

74
29



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"

"LA RESPONSABILIDAD MINISTERIAL POR DEFICIENCIA EN LA FUNCION INDAGATORIA"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
FERNANDO MURRIETA HERNANDEZ

273672

ASESOR: LIC. RODRIGO RINCON MARTINEZ



TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

**LA RESPONSABILIDAD
MINISTERIAL POR DEFICIENCIA EN
LA FUNCION INDAGATORIA**

Con el corazón en la mano, mi primer agradecimiento surge desde el fondo de mi alma, y es para el creador del universo, de la vida y de todo lo que existe en este planeta, gracias a él puedo aspirar el aroma de las flores, admirar el paisaje de los bosques, contemplar el vuelo del ave. Mil gracias Dios por darme el don de la vida, por estar siempre conmigo en todo momento guiando mis pasos , por permitir que culminara el presente trabajo.

Señor ilumina día con día mi actuar para poder ser una excelente persona y poder servir a mis semejantes como tu quieres que lo haga, gracias por todo lo que me has dado.

A mis Padres

En esta vida Dios nos ha otorgado a la mayoría de los mortales la dicha de contar con una guía que vaya dirigiendo nuestros pasos día a día por el mundo, por lo que ahora me corresponde dar las gracias por todo lo que me han dado, por el gran sacrificio que significó para ustedes darme la carrera, por confiar en mi e inculcarme los mejores valores de la vida. Con su gran ejemplo me enseñaron que todo en esta vida requiere de nuestro máximo esfuerzo para lograr nuestras metas y nunca claudicar, este trabajo es también esfuerzo de ustedes por el apoyo incondicional que siempre he recibido. No me queda más que darle las gracias al creador por los padres tan maravillosos que me otorgó.

A mis Hermanos

Para ustedes que han estado siempre conmigo, mis pensamientos y mi corazón en el largo camino.

A mis Sobrinos

A ustedes que empiezan por el arduo camino del saber,, les dedico mi tesis, para que el día de mañana cuando tengan la edad para saber que camino tomar, escojan el único viable "El Estudio".

Cristina

Para ti, el más dulce pensamiento

*Lic. Rodrigo Rincón Martínez
Asesor*

Gracias por su dedicación y esmero para culminar satisfactoriamente uno de mis grandes anhelos.

Lic. Delfino Vázquez Sánchez

Un agradecimiento muy especial para usted, que el único delito que ha cometido es quitarle a los libros el conocimiento ahí plasmado y hacerlo suyo, mismo del que esta impregnado el presente trabajo, siendo un ejemplo a seguir como persona, profesional y amigo.

Lic. David Alfredo Rosales Castrillo

Para usted que de la justicia hace un valuarte, mi más profunda y sincera gratitud por su apoyo, ejemplo y consideración para lograr la culminación que todo profesionista anhela.

Lic. Gerardo Sepúlveda Marín

A usted que día a día se esmera por ser mejor, que funda su razón en el derecho y siempre leal a sus convicciones.

Gracias por el apoyo brindado

Lic. Amulfo Bravo Pedroza

Gracias a usted por haber sembrado en mi, la pasión y disciplina en el arduo y apasionante camino del derecho.

Lic. José Manuel Hernández Rojas

Gracias a usted por su valiosa ayuda en mi desarrollo profesional y por hacer que las cosas difíciles se vuelvan fáciles.

A mis Amigos

*"La amistad – decían los aztecas- es una lluvia de flores"
el ser humano tiene la capacidad de elegir todo lo que le guste, que lo haga sentir bien, dentro de esa cualidad que se me otorgó los escogí a ustedes para que formaran parte de mi mundo, ya que son una pieza fundamental e irremplazable dentro de el.*

La amistad es el regalo más bello que puede atesorar el ser humano, no se devalúa no sabe de crisis, sino al contrario aumenta la riqueza.

Una buena amistad perdura a pesar de las adversidades y el tiempo transcurrido, no tiene precio, el único requisito es dar amistad a cambio de recibirla. Ustedes serán mis amigos hoy, mañana y siempre.

A LA UNAM

En esta gran institución pude lograr mis metas, ya que en sus aulas aprendí el valioso tesoro del saber, conocimientos que fueron impartidos por los excelentes catedráticos de la ENEP ACATLAN, a todos y cada uno de ellos mil gracias.

SUPLICA DE UNA MADRE

HIJO, NO TE ESTANQUES JAMAS, QUIERO QUE TRIUNFES
SUPERATE A TI MISMO DIA TRAS DIA
INSTRUYETE, TRABAJA
NUNCA DIGAS MAÑANA, EN EL MOMENTO
NUNCA DIGAS DESPUES , PUEDE SER TARDE
CADA DIA SE APRENDE ALGO NUEVO

DEJA HUELLA AL MORIR, NUNCA TE APAGUES
QUIERO QUE SIEMPRE BRILLES. QUE DESTAQUES
QUE CUMPLAS TU MISION EN ESTA VIDA
QUE NO VIVAS EN VANO, TE LO RUEGO
ES MUY TRISTE EL QUE ACABA SIENDO NADIE
LUCHA HASTA EL FIN, NO TE CONFORMES
CON: YA TENGO BASTANTE, ES SUFICIENTE

DIOS TE DIO INTELIGENCIA, USALA
DIOS TE DIO CORAZON, PUES AMA
CADA ESFUERZO ES UN TRIUNFO
Y UN TRIUNFO SATISFACE

SE HOMBRE DE VERDAD NO SIMPLE HOMBRE
APRENDE A HACER EL BIEN, QUE TE RESPETEN
QUE SEAS A LOS DEMAS SIEMPRE AGRADABLE
QUE TE QUIERA LA GENTE, NO TE CREZCAS
EL ORGULLO ENVILECE Y HASTA CIEGA

SEÑALATE UNA META: EL CIELO
QUE EL CAMINO A SEGUIR DIOS TE LO DICE
Y ASI PODRAS REIR Y CONTAGIAR A OTROS
Y ASI PODRAS AMAR Y SER AMADO
Y CUALQUIER CARGA SENTIRAS LIGERA
SI TE ENSEÑAS A DAR SIN RECIBIR SIQUIERA

ASI TE QUIERO VER
HECHO, CRECIDO, EN PLENA MADUREZ
HOMBRE DE VERAS
PARA VERTE ENTONCES CON ORGULLO
Y EXCLAMAR : ES MI HIJO...
SATISFECHA

ELSA PARRA DE HOYOS

INDICE

PAG.

INTRODUCCION	1
--------------------	---

CAPITULO I PROCEDIMIENTO PENAL

1.1. CONCEPTUALIZACION DEL DERECHO PROCESAL PENAL	8
1.2. DISTINCION ENTRE PROCESO Y PROCEDIMIENTO	10
1.3. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO	12

CAPITULO II EL MINISTERIO PUBLICO EN LA FUNCION INDAGATORIA

2.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO	16
2.2. LA ACCION PENAL	21
2.3. DENUNCIA Y QUERELLA	27
2.4. INTEGRACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL ...	30
2.5. LA PROBABLE RESPONSABILIDAD	35
2.6. RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO	44

**CAPITULO III
EL AUTO DE RADICACION**

3.1. LA PREINSTRUCCION	58
3.2. AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL	65
3.3. CONSIGNACION SIN DETENIDO Y NEGACION DE LA ORDEN DE APRENSIÓN	72
3.4. EFECTOS DEL AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR.....	73
3.5. EL ARTICULO 36 DEL CODIGO DEL PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y EL SOBRESEIMIENTO	76

**CAPITULO IV
LA RESPONSABILIDAD**

4.1. CRITICA AL PROCEDIMIENTO SEGUIDO EN LOS CASOS DEL ARTICULO 36 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL	82
4.2. CONCEPTO DE DAÑO	86
4.3. RESPONSABILIDAD PENAL	87
4.4. RESPONSABILIDAD CIVIL	93
ANEXO	99
CONCLUSIONES	109
BIBLIOGRAFIA	115

INTRODUCCION

Se optó por desarrollar el tema denominado: LA RESPONSABILIDAD MINISTERIAL POR DEFICIENCIA EN LA FUNCION INDAGATORIA, en virtud de que son ya diversas décadas, en la que la sociedad mexicana ha demostrado su generalizada inconformidad ante el arrasador fenómeno delictivo y por supuesto, ante la ineficaz procuración de justicia, misma que en los albores del siglo XXI, prácticamente denota ineficacia, obsolescencia y poca confiabilidad, realmente la delincuencia es un fenómeno en desarrollo cada día más difícil de controlarlo por los avances científicos y la preparación por parte de los delincuentes, las tecnologías avanzadas y el armamento tan sofisticado en la preparación, realización y ejecución del delito es más difícil de combatirlo, etc., es todo ello, un poder corruptor que el Estado no solamente busca sino que desea erradicar, estableciendo nuevos mecanismos legales que como herramientas jurídicas a través de acciones efectivas, bajo cánones Constitucionales, precisen un novedoso marco de toda la institución, relacionada con la procuración de justicia. No hay que olvidar que la sociedad aparte de no creer ya en esas instituciones han perdido la confianza, incluso la seguridad, precisamente por la carencia de profesionalización de sus elementos de capacitación e incluso de humanización en el tratamiento a la víctima o a los familiares de ésta, hay un ambiguo y casi inexistente manejo de la técnica en materia de investigación y por si ello fuera poco, en la inexistencia de indagación, de hechos o receptuación formal y legal de

todos aquellos medios indiciarios que deben aportar para acreditar los tipos penales, así como la de acreditar la probable responsabilidad. Se sostiene que el sentimiento social ha provocado una desconfianza en dicho organismo, aspecto que agravia, dado que establece un nivel según lo demuestran las estadísticas de impunidad, de ineficiencia o en su caso de corrupción, lo cual se ve reflejado en las Averiguaciones Previas, que por deficiencias en la fase indagatoria, han motivado que el órgano jurisdiccional no obsequie las órdenes de aprehensión o comparecencia solicitadas, no obstante requerir el Ministerio Público adscrito a juzgado la implementación de todas aquellas diligencias necesarias para subsanar las deficiencias de las Averiguaciones Previas las cuales sólo en un bajo índice se logran perfeccionar obteniendo en estos casos el obsequio de la orden de aprehensión o de comparecencia respectiva. Lo anterior nos pone en evidencia que el sistema de procuración de justicia, el Ministerio Público así como todos y cada uno de sus auxiliares e incluso los procuradores y subprocuradores tienen que revestir un gran compromiso en pro de una mejor procuración de justicia, para conformar todo un conjunto de condiciones que como acciones directas benefician a la sociedad, obviamente empezando, primordialmente con su preparación y con su profesionalización.

Nuestro estudio lo hemos dividido en cuatro capítulos. En el primero, como fácilmente puede desprenderse de su simple lectura, de la tesis, parte desde la conceptualización del Derecho Procesal Penal, haciendo su distinción entre proceso y procedimiento y las etapas que lo

configuran, por la simple razón de que el órgano ministerial investigador, parece ser que en ocasiones ignora o pretende ignorar la etapa primordial de la actividad que tiene encomendada conforme lo previene el artículo 21 Constitucional.

Asimismo, consideramos de vital importancia precisar la sustentación del Ministerio Público, porque es necesario tener conocimiento de ello ya que es el cimiento jurídico sobre el cual se afianza el Ministerio Público como institución, por esta razón, en el Capítulo Segundo también se precisa la conceptualización de la acción, así como los medios de conocimiento a los que puede llegar al órgano investigador la noticia de la consumación de un hecho ilícito.

Pero, además en el apartado en cita tocamos los elementos que integran el tipo penal, por considerar que la precisión y conocimiento de los mismos es vital para integrar debidamente la acción penal y se logre que esta prospere, mismos que no pueden ser ignorados u omitidos dado el tecnicismo imperante en el Ministerio Público Investigador.

