en cuanto a los puntos no recurridos, lo que constituye una flagrante violación a las garantías individuales de legalidad y seguridad jurídica en perjuicio del reo.

Octava Epoca.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Apéndice de 1995.

Tomo: Tomo II, Parte TCC.

Tesis: 410.

Página: 235.

AGRAVIOS INOPERANTES, MATERIA PENAL.

Ai regir en la alzada constitucional el principio de estricto derecho, cuando es el Ministerio Público Federal quien interpone recurso de revisión contra la sentencia definitiva dictada por el Juez de Distrito en un negocio de naturaleza material, los agravios que se expresen deben constituir raciocinios lógicos jurídicos, directamente encaminados a desvirtuar los fundamentos del fallo recurrido, y si en la especie no se satisfizo dicha exigencia técnica, se deben declarar inoperantes las inconformidades, por tanto, vigentes las consideraciones del a quo, por falta de impugnación adecuada.

Octava Epoca.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Apéndice de 1995.

Tomo: Tomo II, Parte TCC.

Tesis: 397.

Página: 225.

AGRAVIOS DE LAS AUTORIDADES RESPONSABLES ES, INOPERANTE.

No deben aceptarse como agravios, las manifestaciones de inconformidad de es autoridades responsables con el sentido de la sentencia recurrida, relatando únicamente en apoyo de su afirmación, los datos que obran en la averiguación previa, cuando estos hayan sido examinados por el juez federal y se expresen razones para desestimarlos, pues en estos casos las autoridades tienen que demostrar con argumentos tal ilegalidad y no concretarse a relatar los datos que tomaron en cuenta para emitir el acto.

Octava Epoca.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Apéndice de 1995.

Tomo: Tomo II, Parte: TCC.

Tesis: 393.

Página: 222.

Luego entonces, será nuestra Constitución la fuente de las garantías individuales otorgadas solamente para aquellos transgresores de la norma, pues son éstos quienes gozan de todos los beneficios, no así los ofendidos, quienes en todo momento deben estar luchando ya no solo en contra de aquella persona que les causo un mal, sino además en contra de sus propias leyes.

Ahora bien, es de vital importancia destacar que de igual modo nuestra Carta Fundamental le da facultades a los tribunales para que puedan apreciar en conciencia el valor de los indicios, según la naturaleza de los hechos y el enlace lógico y necesario que pudiere existir entre la verdad conocida y la que se busca, con lo que se les reconoció la posibilidad de usar su arbitrio judicial como órganos supremos de apreciación en cuanto a la

valoración de prueba, mismas que se encuentran consagradas en la parte dogmática de la Constitución y más propiamente en sus artículos 14, 16, 19 y 21.

Por tanto, creo prudente señalar que si el juzgador, tiene arbitrio judicial, bien pudiera otorgársele la facultad de poder suplir las fallas técnicas que pudiera tener el Ministerio Público en su escrito de agravios, esto indudablemente dentro de los márgenes legales, "ya que lejos de violar las garantías constitucionales de legalidad estricta en el campo entraña, a no dudarlo, una excelente conquista que permite, mediante la adecuación de la sanción para cada caso en concreto, el predominio de la justicia y, consecuentemente, el imperio de la seguridad y del bien común".⁶³

Lo antes expresado sería un logro de suma importancia, ya que la realidad mexicana, no puede olvidar que gran parte de las resoluciones judiciales, dictadas en segunda instancia, se concretan a confirmar en todas y cada una de las partes lo impugnado o simplemente a reducir en forma por demás graciosa las penas, con lo cual el medio de impugnación resulta inoperante, pues muchas veces se traduce a una etapa muerta en el procedimiento.

⁶³ Memoria del Coloquio Mexicano Alemán de Derecho y Criminológico. Verificado los días 17 a 19 de Marzo de 1998, Edición de la Academia de Ciencias Penales de Occidente, El Derecho Procesal Penal y la Atención a la Víctima. Por el Licenciado Carlos Hidalgo Riestra, Universidad Autónoma de Coahuila, Pág. 591.