Desde luego, por la naturaleza del objetivo en nuestro planteamiento, abordamos la etapa de la preinstrucción por ser este momento procesal decisivo para el éxito o el fracaso de una averiguación previa, decimos esto, ya que, al emitirse un auto de Libertad por Falta de Elementos para Procesar, es de fácil comprensión

que los elementos técnicos jurídicos exigidos por el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no fueron debidamente integrados y, a partir de ese instante el Ministerio Público cuenta con el término de sesenta días para aportar nuevos elementos que la integren satisfactoriamente y se logre el éxito deseado, amén del recurso de apelación que deberá de interponer él mismo.

Sin embargo, debemos de hacer un deslinde de la actividad del Ministerio Público, ya que si bien es cierto que en la Averiguación Previa ostenta la calidad de autoridad, al radicarse la causa pierde su imperio obteniendo la calidad de parte, es decir, da nacimiento a la igualdad procesal que debe de guardar con relación a la defensa.

Esto es de suma importancia, por existir el criterio equivoco de que el Ministerio Público, en la práctica, quiera hacer valer en la etapa de instrucción, desahogo de pruebas su calidad autoritaria, prueba de ello son los comentarios que en últimas fechas se han pregonado por los medios masivos de comunicación; quizá en éstos por ser legos en la materia, sea justificable; resultando incongruente el hecho de que sea la propia Representación Social la que tenga esa conceptualización jurídica, misma que redundará únicamente en el entorpecimiento de la agilidad y expedites procesal lo cual causa perjuicios a los ofendidos y víctimas e incluso a los propios procesados al pretendérseles vulnerar por parte del órgano persecutor garantías Constitucionales y así querer justificar mediante imputaciones tendenciosas hacia el órgano

jurisdiccional, las deficiencias en la integración de una Averiguación Previa, por tal motivo, en nuestro Capítulo Tercero atisbamos diferentes momentos procesales y las resoluciones que emite el órgano jurisdiccional al respecto.

Hasta el momento, no hemos tenido conocimiento que ha pesar de la existencia de diversos mandatos tanto punitivos como de orden civil se le haga valer tanto a la Representación Social como al órgano representativo del Ministerio Público la responsabilidad por reparación de daños por parte de los ofendidos como consecuencia de la deficiencia en la fase de Averiguación Previa por ser mal integrada y/o perfeccionada lo cual motiva que el órgano jurisdiccional en un momento dado, dicte la resolución de sobreseimiento sobre la causa, misma resolución que tiene efectos de sentencia definitiva o sea cosa juzgada y, por ende, la víctima o los ofendidos no solamente sufran el desaliento y pierdan la fe en las instituciones y en última instancia hasta en el propio Estado sino lo más preocupante es que vean minado su patrimonio.

Considerando lo anterior en el Capítulo Cuarto entramos al estudio de la Responsabilidad y planteamos como debe de operar esta, para que sirva de ejemplo y para que el Ministerio Público llegue a ser un órgano técnico que cumpla su cometido. No olvidemos que el primer contacto que tiene con la autoridad el particular es con el Agente del Ministerio Público quien debe de desechar prácticas burocráticas, y la soberbia que es sinónimo de escudo de una ignorancia en su cometido,

y se pueda nuevamente rescatar la credibilidad y acabar con la impunidad que trae aparejado un estado pleno de derecho.

CAPITULO I
PROCEDIMIENTO PENAL

1.1. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL

La fundamentación del Derecho Procesal Penal, especialmente nacional, lo encontramos expresamente señalado en los artículos 17, 14 y 21 Constitucional.

El primero señala: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por los tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial...".

Apuntando el segundo: " En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate".

Ahora bien, distingase el Derecho Procesal Penal de su afín el Civil en que en este último el particular recurre directamente ante el órgano jurisdiccional interponiendo su demanda, mediante la cual, ejercita su acción. En tanto que en materia penal es el Ministerio Público, quien detenta esta facultad por mandato constitucional, conforme lo

previene el artículo 21 Constitucional, cuando dice: "...La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público".

Así encontramos, que Jorge Claria Olmedo, define al Derecho Procesal Penal, como: " La disciplina jurídica reguladora de la efectiva realización del Derecho Penal. Establece los principios que gobiernan esa relación y determinan los órganos, la actividad y el procedimiento para actuar de la Ley Penal Sustantiva".¹

Por su parte, Manzini indica: "El Derecho Procesal Penal es el conjunto de normas, directa o indirectamente sancionadas en que se funda la institución del órgano jurisdiccional y regula la actividad dirigida a la determinación de las condiciones que hacen aplicable en concreto el Derecho Penal Sustantivo".²

Así mismo, Javier Piña y Palacios, lo conceptúa diciendo: " El Derecho Procesal Penal, es la disciplina jurídica que explica el origen, función, objeto y fines de las normas mediante las cuales se fija el "Quantum" de la sanción aplicable para prevenir y reprimir el acto u omisión que sanciona la Ley Penal".³

¹ CLARIA OLMEDO, Jorge A. TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL. Tomo I. Argentina. Ed. Edial. 1960. Pág. 60.

² MANZINI. DERECHO PROCESAL PENAL. Tomo I. Argentina. Ed. Egca. Pág. 107.

³ PIÑA Y PALACIOS, Javier. DERECHO PROCESAL PENAL. México. 1948. Pág. 7.

1.2. DISTINCION ENTRE PROCESO Y PROCEDIMIENTO

Es muy común, hasta por quienes son técnicos en la materia, confundir el proceso con el procedimiento cuando uno es el género y otro es la especie.

Así encontramos que Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, definen el proceso: "Como el conjunto de actos regulados por la Ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del Derecho Procesal Objetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante una decisión del Juez competente".

Siendo, para ellos, el procedimiento: "El conjunto de formalidades o trámites a que esta sujeto la realización de los actos jurídicos civiles, procesales, administrativos y legislativos".⁴

Jesús González Pérez, transcribe la distinción que hace Niceto Alcalá Zamora y del Castillo, entre proceso y procedimiento; el autor hispano señaló: "La distinción entre proceso y procedimiento, afirmando que mientras aquel es un concepto esencialmente teleológico, este es, de índole formal. El proceso es una situación jurídica de satisfacción de las pretensiones, precisamente, aquel sistema que confía

⁴ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO. México, Ed. Porrúa, 1997. Pág. 97.

la satisfacción a un órgano estatal instituido especialmente para ello, independiente y supraordenado a las partes. El procedimiento, por el contrario, es un concepto puramente formal; es la serie o sucesión de actos regulados por el derecho. Por eso se ha podido afirmar, el procedimiento es al proceso como el acueducto al agua que corre por la misma".⁵

De los conceptos reseñados en este apartado es de deducirse que el procedimiento penal, esta constituido por un conjunto de actuaciones sucesivamente interrumpidas y reguladas por las normas del Derecho Procesal Penal, que se inicia desde que la autoridad tiene conocimiento de que se ha cometido un delito y procede a investigarlo y termina con el fallo que pronuncia el órgano jurisdiccional. Comprende una sucesión de actos vinculados entre sí que tienden al esclarecimiento de los hechos.

Es importante recordar que no puede haber proceso sin juez y que es imprescindible su intervención para que tengamos proceso, es decir, no puede haber proceso sin que el procedimiento lo anteceda. Precisamente el procedimiento es todo; es decir, desde la averiguación previa hasta la sentencia; y el proceso se identifica con lo que se denomina juicio, y que parte del auto de radicación, de inicio o de incoación. Haciendo énfasis en que es sólo en el proceso donde surge la figura triangular integrada por el juez que decide, y las partes identificables, estas con el Ministerio Público y el inculpaado.

⁵GONZALEZ PEREZ, Jesús.DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO.Tomo I. Mexico,Ed. Porrúa. Pág.47

I.3. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO

Las etapas del procedimiento penal fundamentalmente se encuentran clasificadas en el artículo primero del Código Federal de Procedimientos Penales el cual lo contemplaba de la siguiente manera: A).- Averiguación Previa, B).- Instrucción, C).- Juicio y D).- Ejecución.

La doctrina criticó el contexto de éste precepto, señalando, entre otras cuestiones, que era incongruente que en un *corpus juris* se abarcaran aspectos doctrinarios; con justificada razón el entonces Procurador General de la República, Lic. Emilio Portes Gil, aclaró en la exposición de motivos de la Ley Adjetiva Punitiva Federal lo siguiente: "Con conocimiento de causa no se pudo seguir íntegramente en la redacción del Código, la tendencia técnica de no incluir en el texto sino lo propiamente normativo, pues se incorporaron una que otra cuestión doctrinaria, con el fin de orientar en cuanto a la estructura general de la ley y para facilitar su consulta a funcionarios no letrados que tienen que aplicarla; jefes de hacienda, por ejemplo".⁶ Quizá, en la actualidad la explicación brindada por el entonces Procurador General de la República no se le encuentre razón de ser, pero no debe olvidarse que en el año de 1933, en que cobró vigencia dicho ordenamiento no sólo la Representación Social Federal, sino incluso la del Fuero Común, no

⁶ PORTES GIL, Emilio. EXPOSICION DE MOTIVOS DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Código Federal de Procedimientos Penales. Agenda Penal 98. Compendio de Leyes Penales. México, Ed. Fiscales. ISEF. S.A. 1996. Pág. 3.

cubría su distribución en todo el ámbito del territorio Nacional como ocurre en ésta época, incluso, no debe de ignorarse que en el propio Distrito Federal, los encargados de iniciar la indagatoria fueron los llamados "comisarios" quienes en su generalidad eran legos; a mayor abundamiento, en la actualidad, en algunas Entidades Federativas, quienes se encargan de la persecución del delito son ajenos técnicamente a la ciencia jurídica.

La corriente doctrinaria imperante en aquella época y que influyó en los redactores del Código de Procedimientos Penales, era la Alemana; misma que siendo ajena a nuestros mandatos jurídicos no contempló el Plazo Constitucional de las setenta y dos horas previsto y señalado en el artículo 19 de nuestra ley suprema, inobservancia no superada en la redacción del referido artículo primero del Código Federal de Procedimientos Penales; de tal suerte que Juan José González Bustamante manifestó: "que había que agregar un nuevo período a las etapas procesales" a la que denomino preinstrucción que abarca desde el auto de radicación al auto de plazo constitucional; por ende nuestro procedimiento desde el aspecto doctrinario quedó integrado en cinco facetas es decir: averiguación previa, preinstrucción, instrucción, juicio y ejecución.⁷

⁷GONZALEZ BUSTAMANTE. Juan José. PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL MEXICANO. 3ª ed. Mexico, Ed. Porrúa, 1959. Pág. 9.

Decimos que doctrinariamente el proceso se integraba por cinco etapas en virtud de haber conservado el artículo primero del Código Federal de Procedimientos Penales su redacción original hasta el año de 1983, cuando fue reformado, y a partir de entonces quedó contemplada la preinstrucción amén de abarcar otros aspectos que no atañen fundamentalmente al proceso penal.

Cabe hacer hincapié, que la doctrina contemporánea formula críticas apuntando entre otras cosas que el periodo de ejecución no queda bajo la tutela del órgano jurisdiccional sino a cargo del poder ejecutivo, por lo tanto, no debe de ser comprendido dentro del proceso penal y se va desligando éste periodo para dar nacimiento al llamado Derecho Penitenciario.

CAPITULO II
EL MINISTERIO PUBLICO EN LA
FUNCION INDAGATORIA

2.1. FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

Una concepción de la Representación Social en su quehacer relativo a la Federación, es la siguiente: "es una institución dependiente del Ejecutivo Federal presidida por el Procurador General de la República, quien tiene a su cargo la persecución de todos los delitos del orden federal y hace que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de la justicia sea pronta y expedita e intervenir en todos los negocios que la ley determina",⁸ lo cual también es válido para el órgano ministerial del fuero común en lo que proceda a su competencia.