Por otra parte no solamente las garantías Constitucionales otorgadas preferentemente al inculpado son un obstáculo en la impartición de justicia, existen otras causas de importante peso por las cuales se provoca la impunidad.

Como lo es que el Ministerio Público deje de estar compuesto por personas que piensen que integren en forma transitoria el Gobierno y por lo tanto cambiarlos por otro tipo de funcionarios que tengan arraigada la idea de que son servidores públicos, pertenecientes a una colectividad, ante la que tiene que responder moral y legalmente de su actuación.

No puede haber institución, ni pública ni privada, que pueda realizar fines de verdadera utilidad para la colectividad, sino está dirigida por personas responsables. En el caso concreto de México, en que la regia, casi invariable, ha sido la que no se exijan responsabilidades a ningún funcionario, siendo entonces la tesis más honda y más humana por la que debe propugnarse es la de necesidad de que existan funcionarios responsables, primero de ética y después de ley.

Es dable señalar que otra de las causas que influye poderosamente en la irresponsabilidad de los funcionarios es la conducta pasiva de los litigantes en cuanto a su espíritu de lucha para que las responsabilidades sean efectivas, y en cambio se muestra activa con frecuencia para fomentar la corrupción de esos funcionarios. En nuestro

ambiente es muy débil el espíritu de lucha por el derecho, y como consecuencia débil también en el sentido de la responsabilidad.

Otro aspecto importante que se presenta como una traba en la impartición de justicia, y lo que muchas veces se traduce en dejar sin castigo al autor de un delito, lo es sin duda alguna que las formas y modalidades de la criminalidad se han venido transformando a la par del desarrollo social, no así nuestros sistemas de prevención; que en el momento actual se encuentran desvinculados de los cambios técnicos y científicos, lo que obviamente acarrea su ineficiencia, tanto en nuestras leyes secundarias como lo son los Códigos sustantivo y adjetivo, en las instituciones sociales y el Poder Judicial, que con el transcurso del tiempo han ido perdiendo aplicación hasta llegar a producir lo mismo que combaten; pues como lo dice el maestro Luis Rodríguez Manzanera "ya no se trata nada más de hacer leyes, sino de hacer leyes coherentes, de hacer leyes que se cumplan; el hacer leyes que no se van a cumplir es simulación y este es uno de los puntos en que la criminología es básica; pues viene del dilema de si el legislador en lo penal debe de legislar de acuerdo con los conocimientos que le da la Criminología o de acuerdo a lo que el piensa que debe ser".⁶⁴

Considero que nuestras leyes deben sufrir una serie de reformas encaminadas a satisfacer las necesidades de una sociedad saturada

⁶⁴ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología, Editorial Porrúa, Edición Décimo Tercera, México, 1998, Pág. 123

desgraciadamente de individuos que presentan un alto índice de peligrosidad, quienes ante la debilidad y poca aplicación de nuestras leyes, lejos de sentir temor de recibir algún castigo por la realización de algún ilícito, pareciera que los alientara aún más para cometerlo.

La vida institucional en México no es posible sino mediante una lucha intensa por el derecho, la que no debe esperarse toda del Gobierno, sino que los particulares con iniciativa privada, intensa, deben ser solidarios en la obra social que circunstancialmente dirigen y coordinan determinados hombres.

En base a lo antes expuesto, considero conveniente, otorgar mayor participación legal al ofendido en el proceso penal, que se le reconozca realmente su calidad de parte, y que desde luego funcione su petición de justicia, y es que dicha figura carece de los derechos y oportunidades que tiene el acusado, además de que aún y cuando puede actuar como coadyuvante con el Ministerio Público, pues así lo dispone el artículo 20 Constitucional en su párrafo último, su actuación resulta muy limitada, por lo que es pertinente que conozca y perciba con mayor detalle el desarrollo de los hechos, ya que si bien es cierto que se menciona como uno de los principios generales de derecho, el principio de igualdad entre las partes, esto solamente es una igualdad formal, pero no material, lo que origina que el ofendido se encuentre en una situación sin paridad con el acusado y para ello,