Este imperativo trajo como lógica consecuencia que al comparecer el encargado del poder ejecutivo, Venustiano Carranza, el primero de diciembre de 1916, y dar lectura a su discurso para entregar el Proyecto de Constitución ante el Congreso Constituyente establecido en la ciudad de Querétaro, y al analizar el artículo 21 de nuestra Carta Magna, propone como novación el deslinde entre las atribuciones de la Representación Social y el poder judicial encargándole al primero la persecución de los delitos y dejando como su auxiliar inmediato a la

⁸ FRANCO VILLA, José. EL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL. México, Ed. Porrúa, 1985. Pág. 5.

policía judicial en tanto que la fijación de las penas se le atribuyen al órgano jurisdiccional.⁹

Haciendo énfasis en que el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la atribución del Ministerio Público de perseguir e investigar los delitos auxiliado por una policía, que estará bajo su autoridad y mando inmediato; iniciándose la investigación del delito a partir del momento en que el Ministerio público tiene conocimiento de un hecho posiblemente delictivo, a través de una denuncia, una acusación o una querrela, y tiene por finalidad optar en sólida base jurídica, por el ejercicio o abstención de la acción penal, no necesariamente ejercitar acción penal.

Al respecto Cesar Augusto Osorio Y Nieto, manifiesta "El titular de la averiguación previa es el Ministerio Público; tal afirmación se desprende de lo establecido en el artículo 21 Constitucional, que contiene la atribución del Ministerio público de averiguar, de investigar, y de perseguir los delitos, evidentemente si el Ministerio público tiene la atribución de orden Constitucional de averiguar los delitos y esta atribución la lleva a cabo mediante la averiguación previa, la titularidad de la averiguación previa corresponde por ende al Ministerio público".¹⁰

⁹ DIARIO DE LOS DEBATES DEL CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1917. Tomo I.

¹⁰ OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. LA AVERIGUACION PREVIA. 7ª. ed. México, Ed. Porrúa, 1994. Pág. 3.

Es menester señalar que La Constitución de 1917, contempla en su artículo 102 la fundamentación del Ministerio Público Federal, señalando en su primer párrafo su forma de integración "La ley organizará al Ministerio Público de la Federación, cuyos funcionarios serán nombrados y removidos por el Ejecutivo, de acuerdo con la ley respectiva. El Ministerio Público de la Federación estará presidido por un Procurador General de la República, designado por el titular del Ejecutivo Federal con ratificación del Senado o, en sus recesos, de la Comisión Permanente", y asimismo el artículo en comento en su párrafo segundo señala: "Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de la justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine";¹¹

Por lo que atañe al Ministerio Público en el Distrito Federal actualmente se encuentra fundamentado en el artículo 122, párrafo sexto, inciso C, Base Quinta, inciso D, con el siguiente texto: "El Ministerio Público en el Distrito Federal será presidido por un Procurador General de Justicia, que será nombrado en los términos que señale el

¹¹ CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 126ª ed. México, Ed. Porrúa. 1998. Pág. 63.

Estatuto de Gobierno; éste ordenamiento y la ley orgánica respectiva determinarán su organización, competencia y normas de funcionamiento".¹² Señalando dicho Estatuto en su artículo 10 lo siguiente: "El Ministerio Público del Distrito Federal será presidido por un Procurador General de Justicia, nombrado y removido por el Jefe del Gobierno del Distrito Federal, con la aprobación del Presidente de la República",¹³ asimismo es menester señalar que dicho ordenamiento también señala que "incumbe al Ministerio Público del Distrito Federal, la persecución de los delitos del orden común cometidos en el Distrito Federal, y que los elementos de los cuerpos de Seguridad Pública de Prevención serán auxiliares del mismo y estarán bajo su autoridad y mando inmediato cuando se requiera su colaboración para que la Representación Social ejerza sus facultades de investigación y persecución de delitos que le asigna el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

Asimismo se hace hincapié en que el artículo 122 Constitucional en su cuarto párrafo, señala: "El jefe de Gobierno del Distrito Federal tendrá a su cargo el Ejecutivo..."

En consecuencia de lo antes señalado podemos decir con justa causa, que la Representación Social del fuero común del Distrito Federal depende directamente del Poder Ejecutivo, toda vez que como ya se ha puesto de manifiesto corresponde al jefe de Gobierno del

¹² Idem. 126ª edición. 1998. Págs. 116-126.

¹³ ESTATUTO DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL. 17ª. edición, México, Editorial Porrúa, 1997. Págs. 5-6.

Distrito Federal (mismo que detenta el poder ejecutivo local) nombrar y remover al Procurador General de Justicia del Distrito Federal, con la aprobación del presidente de la República.

2.2. LA ACCION PENAL

Etimológicamente la palabra acción proviene del latín *agūere*, lo cual denota obrar, significando en consecuencia la actividad o movimiento encaminado aun determinado fin.¹⁴

Juan José González Bustamante conceptúa la acción señalando: "Es el acto o conjunto de actos por los cuales se recurre al poder jurídico para obtener que le preste fuerza y autoridad al Derecho".¹⁵

Para Francesco Chiovenda, "La acción es el poder jurídico de hacer efectiva la condición para la actuación de la voluntad de la Ley".¹⁶

El procesalista italiano Massari, lo considera como el "Poder jurídico de activar el proceso con el objeto de obtener sobre el Derecho deducido una resolución judicial".¹⁷

Fernando Arilla Baz, apunta que la acción penal es: "El poder jurídico del propio Estado de provocar la actividad jurisdiccional con el objeto de obtener del órgano de ésta, una decisión que actualice la

¹⁴ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Madrid. Tomo I.

¹⁵ Idem. Pág. 3.

¹⁶ Idem. Pág. 3.

¹⁷ Idem. Pág. 3.

punibilidad formulada en la norma respecto de un sujeto ejecutor de conducta descrita en ella".¹⁸

Analizando el concepto anterior deducimos que cuando el autor hispano habla del poder jurídico del propio Estado de provocar la actividad jurisdiccional, se refiere a la titularidad que conforme al artículo 21 Constitucional detenta en nuestro país el Ministerio Público; como consecuencia de la reforma introducida a dicho ordenamiento por el constituyente de 1917, y que ya comentamos con antelación.

Y al citar que el objetivo de esa pretensión es obtener del órgano jurisdiccional una decisión que actualice la punibilidad, hace mención al mismo mandato Constitucional señalado en lo conducente.

El órgano jurisdiccional es el único facultado para emitir las penas; pero, el autor abunda más, aclarando en su conceptualización que esa pena debe estar formulada en una norma relativa a un sujeto ejecutor de la conducta, es decir, aquí invoca el principio "*nullum crimen sine lege*" previsto como garantía en el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional; el cual expresa que: "En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún con mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."

¹⁸ ARILLA BAS, Fernando. EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO. Ed. Cratos, 1988. Pág. 11.

Asimismo Cesar Augusto Osorio y Nieto define la acción penal "como la atribución Constitucional exclusiva del Ministerio Público por la cual pide al órgano jurisdiccional competente, aplique la ley penal a un caso concreto".¹⁹

Es menester señalar tal y como lo manifiesta Cesar Augusto Osorio y Nieto, que el titular de la acción penal es el Ministerio Público ya que así esta determinado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 21, mismo que se encuentra estrechamente relacionado con el artículo 2 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mismo que a la letra señala: "Al Ministerio Público corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal..."

La acción penal tiene su principio mediante el acto de la consignación, este 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, una vez satisfechos los requisitos previstos en el artículo 16 Constitucional, ya señalados en el presente trabajo.

Es necesario remarcar que para que proceda la consignación, es indispensable que el Ministerio Público en la averiguación previa haya practicado todas y cada una de las diligencias

¹⁹OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. LA AVERIGUACION PREVIA. 7a Ed. México. Ed. Porrúa, 1994. Pág. 4.

necesarias para integrar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, que en su conjunto prueben y acrediten su participación en la realización del o los eventos delictivos que se le imputen.

Ahora bien, es importante señalar que de la acción penal se ha manejado demasiado, inclusive con carácter doctrinal. En base a ella descansa uno de los principales aspectos torales del Derecho Procesal Penal. A través de dicha acción se hace valer la pretensión punitiva o sea el derecho concreto al castigo para el infractor penal, con ello se pone en marcha el "*jus puniendi*". Ante una deficiente integración de la averiguación previa traería consigo una inaplicable impartición de justicia. Se sostiene que esta nace en el propio centro de análisis, estudio y confirmación de la averiguación previa, la cual debe contener los requisitos mínimos para que tenga eficacia legal. Su activación debe estar precedida de una correcta y bien integrada investigación ministerial. Tiene como características singulares a su vez ser de condena y declarativa, por tener como presupuesto obtener la declaración de la responsabilidad penal.

Asimismo, la acción penal posee como características particulares las siguientes:

a).- Es pública puesto que se dirige a hacer valer el Derecho Público del Estado, a la aplicación de la pena al que ha cometido un delito;

b).- Es única, porque abarca todos los delitos perpetrados por el sujeto activo, que no hayan sido juzgados. Es decir, abarca todos los delitos constitutivos de concurso real o ideal;

c).- Es Indivisible, en cuanto recae sobre todos los sujetos del delito (autores o partícipes según los casos) salvo aquellos en quienes concurra una causa personal de exclusión de la pena;

d).- Es intrascendente, en virtud de que en acatamiento al dogma de la personalidad de las penas, consagrado por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prohíbe las penas trascendentales, se limita a los responsables del delito;

e).- Es discrecional, pues el Ministerio Público, puede o no ejercerla, aun cuando estén reunidos los elementos del artículo 16 de la propia Constitución; y,

f).- Es retractable, ya que la citada institución tiene la facultad de desistirse de su ejercicio, sin que el desistimiento prive al ofendido por el delito del derecho de demandar la reparación del daño ante los tribunales civiles.

De lo antes reseñado es de reafirmarse que la titularidad de la acción penal corresponde en forma exclusiva al Ministerio Público; si esta autoridad no ejercita el derecho de acción, no hay base Constitucional que dé validez al proceso y los actos de autoridad dictados en él, son inconstitucionales por emanar de autoridad sin competencia para activar el proceso penal, agotar sus etapas procedimentales y dictar sentencia con efectos jurídicos lícitos.

El Ministerio público no puede ser sustituido en ninguna forma en la realización de sus atribuciones; sus actos para que tengan validez y licitud, deben ser emitidos por el titular de ese órgano del Estado quien deberá firmar el documento para darle autenticidad. La acción penal tiene su origen en el contenido del artículo 21 Constitucional; la Ley Fundamental le confiere la calidad de atribución de un órgano del Estado; las facultades que de ahí emanan son exclusivas, de donde resulta la existencia del monopolio de la acción penal.

El contenido de la acción penal es la afirmación de la existencia de un delito y el reclamo del castigo para el autor de la conducta delictiva; esa es la pretensión jurídica del Ministerio Público al ejercitar la acción penal, pues es la sustentación acusatoria. Con la acción penal se busca la resolución del órgano jurisdiccional que autoriza con delimitación la concretización de la misma con la ejecución de la pena. El ejercicio del derecho de acción penal da origen al proceso penal.

2.3. DENUNCIA Y QUERELLA

Necesariamente para que el Ministerio Público pueda iniciar la averiguación previa debe de llegar a su conocimiento el hecho delictivo, este hecho, es conocido como "*notitia criminis*" y puede hacerse mediante dos imperativos: la denuncia o la Querella.

Podríamos definir a la denuncia como el acto de hacer del conocimiento del Ministerio Público hechos que pueden constituir la comisión de un delito.

Fernando Arilla Bas define la denuncia como: "La relación de hechos constitutivos de delito, formulada ante el Ministerio Público".²⁰

Por Querella el mismo autor entiende lo siguiente: "La querella es, como la denuncia, la relación de hechos constitutivos de delito, formulada ante el Ministerio Público por el ofendido o por su representante, pero expresando la voluntad de que se persiga".

Hemos visto que una de las características distintivas de la acción penal es ser pública, lo cual, lo distingue de la acción civil en que ésta es de orden privado, toda vez que en cuanto atañe a ésta última el actor puede desistirse de la acción intentada, pero, en materia penal no es procedente, en la práctica se han hecho valer las conclusiones no

²⁰ ARILLA BAS, Fernando. Idem. Pág. 52,61.

acusatorias mismas que son procedentes únicamente cuando no exista coincidencia entre la acción ejercitada por el delito expresado en el auto de formal prisión y los hechos que originaron la causa o bien respecto de la persona sobre quien se formuló la acusación, situación que es muy distinta al desistimiento de la acción penal.

Tomando en consideración las definiciones de denuncia y de querrela que nos aportó Fernando Arilla Bas, Manuel Rivera Silva señala: "Que si la característica de la acción penal estriba en ser pública no hay razón de ser para que algunos delitos queden a la potestad del particular hacerlos del conocimiento de la autoridad investigadora y solicitar la continuidad de su persecución".²¹ Pero a éste ilustre procesalista se le ha respondido que sí bien es cierto que es valedera su argumentación, también es verdad que si ha algunos delitos se les dejase a la potestad de la Representación Social su persecución directa podría ocasionar un daño mayor a otros bienes jurídicos como puede ocurrir en los llamados delitos de adulterio o de estupro, por ejemplo en que el primero de investigarse oficiosamente podría originar daños mayores a la familia y consecuentemente a los hijos y en el segundo caso la fama pública de la menor ofendida también podría sufrir menoscabo razón por la cual, se le deja al particular que formule o no la querrela y, en la actualidad la querrela ha abarcado incluso delitos patrimoniales como el despojo y el fraude por estimarse que al ofendido le interesa más la recuperación del bien que el castigo del sujeto activo.

²¹ RIVERA SILVA, Manuel. EL PROCEDIMIENTO PENAL. 25ª ed. México. Ed. Porrúa, 1997. Pág. 112.

También se estima que si la querrella puede ser formulada mediante poder otorgado aun abogado, planteamiento formulado por Guillermo Colín Sánchez y a demás este autor considera "que es improcedente la ratificación de la querrella fórmulada por escrito, toda vez que, la noticia criminis le puede llegar al conocimiento del órgano investigador en forma directa, es decir, exponiendo de propia voz o en forma indirecta mediante un escrito presentado en oficialía de partes".²²

Necesariamente, la querrella formulada por escrito y presentada ante la oficialía de partes es menester su ratificación, porque, como se precisó anteriormente al efectuar la definición que de la misma hace Fernando Arilla Bas, debe el particular tener interés en que se persiga el delito del cual fue víctima y en el ínter que media entre la presentación del ocursu a que éste llegue al conocimiento del Ministerio Público puede ocurrir, que el pasivo ya no tenga interés en la causa y no debemos olvidar que de éste presupuesto procede el otorgamiento del perdón el cual debe ser expreso y no tácito, ese es el motivo por el cual se les constriñe a que se presente a ratificar el escrito de querrella.

²² COLIN SANCHEZ, Guillermo, PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO. Ed. Porrúa. Pág. 60.

2.4. INTEGRACION DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

Con la última reforma operada en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, misma que en su artículo 19, es condición *sine quanon* la acreditación de los elementos del tipo penal y, también, mediante la reforma operada en el código adjetivo penal en su artículo 122, nos dice lo siguiente: " El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

- I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y
- III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo se acreditarán, si el tipo lo requiere: A) las calidades del sujeto activo y del pasivo; B) El resultado y su atribubilidad a la acción u omisión; C) El objeto material; D) los medios utilizados; E) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; F) Los elementos normativos; G) Los elementos subjetivos específicos y; H) Las demás circunstancias que la ley prevea.

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

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley".²³

Los elementos del tipo penal fundamentalmente son los elementos objetivos, subjetivos y normativos.

En los elementos objetivos se abarcan: La Conducta, que puede consistir en una acción u omisión; el Resultado que puede ser material o formal; el Nexo causal; el objeto material; la forma de intervención de los sujetos activos; el bien jurídicamente tutelado por la ley; las circunstancias de modo, tiempo, lugar y ocasión. En los elementos subjetivos se abarcan el Dolo y la Culpa, mismos que en algunos casos requieren la realización de un tipo de valor como son los elementos normativos, como por ejemplo antes de la reforma efectuada en el artículo 262 del Código Penal, que contemplaba el delito de Estupro y manifestaba como alguno de sus elementos la honestidad y la castidad, o en los casos en que el pasivo debe de tener una calidad

²³ GARCIA RAMIREZ, Efraín. LEGISLACION PENAL PROCESAL. Ed. Sista. Septiembre de 1995.

especial como la de ser servidor público o si es menor de edad o en los casos de Robo la ajeneidad del bien mueble y el ánimo de apropiación.

Toda vez que la corriente que impera en el Código Penal es la finalista misma que consiste, en distinguir la acción final desplegada por el sujeto activo para hacer el estudio del delito, primeramente debe de analizarse si la conducta realizada es típica, entendiéndose por esto que se encuentra descrita en una ley penal, con ello encontramos la tipicidad y puede suceder que la conducta se tipifica pero no con ello vulnerar la norma jurídica por que exista una causal que excluya el tipo penal o la justifique; por ejemplo, puede ocurrir que un sujeto prive de la vida a otro, la conducta se encuadrará dentro del supuesto del artículo 302 del Código Penal, es decir, simplemente será un homicidio, pero, también pudo acontecer que el activo lo haya matado en legítima defensa, con ello da nacimiento a la excluyente prevista en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, conocida como Legítima Defensa; consecuentemente, para que esa conducta pueda ser punible debe ser contraria a la ley dando así nacimiento a la antijuricidad, conocido también como juicio de reproche, por ello, Francesco Carneluti en su libro denominado "El Tipo Penal", nos dice, que los únicos casos en que cuando la conducta encuadra perfectamente en la ley la vulnera, es en el derecho penal, porque, por ejemplo, en el derecho civil, el sujeto que llega a contraer matrimonio legaliza su actuar y lo protege la ley.

Además, ésta conducta independientemente de que sea típica y antijurídica, se va analizar si la misma es dolosa o culposa, entendiéndose por dolo lo que apunta el catálogo punitivo en su artículo 9, cuando dice: "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la Ley", es decir, en nuestro Código Penal únicamente encontramos dos tipos de dolo: el directo y el eventual.

Por lo que atañe a la Culpa el mismo precepto en su párrafo segundo nos lo conceptúa de la forma siguiente: "Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales".

Igualmente para encontrar el otro elemento denominado culpabilidad se debe precisar si el activo es imputable o si la conducta no requería un actuar distinto entendiéndose lo primero como la capacidad de comprender y de querer, desde luego, esto no quiere decir que deba de tener un conocimiento técnico del derecho punitivo pues incluso los peritos en la rama del derecho, por la complejidad que entraña esta ciencia no pueden tener un dominio pleno de la misma pero, todos sabemos, por ejemplo que esta prohibido matar a un ser humano o de apoderarse de un bien que no es de nuestra propiedad.

Pero, si el activo carece de esa facultad o la misma se encuentra disminuida no se le podrá imputar la responsabilidad del ilícito, lo cual, no quiere decir que no pueda en un momento dado el Estado restringirle la libertad, toda vez que, existiendo la peligrosidad de su conducta se adoptará una medida de seguridad como el de someterlo a un tratamiento psiquiátrico y hasta en tanto no recupere la lucidez no se le podrá permitir disfrutar de su libertad.

Cabe hacer mención que esta medida no vulnera la garantía prevista en el artículo 11 de nuestra Ley Suprema porque como se ha apuntado anteriormente existe una medida de seguridad para evitar de que aquél por la patología que presenta vuelva a cometer otra falta y quede la sociedad en asechanza de un peligro; por lo que cabe interpretar a contrario sensu el artículo 15 del Código Penal en sus fracciones VII y VIII.

2.5. LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

Respecto de este punto, debemos entender a la probable responsabilidad como la posibilidad razonable de que una persona determinada haya cometido un delito. Habrá probable responsabilidad cuando existan indicios suficientes para presumir que un sujeto ha intervenido en la comisión de un delito, en algunas de las formas previstas en el artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal. El fundamento legal de los elementos del tipo y de la probable responsabilidad, lo encontramos en los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del contenido de estos artículos concluimos que tanto la comprobación del tipo penal como de la probable responsabilidad, representan una garantía Constitucional para las partes, ya que primeramente deben de acreditarse los requisitos de fondo exigidos por la ley máxima y esto ya sea para el libramiento de una orden como para la resolución del término Constitucional, ya que de una correcta interpretación del tipo penal y el debido encuadramiento de la conducta delictiva nos llevará a establecer la probable responsabilidad penal del indiciado.

Es menester señalar que el Ministerio Público en la Averiguación Previa primeramente debe recabar todos y cada uno de los indicios del delito que se trate, con el inminente propósito de acreditar los elementos del tipo penal que le sirvan de fundamento tanto para la integración de la investigación, como de la consignación, en base a ello.

lo realmente preocupante para este momento y por obviedad para el Ministerio Público, es pues, el de acreditar el tipo penal y en ese mismo tono lo relacionado a la acreditación de la probable responsabilidad del indiciado.

En consecuencia existe probable responsabilidad cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de un caso típico, por lo cual debe ser sometido al proceso correspondiente; sobre este asunto debe señalarse indiscutiblemente las diversas modalidades de participación que se establecen en el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 13.

La determinación de la probable responsabilidad del indiciado corresponde principalmente y en la primera fase al Ministerio Público y posteriormente, motivada y fundadamente al juez, esto es, para su acreditación. Es indudable que durante la Averiguación Previa, para estar en posibilidad de resolver si procede la Consignación o la libertad del indiciado, se analizan los hechos y todas las pruebas recabadas, porque aún habiendo integrado el tipo penal, si no está demostrada la probable responsabilidad no podrá cumplirse claramente con el ejercicio de la acción penal.

Debemos indicar que la probable responsabilidad tiene dos momentos, uno en la averiguación previa por indicios, y el segundo

momento ante el juez, en donde haciendo un estudio técnico, motivado, fundado y basado obviamente en todos aquellos indicios que le entregó el Ministerio Público a través de la averiguación previa establecerá la situación legal del inculcado bajo un acto de probabilidad penal, en consecuencia, el órgano jurisdiccional por imperativo legal también deberá establecer si existe esa probable responsabilidad, para decretar la orden de aprehensión o comparecencia según sea el caso o emitir el auto de formal prisión, sujeción a proceso o libertad con las reservas de ley; esto después de haber realizado un análisis lógico, razonado, motivado juiciosamente de todos y cada uno de los hechos consignados en la averiguación previa, y no debe de ninguna manera arbitraria tener por demostrada la probable responsabilidad de ninguna de las personas, sin el previo análisis valorativo de los hechos imputados al indiciado.

Por lo antes reseñado, es importante a la luz de nuestro Derecho la idea de probable responsabilidad del inculcado, manejada por el artículo 16 como supuesto de la orden de aprehensión, y por el artículo 19, también Constitucional, como elemento de fondo del auto de formal prisión, por eso la doctrina sostiene que la idea de probable responsable se ha de elaborar a partir del artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal. En síntesis, cabe decir que es responsable del delito, en los términos que ahora importan, desde el ángulo procesal, quien interviene en su comisión bajo cualquiera de los títulos que prevé el artículo 13 de la ley punitiva mismo que a la letra dice:

"Son autores o partícipes del delito:

I.- Los que acuerden o preparen su realización.

II.- Los que lo realicen por sí;

III.- Los que lo realicen conjuntamente;

IV.- los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

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

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

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

VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se puede precisar el resultado que cada quien produjo".