debe permitirsele una mayor injerencia en el proceso, pues debido a que como anteriormente lo señale es el Ministerio Público quien representa los intereses del ofendido, autoridad que en muchas ocasiones por carga de trabajo e inclusive por falta de interés en ventilar y analizar minuciosamente las probanzas contenidas en el sumario, no se adentra totalmente al estudio del asunto, sin importarle en absoluto la función esencial de sus atribuciones legales, lo que trae como consecuencia que en múltiples casos no se restituya adecuadamente el perjuicio ocasionado al ofendido y en consecuencia éste pierde credibilidad y confianza en las instituciones encargadas de procurar justicia.

El problema de todo lo anterior, parte en gran medida de la idea errónea de que la reparación del daño a cargo del inculpado constituye una pena pública de la misma naturaleza, -lo que indudablemente considero resulta una incoherencia- y la reclamación por ende, compete sólo al Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, se pensó en ello, para efectos de apoyar al ofendido, lo que no ha ocurrido realmente.

De cualquier forma cabe destacar que hay grandes vacíos e impedimentos en las leyes sustantivas y adjetivas y en la propia Constitución, "que impiden a la autoridad judicial la verdadera restauración de las cosas

que tenía antes del delito o en caso de imposibilidad de éste el resarcimiento de los daños resentidos con la infracción penal".⁶⁵

La participación de la víctima en el control judicial, frente al delincuente muestra con claridad que el sistema penal disocia la unidad del delincuente y víctima propugnada por la Criminología. El derecho Penal aleja a la víctima de su polar ubicación frente al delincuente y ocupa por sí mismo esa posición, relegando a la víctima al ámbito de la prevención social y al derecho civil sustantivo y procesal en donde de modo activo y dirigiendo el proceso habrá de reclamar su derecho a la restitución, a la reparación material y a la indemnización de daños y perjuicios. En el Derecho Penal la víctima queda neutralizada, limitada a la participación como testigo en el esclarecimiento del hecho y con los rudimentarios derechos a la conformación del proceso que se han mencionado.

La víctima sin lugar a dudas se encuentra perjudicada en un modo específico. El Derecho Penal moderno está orientado hacia el delincuente e insiste en neutralizar a la víctima. Ya desde los años veinte y más acentuadamente desde mediados de los sesenta, la reforma penal ha sido en favor del autor del delito. La pena de prisión ha retrocedido, favoreciéndose la pena de multa y la condena condicional, se han ampliado

⁶⁵ Memoria del Coloquio Mexicano-Alemano de Derecho Penal y Criminológico. Op. Cit. Pág. 320

las medidas de corrección, se han reformado a fondo el sistema penitenciario y se han incrementado los ya numerosos supuestos de exculpación.

"El olvido inexplicable de la víctima del delito ha sido muy notorio y perjudicial en el desarrollo de las ciencias penales y criminológicas, generalmente se ha puesto atención al criminal, al que se estudia, castiga, protege, reglamenta y clasifica, en tanto que a la víctima se le ignora de la manera más absoluta, pues son los grandes criminales los que pasan a la historia; de las víctimas ni quien se acuerde".⁶⁶

Ahora bien, es pertinente señalar algunas de las consecuencias que presentan las personas que fueron víctimas de algún delito, los especialistas en victimología establecen que "en un primer momento se trauman con la infracción penal y sufren el llamado 'síndrome de tensión', el cual se integra por tres etapas la de reacción, donde la víctima 'se entumece' en el orden físico y psíquico como resultado del delito; la de retraimiento cuando los ofendidos parecen irse recuperando, pero tiene pesadillas y recuerdan continuamente el crimen, aparte de que se sienten culpables indirectos del ataque sufrido por haberlo propiciado por casualidad o por no haber tomado una conducta prudente que los alejara del delinciente; pues ya que esta etapa dura como un año, y la de reajuste, cuando la víctima supera esos complejos y siente ira contra el criminal, pero advierte que su vida

⁶⁶ RODRÍGUEZ MANZANERA Luis Op Cit Pág 72

cambió por culpa de otro y pretende un reajuste de orden psíquico a fin de olvidar la experiencia".⁶⁷

⁶⁷ Cfr. Memoria del Coloquio Mexicano-Alemano de derecho Penal y Criminológico. Op. Cit., Pág. 327

CONCLUSIONES:

Antes que nada considero pertinente dejar asentada una premisa de suma importancia, que es la siguiente, si los individuos son parte de la sociedad, son ellos sin lugar a dudas los que devienen damnificados por el delito ya sea por una o por otra causa, cualquiera puede demandar justicia en nombre de la sociedad. Por lo tanto el ofendido puede contribuir eficazmente y en mejores términos que el Ministerio Público, a la represión y al castigo de los delincuentes; pero es el caso que al tener el monopolio acusador la Representación Social se le deja sin lugar a dudas la energía del dinamismo penal, con los peligros derivados del carácter político del Ejecutivo y de su manejo sobre el Ministerio Público. El monopolio mencionado es inconsecuente con un régimen de libertad política, bajo el cual no se puede negar a los particulares el acceso directo al los tribunales, porque de ser así se estaría convirtiendo en un acusador parcial o en perdonavidas, según el sentido ético y jurídico que lo inspire.

1.- Ahora bien, como primer punto creo conveniente realizar una reforma al primer párrafo del artículo 21 Constitucional, así como los artículos 3 y 415 del Código de Procedimientos Penales y por último a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en sus artículos 1: fracción I y 3: fracción III, con el objeto de que el monopolio de la acción penal

de la cual goza el Ministerio Público sea compartido, ampliando más las facultades de la autoridad judicial digase Juez de Primera instancia o Juez de Segunda Instancia (Magistrados) con el objeto de que haciendo uso de su arbitrio judicial, pueden subsanar las deficiencias ministeriales que pudiera contener en un primer momento su pliego consignatorio, pues dicho pliego es la base en que deberá actuar el A quo en un primer momento para emitir el Auto de Formal Prisión y posteriormente la Sentencia de ser procedente.

ii.- De igual forma propondría que al momento de realizar las reformas a la Constitución y las leyes secundarias, dichas leyes dieran mayor participación a la víctima del delito no solo en poder intervenir durante el proceso, sino que además pudiera presentar por propio derecho apelación en contra de aquellas resoluciones que le causaran perjuicio como los son los autos y las sentencias en cuanto al fondo de dichas resoluciones y no solo en cuanto a la Reparación del Daño, dejando con esto de ser sólo un derecho de la Representación Social, que según nuestro criterio en forma equivocada puede presentar a su libre albedrío, lo antes referido claro está, con el objeto de que los pasivos de la acción y del delito gocen de verdaderos derechos y estén en igualdad de circunstancias con respecto al delincente, dejando de ser con ésto sólo un espectador en la secuela procesal, pues en definitiva el ilícito de que fue objeto le afectara en su vida personal y por ende le es de suma importancia participar en forma activa, debido a que es él quien sufre en

carne propia o en su patrimonio la conducta desplegada por el agente del delito, por lo tanto considero conveniente ampliar los derechos al ofendido, obviamente regulando la forma de su intervención, como lo pudiera ser el de: ofrecer pruebas, interrogar a testigos que ofrezcan las partes, promover diligencias etc., con esto se provocaría que el Ministerio Público investigador y acusador según sea el caso, pongan en marcha con mayor rapidez el aparato jurídico, pues constantemente tendría el acoso del ofendido, quien sin lugar a dudas les exigiría un mejor desempeño en su función.