Es importante señalar, respecto a la primera fracción, que si una o varias personas, acuerdan o preparan la realización de un delito, ello no tiene trascendencia en el derecho penal, ya que por si mismo el acuerdo y la preparación no producen consecuencia alguna, puesto que se requiere para tener como responsable de una conducta delictuosa que ese acuerdo o preparación forme parte del conjunto de elementos o de actividades para que la conducta delictiva acordada o preparada, realmente se efectuó, por lo tanto en forma singular el acuerdo o preparación por regla general no produce daño alguno y por lo tanto no es delictiva.

La fracción segunda, contempla la autoría directa, respecto de la cual el autor Santiago Muir Puig, nos dice: "que la autoría directa es aquella en que el sujeto realiza personalmente la totalidad de la conducta descrita en el tipo; por lo tanto tiene el dominio del hecho".²⁴

Queda comprendido con el concepto que de autoría directa establece Santiago Muir Puig, que el autor directo realiza por si mismo todos los actos que son necesarios para producir un resultado típico y antijurídico.

El citado artículo 13 del Código Penal en la fracción III contempla la coautoría de la cual el autor Rein Hart Maurach, nos refiere "la coautoría es la realización inmediata del hecho propio que únicamente difiere de la autoría única en que se produce por la cooperación de varios con división de trabajo, existiendo coautoría cuando varios cooperan consciente y voluntariamente, de tal modo, que cada uno quiere realizar como propio el hecho común con la cooperación de otro, uniéndose por común resolución volitiva, para la realización de un hecho y lo cometen conjuntamente, equiparándose el conjunto en poner manos a la obra, al cumplimiento con división de trabajo del plan común, coautor lo puede ser quien sea autor idóneo, la coautoría

²⁴ Mir Puig, Santiago, "Derecho Penal". Parte General. Pág. 432.

presupone querida cooperación en el sentido de voluntariedad, el nexo de voluntad entre los cooperadores es esencial en la coautoría".²⁵

De ello entendemos claramente, que la coautoría se forma con un conjunto de voluntades, de dos o mas sujetos, que realizan el hecho delictuoso como propio, dividiéndose las funciones para consumar tal hecho.

La fracción cuarta del artículo en comento, refiere a la autoría mediata, respecto de la cual el autor Santiago Mir Puig, nos precisa "la autoría indirecta o autoría mediata, es la que realiza quien se vale de otro que no comete injusto, ya sea por que este último actúa sin dolo, atípicamente, o justificadamente, por lo que el autor mediato se vale de un tercero para realizar el hecho delictivo, la expresión autoría mediata indica autoría mediante determinación de otro, pero no autor mediante otro autor, también suele afirmarse que hay autoría mediata cuando el sujeto se vale de otro que es inculpable, como sucede con quien se vale de un inimputable, de un sujeto en error de prohibición invencible, el determinador tiene el dominio del hecho porque le da dirección a la conducta hacia el resultado buscado por el otro".²⁶

Por lo tanto autor mediato es aquel que se vale de otra persona para efectuar el hecho delictivo, utilizándolo como un mero

²⁵ Maurach, Reinhart. "Tratado de Derecho Penal". Ediciones Ariel. Traducción de Juan Córdoba Roda. Pág. 346.

²⁶ Mir Puig, Santiago. Op. cit. Pág. 15.

instrumento, la persona utilizada puede ser un imputable, el cual carece de dolo, ya que desconoce que con su actuar va a producir un resultado típico y antijurídico, por ejemplo una empleada a la que le ordenan servir y dar una taza de café, a una persona, cuando el café contiene veneno, ignorando esa empleada esta circunstancia, como también puede ser utilizado un inimputable, a quien le ordenan atacar a una persona, infiriéndose de estos ejemplos que la persona que tiene el dominio del hecho es el que se vale de la otra para que se ejecute el hecho delictuoso.

La fracción quinta comprende al instigador, del que nos dice José Manuel Gómez Benitez: "Instigación es determinar dolosamente a otro a que realice un hecho antijurídico, que el inductor se limita a provocar en el autor la resolución delictiva, no tomando parte en el dominio del hecho mismo, distinguiéndose en ello la inducción de la coautoría, por lo que el inductor posee voluntad de participe y no de autor, la inducción es siempre una influencia espiritual del autor mediante conexión, el inductor debe actuar dolosamente, dirigiendo su dolo a la producción de la resolución de cometer el hecho y a la ejecución del hecho principal por parte del autor, incluyendo los elementos subjetivos del tipo y la realización del resultado típico, dolo que debe ser concreto, esto es dirigirse a un determinado hecho y a un determinado autor, en el que debe producirse la resolución de delinquir, el inductor solo responde en la medida en la que el hecho principal concuerde con su dolo, si el

autor principal hace mas de lo querido por el inductor, por lo que este sólo es responsable hasta el límite de su dolo de inducir".²⁷

Por lo tanto el instigador, es aquel que se encarga de instigar, convencer a otra persona para que esta última en forma directa realice el delito, pudiendo inclusive el instigador proporcionarle los medios para que lleve acabo el mismo, como en el caso de que el instigador le de una arma de fuego, para que con ella prive de la vida a determinada persona, convenciéndolo para ello, teniendo conocimiento el instigado, de que el hecho que va efectuar es delictuoso, por lo tanto el instigador influye en la siqué del instigado, pero este último si tiene el dominio del hecho.

La fracción sexta hace alusión a los partícipes o cómplices de un hecho delictivo, el mencionado autor en la misma obra, (en la página 962) define que la complicidad es la cooperación dolosa con otro en la realización de su hecho antijurídico dolosamente cometido, el cómplice se limita a favorecer un hecho ajeno, no toma parte en el dominio del hecho, lo que distingue la complicidad de la coautoría, ya que esta requiere el dominio funcional del hecho sobre la base de un acuerdo en común.

Por lo que quienes auxilian al autor o a los coautores, tienen una participación secundaria en el hecho que no les permite que se les pueda atribuir el hecho como propio, ya que no reúnen las características

²⁷ Gómez Bénitez, J. Manuel. "Teoría Jurídica del Delito". Editorial Civitas S.A. Pág. 857.

de los autores de los delitos; ya que simplemente cooperan o auxilian al autor o autores, ya sea antes de que el injusto se cometa, en el momento en que se comete o con posterioridad al mismo; distinguiéndose en este último supuesto lo que prevé la fracción VII, que distingue ese tipo de auxilio, cuando este se brinda por el partícipe con posterioridad a la ejecución del delito en cumplimiento a una promesa anterior, es importante distinguir entre un sujeto que auxilia con posterioridad a la ejecución del delito, sin la existencia de la promesa anterior, lo que conlleva a que no tenía conocimiento de que el hecho se iba a ejecutar antes de su auxilio, conducta que tratándose de un delito de robo constituye un encubrimiento, en tanto que en el segundo supuesto, cuando esa ayuda se efectúa en cumplimiento a la promesa anterior constituye una participación en el delito de robo y por lo tanto su sanción es mas grave que la primera.

La fracción octava, contempla la responsabilidad correspectiva, en la que dos o mas sujetos efectúan un hecho delictivo, y el resultado final del mismo no se puede precisar quien lo produjo.

2.6. RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO

Conforme lo previene el artículo 16 Constitucional el Ministerio Público cuenta con un término de cuarenta y ocho horas, mismo que puede ser ampliado por un periodo igual cuando se trate de delitos graves o delincuencia organizada, para poder consignar o resolver la situación jurídica del indiciado que fue puesto a su disposición relacionado con algún hecho consistente con la comisión de un delito.

Es necesario hacer énfasis en que antes de la reforma operada en el artículo 16 Constitucional ya citado, algunos autores e inclusive Agentes del Ministerio Público sostenían el criterio de que no se contaba con ningún término para resolver la situación jurídica del indiciado, dándose casos de que podían permanecer detenidos en los separos de la policía judicial "sujetos a Investigación", hasta por 15 días o más señalándose que no se incurría en ninguna responsabilidad por no existir ningún término que obligará a la Representación Social a consignar o ha decretar la libertad del indiciado. Sin embargo antes de la reforma realizada a la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos la misma preveía en el párrafo tercero de la fracción XVIII de su artículo 107 lo siguiente: "También será consignado ante la autoridad o agente de ella, el que realizada una aprehensión, no pusiera al

detenido a disposición de su Juez, dentro de las veinticuatro horas siguientes".²⁸

De lo anterior era de deducirse que el Ministerio Público contaba con veinticuatro horas para efectuar la consignación o decretar la libertad del detenido, y de no hacerlo, independientemente de vulnerar una garantía individual no estaba acatando el mandamiento Constitucional citado y por lo tanto incurría en una responsabilidad; decimos esto porque, como ya se apuntó con anterioridad, el Ministerio Público es un órgano Constitucional y, por lo tanto, su actividad debe de ajustarse a los ordenamientos de la Ley Suprema.

En segundo término de aceptarse el criterio que sostenían algunos doctrinarios y los propios Agentes del Ministerio Público respecto de no existir una limitante para resolver la situación jurídica de quienes eran puestos a su disposición se podía presentar el quebrantamiento del Estado de Derecho y privar la anarquía, porque con éste argumento ocurrían verdaderos secuestros de ciudadanos amparados bajo un aspecto de "legalidad", como ocurrió en repetidas ocasiones.

Ahora bien, con la reforma operada en el mandato constitucional multicitado el Ministerio Público se ve obligado en el

²⁸ RABASA, Emilio O. y CABALLERO, Gloria. MEXICANO ESTA ES TU CONSTITUCION. LI Legislatura. H. Cámara de Diputados. 1982. Pág. 201.

término constitucional o el ampliado a ejercitar la acción penal o poner en libertad con las reservas de ley al indiciado.

En la primera hipótesis deberán estar reunidos y satisfechos los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad y en el segundo el activo quedará en libertad y el expediente será turnado a una mesa de trámite para su persecución y perfeccionamiento. En consecuencia, hemos logrado ya encontrar dos resoluciones: la de libertad con las reservas de ley y la de consignación, la cual, puede ser con detenido y sin detenido; éste último aspecto ocurre en los casos en que el delito imputado esté sancionado con una pena alternativa, consistente en una multa o prisión, cuya aplicación tendrá que emitirse hasta la sentencia definitiva y será el órgano jurisdiccional quien la imponga, el Ministerio Público, en la averiguación previa, deja libre con las reservas de ley al indiciado y consignará únicamente el expediente al órgano jurisdiccional sin detenido.

Asimismo, ocurrirá cuando la sanción consista en una pena pecuniaria por las razones ya explicadas anteriormente dejándolo libre en averiguación previa y siguiendo el mismo procedimiento en la indagatoria correspondiente.

Radicada la denuncia o querrela en una mesa de trámite sea porque dentro del término de cuarenta y ocho horas o en el plazo ampliado no se pudo acreditar fehacientemente los elementos del tipo

penal y la probable responsabilidad o bien porque la noticia criminis haya sido del conocimiento de la Representación Social sin detenido, la misma será radicada en una mesa de trámite del sector central de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal o de la Procuraduría General de la República, para que el titular de la misma se aboque, en su caso, a integrarla debidamente y una vez satisfechos los elementos requeridos ejercerá la acción penal sin detenido, solicitándole al órgano jurisdiccional exclusivamente el obsequio de la orden de aprehensión o de comparecencia toda vez que ya no existe flagrancia o extrema urgencia para detener al indiciado.

Por lo que respecta a la acepción jurídica de flagrancia la misma procede, de la raíz latina "flagrare" significando lumbre, es decir, debe de detenerse al activo en el instante mismo en que ésta consumando el delito; Por lo que hace a la cuasi flagrancia, consistente esta en no cesar desde el momento de la consumación del acto hasta la detención no sólo la persecución sino, no perder de vista al activo y la flagrancia presunta o presumible consiste en que al sujeto activo se le haga el señalamiento y además se pueda encontrar en su poder los objetos o instrumentos o huellas del ilícito.