III.- Consecuentemente de darse estas reformas, también se podrán ampliar o modificar las conclusiones ministeriales al momento de emitir sentencia, con el objeto de que exista congruencia entre lo que acusa la Representación Social y lo que resuelve el Juzgador, pues en muchos casos al momento de analizar el pedimento acusatorio el Juez que estudia la causa, se percata que existen deficiencias técnicas, que le son imposibles de enderezar en virtud de que estaría viciando garantías del acusado, lo anterior me parece una desigualdad entre las partes, pues la posibilidad de que el Juez esté constreñido por las conclusiones de la Representación Social nos parece examinable a la luz de la doctrina a la luz de la doctrina, y muy especialmente de acuerdo al artículo 21 Constitucional. Y así, se tendría que afirmar que si el Ministerio Público formula conclusiones inacusatorias y el Juez encuentra que son infundadas, puede y debe condenar al reo, a pesar

de las conclusiones del Ministerio Público, pues de lo contrario se provocaría con lo antes expuesto que se impongan penas que pudieran ser contrarias a las constancias procesales y por ende irrisorias o que en el peor de los casos se dictara una sentencia absolutoria, cuando no proceda, lo que evidentemente provocaría que el ofendido viera transgredidos sus derechos al ver que al acudir ante la presencia de la autoridad judicial en busca de justicia, dicha autoridad no pudiese hacer nada, por existir impedimentos legales y graves errores en la acusación, pues de nada valdría que se le ampliara sus derechos a los pasivos si al momento de realizar las conclusiones acusatorias el Ministerio Público, que indudablemente es un trabajo que requiere de una serie de requisitos y formas, éstas no fueran realizadas con el debido cuidado que se requiere en este tipo de escritos, provocando con esto que el esfuerzo de la víctima y del aparato judicial se viera del todo nulo.

IV.- En cuanto a los agravios expresados por el Ministerio Público (objeto total del presente trabajo), el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es francamente opuesto al principio dispositivo y resultado de una interpretación asistemática. Que no ha encontrado la relación entre los artículos 414 y 415 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; y que viene sin lugar a dudas a dejar en completo desamparo al ofendido del delito, pues si el Ministerio

Público hizo una mala expresión de los agravios o de plano no los presentó, no le da oportunidad al Juzgador para que pueda subsanar tan graves deficiencias, lo cual considero contraviene a lo pretendido por el legislador, que puedo asegurar no era dejar sin castigo a los delincuentes.

Luego entonces, si la víctima del delito, no estuviese conforme con la resolución emitida por el A quo, por haber percibido alguna anomalía en su resolución, al presentar su apelación si es que se le pudiera otorgar este derecho, la Sala Revisora al entrar al estudio de los agravios esgrimidos por la Representación Social, podría entrar al fondo del asunto, aún y cuando los argumentos esgrimidos por dicha parte procesal fuera inoperantes o insuficientes, pues de reformarse la Carta Magna y las leyes secundarias en los preceptos ya señalados, los Magistrados integrantes de las Salas Penales en uso de su arbitrio judicial, podrán subsanar todas aquellas deficiencias técnicas que pudieren presentar los agravios esgrimidos, siempre y cuando de la causa a estudio se desprenda que existen datos suficientes para poder dictar según sea el caso: un Auto de Formal Prisión o una Sentencia que deba ser modificada, cabiendo en el último caso dos hipótesis: la primera que se haya emitido una sentencia absolutoria, por lo que se deberá modificar la resolución emitiendo una condenatoria de acuerdo al grado de culpabilidad graduado al sentenciado, la segunda hipótesis se da cuando habiéndose dictado una sentencia condenatoria las penas impuestas no estén acordes