Ahora bien, con la última reforma operada también se considera cuasi flagrancia la detención del activo dentro de las setenta y dos horas siguientes a la realización del hecho delictivo siempre y

cuando exista con antelación una averiguación previa iniciada por el Ministerio Público.

Por lo que atañe a la extrema urgencia esta operará en los casos de delitos graves o delincuencia organizada y se tenga temor fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, condicionada a que por la hora y el lugar no exista órgano jurisdiccional que pueda obsequiar la orden de aprehensión en contra del indiciado para que este no se sustraiga de la acción de la justicia, ante esta eminencia el Ministerio Público bajo su mas estricta responsabilidad ordenará fundando y motivando para tal efecto, en especial la consistencia de la extrema urgencia y el temor fundado, para la detención del indiciado.

De lo antes señalado es necesario hacer hincapié en que dicha Orden de detención únicamente la puede librar el Ministerio Público, sólo cuando se trate de caso urgente, y se reúnan los siguientes requisitos:

- a).- Que el delito merezca pena privativa de la libertad.
- b).- Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia.
- c).- Que por la razón de la hora no se pueda acudir ante la Autoridad judicial a solicitar la orden de aprehensión.

d).- Que el delito sea considerado como grave por el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Como se ha señalado el libramiento de esta orden se hará bajo la más estricta responsabilidad del Ministerio Público, en consecuencia, deberá de motivar y fundamentar debidamente su resolución; por ejemplo: que de lo actuado en la averiguación previa existan elementos suficientes como: Que el indiciado dé un domicilio falso, se cambie de domicilio, que pretenda abandonar el país o la ciudad o no se presente a laborar en su lugar de trabajo, etc.

Esta orden debe de ser librada por escrito debiendo cumplimentarla la policía judicial.

Estos presupuestos constitucionales se encuentran reglamentados en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal en los numerales 266 al 268 bis, y en el Código Federal de Procedimientos Penales en los artículos 123, 193 y 194, respectivamente.

Asimismo la Orden de Retención la ordena el Ministerio Público, en la Averiguación Previa, cuando se den los siguientes requisitos:

- a).- Que se trate de flagrante delito.
- b).- Que haya cuasi-flagrancia

c).- **Flagrancia equiparada.**

En estos tres presupuestos es necesario que el delito sea sancionado con pena privativa de la Libertad. Asimismo es necesario hacer hincapié que el artículo 16 Constitucional en su párrafo cuarto señala "En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público"; iniciando este último la averiguación previa del delito que se trate, convalidando así la detención que del indiciado hizo el particular o cualquier elemento de policía, emitiendo el representante social un acuerdo de Retención, y una vez acreditados los elementos del tipo penal del delito en cuestión y la probable responsabilidad del indiciado ejercerá acción penal en su contra por el o los delitos que se le imputen. Se hace énfasis en que en este caso el Ministerio público emite su acuerdo de retención del indiciado toda vez que este último como ya se menciono ya fue detenido.

De lo expuesto es de recalcar que la Detención y la Retención son resoluciones muy distintas que emite el Organo Ministerial, por lo que no deben de confundirse de ninguna manera, observación que se hace ya que por lo regular se suelen confundir ambas determinaciones en comento, esto se debe por lo regular ha que no existe la suficiente bibliografía en la cual se distingan dichas

resoluciones, y únicamente en la práctica es donde se pueden apreciar y diferenciar una de la otra.

Asimismo es necesario comentar que el legislador en el artículo 16 Constitucional plantea dos verbos con sentido técnico, el verbo "detener", en el que se refiere al acto de realización instantánea mediante el cual se priva de su libertad a una persona sin que esa privación sea resultado de una orden judicial y el verbo "retener", mediante el cual se refiere a la prolongación del tiempo de esa privación de libertad, durante la Averiguación Previa. Detenida una persona ya sea en caso de flagrancia o en caso de urgencia el Ministerio Público, podrá retenerla y continuar su Averiguación Previa hasta un máximo de 48 horas el cual se podrá duplicar en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Dentro de estos plazos.

En base a lo ya citado es menester señalar que el artículo 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece lo siguiente: "Cuando el inculcado fuere detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

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

información circunstanciada suscrita por quien haya realizado o recibido al detenido." etc.

Aquí cabe preguntar, según reza la primera parte del precepto de referencia " ...o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público...", ¿si el representante social puede o no detener al sujeto activo?, es decir, si esta operando aún la cuasi flagrancia, consideramos que salvo de que se trate de delito grave o delincuencia organizada y existan los presupuestos exigidos por el párrafo quinto del artículo 16 Constitucional puede detenerse, en caso contrario deberá dejársele en libertad.

Desde luego, en la integración de la averiguación previa sin detenido puede ocurrir que no se acrediten fehacientemente los elementos del tipo penal del delito respectivo y la probable responsabilidad, por tal razón el Ministerio Público puede optar por enviar la averiguación previa a la reserva o hacer la ponencia de no ejercicio de la acción penal, misma que se encuentra regulada mediante el acuerdo número A/057/89 emitido por el entonces Procurador General de Justicia del Distrito Federal, Ignacio Morales Lechuga, ordenamiento que señala los casos y formas particulares en que procede el no ejercicio de la acción penal, y mismo que se comenta y transcribe el ANEXO del presente trabajo.

Por otro lado es necesario tratar también en el presente trabajo, la controversial figura jurídica del Arraigo domiciliario; empecemos, pues, por exponer, que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 21 Constitucional, corresponde al Ministerio Público la investigación y persecución de los delitos.

Por lo tanto, la figura del arraigo domiciliario efectivamente se traduce en un acto de molestia en contra del gobernado, ya que si bien es cierto que el artículo 11 Constitucional contempla para todos los ciudadanos la garantía de libre tránsito, también lo es que, el ejercicio de este Derecho está subordinado a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad criminal o civil.

Por otro lado el artículo 16 Constitucional consagra la garantía individual en contra de cualquier acto de molestia al gobernado, señala: nadie podrá ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, si no en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Razón Constitucional por la que el Arraigo debe estar ordenado por la autoridad judicial y no la ministerial, esta última simplemente deberá fundar y motivar la solicitud que de arraigo le solicite al órgano jurisdiccional.

Por lo señalado es menester definir que es el arraigo, desde nuestro punto de vista el arraigo es una medida cautelar o de seguridad en la investigación de un delito.

Al respecto es necesario transcribir el artículo 270 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que a la letra dice:

“Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que este, oyendo al indiciado resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación previa de que se trate, pero no excederá de treinta días, prorrogables por otros treinta días, a solicitud del Ministerio Público”

De lo señalado por el artículo en comento, es fácil desglosar los elementos que comprende el mismo:

- 1).- Debe encontrarse iniciada la averiguación previa.
- 2).- Se deben tomar en cuenta las características personales del indiciado.

3).- El Ministerio Público tendrá que fundar y motivar su petición ante el órgano jurisdiccional mismo que resolverá la petición formulada por el Ministerio público.

4).- La autoridad judicial deberá de otorgar la garantía de audiencia al inculcado.

5).- El fin del arraigo es la integración de la indagatoria, mismo que no puede exceder de treinta días, prorrogable por otro periodo igual.

Es importante mencionar que la ley adjetiva no hace distinción de si el delito debe ser grave o no, simplemente señala que "cuando el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado".

El Ministerio público al momento de fundamentar su petición de arraigo, debe hacer hincapié en las características del hecho y las circunstancias personales del inculcado, es decir, dar suficientes datos y argumentos al órgano jurisdiccional sobre todo de la peligrosidad de que el o los sujetos se evadan de la acción de la justicia, deberá indicar el nombre de la persona o personas que deben arraigarse, el domicilio de las mismas y la precisión exacta del lugar, ciudad o Estado donde deban arraigarse. Debe destacarse ante el juez que si bien es cierto dentro del término Constitucional de 48 horas, no es posible (con los elementos probatorios que obran en la indagatoria), acreditar los elementos del tipo y la probable responsabilidad del indiciado, esto sí podrá integrarse en un plazo mayor.

Por otro lado la autoridad debe otorgar la garantía de audiencia al indiciado, para que una vez que sea escuchado el juez resuelva sobre el otorgamiento del arraigo. Otro aspecto a destacar es el fin que se persigue, desde nuestro punto de vista son dos:

- a).- Que el indiciado no se evada de la acción de la justicia; y
- b).- la integración y perfeccionamiento de la averiguación previa, para que esta tenga como resultado el libramiento de la orden de aprehensión.

Sobre este particular el arraigo resulta un recurso extremadamente útil para la Representación social en aquellos casos donde los elementos con los que se cuenta en la indagatoria no son suficientes en ese momento para tener por acreditados los elementos del tipo y la probable responsabilidad del indiciado, pero que de dichos elementos que obran en la indagatoria, se generan los indicios suficientes para presumir la comisión de hechos delictivos por parte del indiciado.

CAPITULO III
EL AUTO DE RADICACION

3.1. LA PREINSTRUCCION

Integrada la averiguación previa el Ministerio Público se verá precisado, si se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, a ejercitar la acción penal; pueden darse las siguientes hipótesis: con detenido o sin detenido.

Si la consignación es formulada sin detenido durante un plazo de tres días a partir del día en que se haya hecho la consignación, el Juez de la causa podrá dictar el auto de radicación, pudiendo negar u ordenar la orden de aprehensión dentro del término de cinco días a partir de la fecha en que se haya acordado la radicación, conforme lo previene los párrafos cuarto, quinto y sexto del artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, pero tratándose de consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada inmediatamente deberá radicarse el asunto, y dentro de las veinticuatro horas siguientes la autoridad resolverá sobre el pedimento de la orden de aprehensión.

Por lo que respecta a la consignación con detenido deberá inmediatamente ratificar la detención si esta fuera constitucional; en caso contrario decretará la libertad con las reservas de la ley.

Ahora bien, contra ésta última resolución es procedente la interposición por parte de la Representación Social el recurso de

apelación con fundamento en lo previsto por el artículo 418 fracción II del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Y dentro de la cuarenta y ocho horas contadas desde que el indiciado queda a disposición del órgano jurisdiccional se procederá a tomarle su declaración preparatoria, la cual podrá ser en forma oral o escrita por el inculpado en presencia de su defensor para la asistencia jurídica que requiera. Asimismo, el indiciado podrá dictar en forma directa su declaración pero de no hacerlo así quien practique la diligencia deberá redactarlo con la mayor exactitud.

Ahora bien aquí se presentan dos situaciones conforme lo previene la fracción IX del artículo 20 Constitucional, es garantía del indiciado tener una defensa adecuada, por sí, por abogado, o personas de su confianza; lo cual, nos presenta dos inquietudes; primeramente, si el indiciado es lego en materia jurídica y segundo sí la persona de su confianza no reúne los requisitos técnicos jurídicos o a su vez, también sea lego en derecho, y el indiciado hace uso de éste derecho constitucional.

De no admitírsele el órgano jurisdiccional concededor de la causa vulneraría una garantía constitucional y procesal , pero, también, de admitirse al concluir la causa y dictarse la sentencia definitiva e incluso no habiendo apelado la misma, puede demandar la protección de la Justicia de la Unión, es decir, promover el juicio de amparo

argumentando violaciones a sus garantías individuales, no en el sentido de haberse quedado en estado de indefensión, puesto que le fue admitido por el órgano jurisdiccional hacer su propia defensa o por persona de su confianza, sino por no contar con una defensa adecuada como lo establece el texto de la fracción citada con antelación, pero ambos supuestos son profanos en materia jurídica.

Esta situación puede presentarse en la práctica porque el artículo 20 Constitucional vigente fue transcrito casi literalmente de su afin de la Constitución de 1857, pero, la Ley General de Profesiones también señala lo siguiente en su artículo 28. "En materia penal, el acusado podrá ser oído en defensa por sí o por medio de persona de su confianza o por ambos, según su voluntad. Cuando la persona o personas de la confianza del acusado, designados como defensores no sean abogados, se le invitará para que designe, además, un defensor con título, en caso de que no hiciere uso de este derecho, se le nombrará al defensor de oficio".²⁹

Para subsanar ésta deficiencia y evitar que el procesado pueda recurrir en demanda de la protección de la justicia de la unión con el argumento ya señalado, consideramos que puede defenderse por sí siendo lego o por persona de su confianza en igualdad de circunstancias, pero, a su vez el órgano jurisdiccional deberá nombrarle un defensor de oficio para que éste asesore técnicamente la defensa del indiciado y por

²⁹ LEY GENERAL DE PROFESIONES. Ed. PAC, S.A. DE C.V. 1997.

ende pueda cumplirse debidamente la disposición de tener una defensa constitucional adecuada.

Como se ha manifestado el artículo 287 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, prevé que cuando se han varios procesados como deberá diligenciarse la declaración preparatoria, en tal supuesto se examinarán separadamente en una sola audiencia, toda vez que, cada uno de ellos podrá ser o bien testigo de cargo o de descargo en su momento correspondiente y si están presentes al momento en que uno de ellos rinda su declaración preparatoria fácilmente al escuchar ésta se pondrían de acuerdo y se perdería el logro de la verdad histórica para resolver adecuadamente al final la causa correspondiente.

La declaración preparatoria comenzará por las generales del indiciado: su nombre, su apodo si es que lo tiene, así como el grupo étnico al que pertenezca y si hablan y entienden suficientemente el idioma castellano; ésta última situación que en materia procesal penal resulta una novación como consecuencia de la modificación operada en el artículo 4 Constitucional que tutela a los pueblos indígenas, y lo cual resulta incongruente lo mismo que la modificación operada en el mismo precepto durante la administración del presidente Luis Echeverría al señalar que el varón y la mujer son iguales ante la ley toda vez que conforme lo previene desde épocas pasadas y que reafirmó el Congreso Constituyente de 1917, en el artículo primero de la Carta Magna al

establecer textualmente: "En los Estados Unidos Mexicanos, todo individuo gozará de las garantías que otorga ésta Constitución...", y con dicho término, es decir, individuo, su generalidad abarca tanto a menores, incapaces, hombres y mujeres nacionales y extranjeros, pobres y ricos, indígenas y ciudadanos de nivel intelectual distinguido, por ende decimos que ésta modificación operada en el artículo 4 de la ley suprema a parte de innecesaria resulta difamante porque desde el año de 1810 al emanciparse de la soberanía Española en el movimiento insurgente nuestra Nación, una de las preocupaciones del Congreso de Apatzingan fue proscribir las castas y las clases sociales.

Conforme el imperio de la ley, ésta debe de respetarse y en el supuesto de que el indiciado sea un indígena deberá nombrársele un perito traductor para tomársele su declaración preparatoria éste deberá solicitarse al Instituto Nacional Indigenista, porque según sabemos ni los órganos jurisdiccionales federales ni comunes, ni en ambas procuradurías, existen peritos sobre ésta materia, por lo tanto, cabe preguntar ¿qué ocurrirá el día en que el término de las cuarenta y ocho horas sea en días inhábiles para éste Instituto?

Si bien es cierto que en materia procesal penal todos los días son hábiles para la toma de la declaración preparatoria lo cual no es así para otras dependencias, por lo tanto ¿el Juez podrá ordenar la suspensión del procedimiento hasta en tanto se presente el perito correspondiente?, ¿Esto no vulnera las garantías del indiciado?, ¿no

incurrirá en responsabilidad el órgano jurisdiccional si emite este acuerdo?. Por otro lado, ¿si lo declara no lo esta dejando en estado de indefensión?.

En este espacio de tiempo, es decir en la diligencia de la averiguación previa también se le hará ver al indiciado si tiene derecho a su libertad bajo caución o fianza, él delito o los delitos de que se le acusa, el nombre de los denunciantes o querellantes o de los testigos que hayan declarado en su contra, el derecho que tiene a declarar o no hacerlo así como contestar a las preguntas que le formule la Representación Social o su defensor o a no contestarlas o ha responder únicamente a uno de ellos.

Asimismo dentro del término de las setenta y dos horas el Juez resolverá la situación jurídica del indiciado mediante la emisión del Auto de Plazo Constitucional que puede ser de Libertad por falta de Elementos para Procesar, Sujeción a Proceso o Auto de Formal Prisión. Por lo tanto, desde el momento que el indiciado es puesto a disposición del órgano jurisdiccional hasta el término de las setenta y dos horas en que se resuelve su situación jurídica comprende lo que en doctrina se denomina periodo de Preinstrucción.

Desde luego este periodo puede ser ampliado por otro término igual para que el indiciado pueda presentar pruebas que demuestren su inculpabilidad o que desvirtúen los elementos del tipo penal por el cual fué puesto a disposición del órgano jurisdiccional; y,

como lógica consecuencia podemos decir que la preinstrucción comprende el plazo de las setenta y dos horas o el de ciento cuarenta y cuatro horas si es duplicado a pedimento del procesado o de su defensor exclusivamente ya que, para tal efecto esta vetado la Representación Social y el órgano jurisdiccional no puede hacerlo valer de oficio.

3.2. AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL

el artículo 19 Constitucional, estatuye que el auto de formal prisión debe efectuarse dentro del término de setenta y dos horas, contado dicho término a partir de que el indiciado sea puesto a disposición del Organó Jurisdiccional, término que desde luego constituye una garantía para el inculpado, y que se encuentra ampliada por la ley secundaria disponiendo al efecto, tanto el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, como el 297 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, que el plazo de setenta y dos horas se duplicará cuando lo solicite el inculpado por sí o por su defensor, al rendir su declaración preparatoria, diferenciándose el Federal en que éste permite que tal solicitud la pueda hacer la defensa dentro de las tres horas siguientes al momento en que rindió la declaración preparatoria, siempre que tal ampliación sea para aportar y desahogar pruebas para que el Juez resuelva su situación jurídica, precisándose que el Ministerio Público no podrá solicitar tal ampliación, ni el Juez ordenarla de oficio, contemplándose también por los preceptos ya mencionados, que tal ampliación deberá comunicarse al Director del Reclusorio Preventivo, en donde en su caso se encuentra internado el inculpado; por lo que en este supuesto el auto de formal prisión se emitirá en el plazo de ciento cuarenta y cuatro horas, teniendo obligación el Organó Jurisdiccional de admitir las pruebas que ofrezca la defensa, siempre y cuando la naturaleza de las mismas permita su desahogo dentro de dicho plazo.

Como ya lo hemos señalado, para que el Organismo competente pueda emitir el auto de formal prisión, previamente debe tomar la declaración preparatoria del inculcado; acto procedimental que se encuentra contemplado en la fracción III del artículo 20 de nuestra Carta Magna en el que se dispone: "Que al inculcado como garantía se le hará saber en audiencia pública y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación, el nombre de su acusador, la naturaleza y causa de la acusación a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar al cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria;" y los dispositivos 161 y 290 de los Códigos Procesales de la materia tanto Federal como para el Distrito Federal, respectivamente disponen que esta declaración el indiciado podrá rendirla en forma oral o escrita, en presencia de su defensor y en un local con libre acceso al público, haciéndole saber si el delito por el que fue consignado le permite gozar del beneficio de la libertad bajo caución, asimismo se le debe respetar su voluntad consistente en si desea o no declarar y en su caso si también es su deseo o no dar contestación a las preguntas que le puedan formular las partes, concretamente el C. Agente del Ministerio Público, su defensor y también los referidos dispositivos ordenan que se le haga saber el nombre de las personas que declaren en su contra y el derecho que tienen a que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezcan.

Es importante señalar, que otra causa legal por la que puede ampliarse el plazo de las setenta y dos horas que tiene el juzgador para

resolver la situación jurídica de un inculpado, sin vulnerar la garantía establecida en el dispositivo 19 de la Constitución, se presenta cuando a dicha autoridad le ponen a su disposición a un detenido empero éste se encuentra en un nosocomio, en estado inconsciente, y por su estado patológico no se puede dar cumplimiento al requisito establecido en la fracción III del numeral 20 de la Constitución, de que rinda su declaración preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas de su puesta a disposición, situación en la que deberá procederse a certificar su estado de inconsciencia y con base en dicha certificación, suspender el plazo de setenta y dos horas para poder resolver su situación jurídica, el cual empezará a correr hasta que se haga constar que se encuentra consciente, ya que en caso contrario se vulneraría en perjuicio del indiciado la citada garantía constitucional que le concede un derecho de defensa.

Para poder decretar un auto de formal prisión, debe el delito que se le imputa al inculpado encontrarse sancionado con pena privativa de libertad; exigencia que se encuentra establecida en el artículo 18 de nuestra Constitución, mismo que entre otros conceptos dispone que: "Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad, habrá lugar a la prisión preventiva"; de tal forma que si es consignado por un delito que se castigue con pena pecuniaria, alternativa o trabajo en favor de la comunidad, ello no amérita privación de la libertad, procediendo en éstos casos que de comprobarse los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado al mismo se le decrete un auto de sujeción a proceso sin restricción de su libertad, aun cuando la Constitución no

contempla este supuesto la Ley secundaria si lo establece, concretamente los dispositivos 162 del Código Federal de Procedimientos Penales y 304 bis del Código Procesal de la Materia, para el Distrito Federal.

También es importante establecer, que el auto de formal prisión debe estar debidamente fundado y motivado, ya que recordemos que todo acto de autoridad, que ocasione molestia alguna a los gobernados, debe sustentarse en tales requisitos, para no vulnerar la garantía de seguridad jurídica estatuida en el primer párrafo del dispositivo 16 de nuestra Carta Magna en el que se precisa: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento".

Para el caso de que al resolverse la situación jurídica de un inculpado, no se compruebe alguno de los elementos que integran el tipo penal que se le impute, o bien su probable responsabilidad en la comisión del mismo, procede que se le decrete un auto de Libertad por Falta de Elementos para procesar con las reservas de ley determinación que se encuentra contemplada en el artículo 167 del Código Federal Procesal y 302 del mismo ordenamiento vigente para el Distrito Federal; determinación que no impide que con posterioridad a su emisión, el Ministerio Público pueda aportarle al juzgador nuevos elementos de prueba con los cuales, en su caso pueda comprobarse el tipo penal

correspondiente, o la probable responsabilidad del inculpado, empero tratándose de delitos del fuero común en el Distrito Federal el artículo 36 del Código Procesal Penal, establece que si dentro de los sesenta días siguientes, a que se haya notificado la libertad por falta de elementos para procesar con las reservas de ley, no aporta el ofendido o el Ministerio Público nuevas probanzas para acreditar ya sea el tipo penal o la probable responsabilidad del inculpado, se sobreseera la causa; en tanto que el artículo 167 del Código Federal de Procedimientos Penales al respecto dispone que el sobreseimiento procederá hasta que prescriba la acción penal del delito o delitos de que se trate.