con las constancias procesales y por ende son benévolas con el sentenciado, por lo tanto deberán aumentarse tanto la pena pecuniaria como la de privativa de libertad y por ende otorgar la Reparación del Daño, siempre y cuando existan datos que lo acrediten, lo antes expuesto daría como resultado, en primer lugar que la ciudadanía recobrarla confianza en sus autoridades judiciales y por ende se denunciaran la mayoría de los ilícitos, pues es del saber de todos que al haber falta de eficacia de las autoridades tanto ejecutivas como judiciales, la mayoría de las personas que han sufrido una conducta criminosa dejan de denunciarla, debido a que consideran que será una pérdida de tiempo y de dinero, aunado a que como lo hemos expuesto en muchas de las ocasiones el delincuente queda sin castigo como consecuencia de una serie de fallas tanto técnicas como humanas, lo que indudablemente provoca un aumento de delincuencia, pues al ver que la gente no denuncia los ilícitos, los infractores de la norma se ven motivados en su actuar, tornándose más inseguro el lugar en donde no solo habitamos sino además nos desarrollamos como humanos y profesionistas.

Es innegable, que para que verdaderamente exista acceso del hombre a la justicia, en términos adecuados y suficientes, es preciso que ésta asegure el equilibrio entre quienes la solicitan, es decir, la conciliación racional de los intereses en pugna. No olvidemos que la justicia es, en

BIBLIOGRAFIA

BRISEÑO SIERRA, Humberto. El Enjuiciamiento Penal Mexicano, Editorial Trillas, Edición Primera, México, 1988, Pág: 490.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa S.A., Edición Vigésimoquinta, México, 1993, Pág: 809.

COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, Edición Décimo Quinta, México, 1995, Pág: 876.

FRANCO SODI, Carlos. El Procesamiento Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Edición Cuarta, México, 1957, Pág: 364.

FIX ZAMUDIO, Hector. Constitución Proceso y Derechos Humanos, Editorial Porrúa, Edición Primera, México, 1994, Pág: 630.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. Prontuario del Proceso Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Edición Segunda, México, 1982, Pág: 647.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. Poder Judicial y Ministerio Público, Editorial Porrúa, Edición Segunda, México, 1997, Pág: 331.

GONZALES BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal, Editorial Porrúa, Edición Séptima, México, 1983, Pág: 417.

GUARNERI, José. Las Partes en el Proceso Penal, Editorial Fratelli Bocca, Puebla, Pue, Edición Primera, México, 1983, Pág: 377.

MEMORIA DEL COLOQUIO MEXICANO-ALEMAN DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA. Verificado los días 17 a 19 de marzo de 1998, Edición de la Academia de Ciencias Penales de Occidente. El Derecho Procesal Penal y la Atención a la Víctima. Por el Licenciado Carlos Hidalgo Riestra, Universidad Autónoma de Guadalajara, Pág: 586.

OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. La Averiguación Previa. , Editorial Porrúa, Edición Décimo Tercera, México, 1985, Pág: 437.

OVALLE FABELA, José. Garantías Constitucionales del Proceso, Editorial Mc. Graw. Hill. Interamericana de México S.A. de C.V., Edición Primera, México, 1995, Pág: 327.

PEREZ DAYAN, Alberto. Ley de Amparo, Editorial Porrúa, Edición Quinta, México, 1994, Pág: 731.

PEREZ PALMA, Rafael. Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal, Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1980, Pág: 390.

PIÑA Y PALACIOS, Javier. Recursos e Incidentes en Materia Procesal Penal y la Legislación Mexicana, Editorial Botas, Edición Primera, México, 1958, Pág: 221.

RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología, Editorial Porrúa, Edición Décimo Tercera, México, 1998, Pág: 546.

RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal, Editorial Porrúa S.A., Edición Decimotercera, México 1983, Pág: 367.

V. CASTRO, Juventino. El Ministerio Público en México, Editorial Porrúa, Edición Novena, México, 1996, Pág: 308.

LEGISLACION.

Código Penal. Editorial Ediciones Fiscales ISEF, S.A., Edición Primera, Mexico, 1998.

Código de Procedimientos Penales. Editorial Ediciones Fiscales ISEF, S.A., Edición Primera, México, 1998.

Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos. Editorial Andrade S.A. de C.V., Edición Decimoquinta, México, 1986.

Diccionario Jurídico Mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa S.A., Edición Novena, México, 1996, 4 Tomos.