En el caso de que dentro del plazo legal no se resuelva la situación jurídica del inculpado y por ende no se comuniqué al Director del Reclusorio Preventivo en donde se encuentre detenido el mismo, el artículo de la Constitución en comento, refiere que el responsable de la custodia del indiciado, deberá llamar la atención al Juez al respecto al momento en que concluya el plazo ya sea de setenta y dos o ciento cuarenta y cuatro horas, y si dentro de las tres horas siguientes no recibe la comunicación respectiva deberá dejarlo en libertad, situación que considero que en su caso se podría dar por negligencia del juzgador lo cual originaría un delito contra la Administración de Justicia que tipifica la fracción XVII en relación a la fracción VII del artículo 225 del Código Penal ya que la primera refiere el hecho de que no se dicte el auto de formal prisión dentro del plazo legal ya citado y la fracción VII, que el servidor público incurra en omisiones que produzcan un daño o

concedan a alguien una ventaja indebidos; sancionándose el primer supuesto con pena de prisión de dos a ocho años y de doscientos a cuatrocientos días de multa; en tanto que el segundo su pena es de uno a seis años de prisión y de cien a trescientos días de multa; en tanto que para el Director del Centro Preventivo en que se encuentre privado de su libertad, el inculcado para el caso de que como lo establece el artículo 19 Constitucional de no recibir el comunicado correspondiente de que se le ha decretado su formal prisión al mismo por parte del juzgador que conozca de su proceso, dentro de las tres horas siguientes a la conclusión del plazo legal para el decretó de tal determinación, y de que a la conclusión de ese término de tres horas no dejen en libertad al detenido, incurrirían en el delito previsto en la fracción VII del artículo 215 del Código Penal consistente en que teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad no la haga cesar, si esto estuviere en sus atribuciones, constituyendo ello una de las formas del tipo penal de Abuso de Autoridad que prevé el mencionado numeral 215 de la ley penal; excluye de la anterior responsabilidad penal en que puede incurrir la autoridad jurisdiccional o el Director del Reclusorio Preventivo en que se encuentre privado de su libertad el inculcado, por no resolver su situación jurídica dentro del plazo legal, el hecho de que se presente un caso fortuito, como puede acontecer con un sismo, o una causa de fuerza mayor, como el que acontezca un motín en el interior del penal o en el mismo juzgado que haga imposible poder comunicar el auto de formal prisión.

El auto de formal prisión constituye la columna vertebral o la cabeza del proceso, toda vez que como se encuentra precisado en el párrafo segundo del artículo 19 Constitucional el proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

Es necesario señalar que el auto de libertad por falta de elementos para procesar es procedente como su nombre lo indica porque no se integraron debidamente los elementos del tipo penal que permitieran al órgano jurisdiccional establecer la probable responsabilidad del indiciado y/o no haya delito que perseguir.

En los dos primeros supuestos el Ministerio Público contará con el término de sesenta días computados a partir del día en que fue notificado para aportar nuevos elementos que robustezcan los ya señalados en el pliego inicial de consignación , y en el segundo supuesto es procedente interponer el recurso de apelación.

3.3. CONSIGNACION SIN DETENIDO Y NEGACION DE LA ORDEN DE APREHENSION

Como ya se citó en apartados anteriores la consignación una vez recibida por el órgano jurisdiccional sin detenido, éste deberá radicarla inmediatamente pero si transcurrido el término de tres días no la realiza, procede la queja correspondiente en contra del Juez.

Una vez radicada la causa, el Juez contará con un término de cinco días para negar o girar la respectiva orden; pero tratándose de delitos graves o delincuencia organizada deberá de hacerlo inmediatamente.

Si se niega la orden de referencia porque no exista a criterio del órgano jurisdiccional delito que perseguir procede la apelación correspondiente, pero, si la negativa es por carencia de los elementos del tipo o no acreditarse fehacientemente la probable responsabilidad, también, la Representación Social contará con un término de sesenta días hábiles para aportar nuevos elementos que integren los requisitos exigidos por el artículo 16 Constitucional y solicitará con base en los nuevos elementos de prueba recibidos que se obsequie la orden de aprehensión requerida.

3.4. EFECTOS DEL AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR

Como ya se apunto uno de los efectos que motiva el auto de libertad por falta de elementos para procesar estriba en que la Representación Social tiene la oportunidad durante un término de sesenta días hábiles para aportar nuevos indicios o evidencias para integrar los elementos que requiere el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y la probable responsabilidad del inculpado, para tal efecto en el momento en que se notifique el Ministerio Público de la resolución emitida por el órgano jurisdiccional solicitará copia certificada de lo actuado y la enviará al titular de la agencia de Averiguación Previa que haya conocido inicialmente de la denuncia o querrela indicándole las diligencias que deban de practicarse para satisfacer, reunir e integrar los elementos que fueron insuficientes para poder obtener el auto de sujeción a proceso o de formal prisión.

Asimismo, el Ministerio Público contará con el término de tres días para interponer el recurso de apelación si a criterio del órgano jurisdiccional el auto de libertad por falta de elementos para procesar consistió en que no hay delito que perseguir, y también solicitará las copias señaladas anteriormente siguiendo la misma secuela por las siguientes situaciones: si la resolución de la Sala Penal respectiva confirma el criterio del Juez que conoció inicialmente de la causa, y si la

Representación Social esta aún dentro de los sesenta días para aportar nuevos elementos dicho derecho no precluye por la resolución de la Sala Penal, pero, si se revoca la primera resolución, queda sin efecto la nueva aportación de elementos.

Por último si a juicio del órgano jurisdiccional no obstante los nuevos elementos que aporte el Ministerio Público no se constituyen los elementos del tipo penal o la probable responsabilidad del indiciado podrá sobreseer la causa, sobreseimiento que tendrá efecto de sentencia definitiva.

Esta modalidad, es decir, el sobreseimiento se ha establecido en beneficio del acusado ya que de no hacerse así y emitirse un auto de libertad por falta de elementos para procesar, estaría indefinidamente en una situación de incertidumbre y hasta que prescribiese el delito podría estar seguro de los efectos favorables de la resolución, sin embargo, con esta figura el Juez, de oficio y por economía procesal puede hacer valer de inmediato la figura del sobreseimiento transcurrido el término de los sesenta días.

En contra del sobreseimiento no procede ningún recurso por parte del Ministerio Público, se ha pretendido que conforme lo previenen los artículos 414, 417, 418 fracción I, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, pero, si bien es cierto que esta última fracción comprende la sentencia definitiva y conforme el artículo 667 el

sobreseimiento tiene el efecto de "sentencia absolutoria con valor de cosa juzgada"; con fundamento en dicho artículo "cuando esta resolución haya causado estado".

Ahora bien el penúltimo artículo citado en su contexto casuístico no comprende al sobreseimiento, y en ocasiones, fundándose en el último numeral citado anteriormente del Código de Procedimientos Penales se pretende considerar esta figura denominada sobreseimiento como una sentencia definitiva para ser procedente el recurso de apelación, lo cual carece a todas luces de lógica jurídica ya que, conforme el contexto del mismo ordenamiento dice: " que tiene efectos, es decir, tiene un resultado, más no que sea sentencia definitiva, por lo tanto hacer valedera la interpretación resultaría una interpretación analógica lo cual vulnera el contenido del artículo 14 Constitucional en su párrafo tercero mismo que a la letra dice: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", por lo tanto contra la resolución que emita el sobreseimiento no procede recurso alguno y en conclusión, particularmente en el auto de libertad por falta de elementos para procesar que se haya sobreseido mismo que tendrá los efectos de una sentencia definitiva cuando haya causado estado.

3.5. EL ARTICULO 36 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y EL SOBRESEIMIENTO

Es procedente el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en los casos siguientes: "cuando se haya negado la orden de aprehensión o comparecencia, o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar", si no se aportan por el ofendido o por el Ministerio Público pruebas dentro de los sesenta días hábiles a partir del siguiente en que se les haya notificado cualquiera de estas resoluciones, o si su desahogo no es suficiente para librar las ordenes referidas, se sobreseera la causa.

Este precepto fue introducido al código adjetivo como consecuencia de la reforma realizada el 10 de enero de 1994, y para subsanar las deficiencias del anterior artículo 4 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual decía: "Cuando del acta de policía judicial no aparezca la detención de persona alguna, el Ministerio Público practicará o pedirá a la autoridad judicial que se practiquen todas aquellas diligencias necesarias, hasta dejar comprobados los requisitos que señala el artículo 16 Constitucional para la detención pero si dichos requisitos aparecieran ya comprobados en el

acta de policía judicial, el Ministerio Público la turnara al Juez solicitando dicha detención".³⁰

Este precepto fue arduamente criticado argumentándose entre otras razones que se vulneraba el contenido del artículo 21 Constitucional, toda vez que, se le otorgaba al Juez atribuciones de Agente del Ministerio Público Investigador, es decir, subsanar las deficiencias de averiguación previa y buscar los elementos e indicios para poder obsequiar la orden de aprehensión lo que era contrario al criterio del constituyente de 1917, que como ya se apuntó en los inicios de este estudio el propio Venustiano Carranza al leer su discurso de presentación de proyecto de Constitución ante la asamblea de Querétaro el 1 de diciembre de 1916, en donde expone sus argumentos para deslindar las atribuciones inherentes al Ministerio Público como persecutor de los delitos y al órgano jurisdiccional como el encargado de emitir las penas y las sentencias.

Sin embargo Franco Sodi, aclara que el artículo de referencia no resulta en todo anticonstitucional porque también con base en ello el Ministerio Público podía recurrir ante el órgano jurisdiccional para solicitar las ordenes y las prácticas de cateo, que estaba impedido realizar en forma directa el Ministerio Público y que para limitarle el cúmulo de facultades que se le había otorgado a la Representación Social y de las cuales podía abusar en atropello de los derechos de los

³⁰ CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Ed. Andrade, S.A DE C.V. 1990. Pág. 105.

particulares, el propio artículo 16 Constitucional faculta la expedición de la orden de cateo al órgano jurisdiccional, debiendo éste practicarla o en su defecto delegar su realización al Ministerio Público quien deberá levantar acta circunstanciada de su actuar y enviárselo directamente al órgano jurisdiccional; así también para poderle solicitar las ordenes de aprehensión correspondientes.³¹

Sin embargo en la práctica en forma constante los Jueces resolvían las consignaciones sin detenido dejándolos en términos del artículo 4 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, argumentando que ellos no podían realizar funciones inherentes y exclusivas a la Representación Social, dejando imposibilitada a la Representación Social para actuar y aportar nuevos elementos y prescribiendo las causas penales tomando en consideración el término medio aritmético del delito imputado, lo que favorecía no sólo la impunidad si no que también se dejaba sin ningún derecho a los ofendidos o víctimas del ilícito.

Con la reforma realizada se pretendió subsanar la deficiencia que en la práctica venía originando el artículo 4 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, desde el año de 1931, y así se le daba la oportunidad a la Representación Social como titular del ejercicio de la acción penal a subsanar las deficiencias de la averiguación previa y así pudiera aportar nuevos elementos durante un

³¹ FRANCO SODI. Carlos. NOCIONES DE DERECHO PENAL. Parte General. 2ª ed. Ed. Botas, 1950. Pág. 60.

término de sesenta días hábiles para lograr el obsequio de la orden de aprehensión o comparecencia. Pero si a juicio del órgano jurisdiccional esta no se obsequiaba por no haber delito que perseguir, también el Ministerio Público goza del beneficio de interponer el recurso de apelación para que el superior jerárquico confirme, revoque o modifique la primera resolución emitida.

Desde luego en la práctica surge el primer problema sobre la interpretación del computo de los sesenta días, si debería de entenderse como días naturales o días hábiles , ya que el precepto de referencia no especifica la calidad del término sin embargo el propio Código de Procedimientos Penales señala que todos los días serán hábiles para tomar la declaración preparatoria, emitir los autos de plazo constitucional y las puestas a disposición de los indiciados ante el órgano jurisdiccional, por lo que interpretando a contrario sensu resulta que los sesenta días en consecuencia deben de ser computados como hábiles.

La otra duda que emergió sobre la interpretación del artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es en el sentido de si el término debería de compulsarse desde el momento de la notificación o si después de la notificación de la resolución emitida por la sala, sin embargo se optó por que el término debe de contarse a partir del instante en que la representación social se notificó de la resolución emitida por el Juez de instancia y no obstante haber interpuesto el recurso de apelación, el término no se interrumpe si no que fatalmente

se iba computando en contra de la Representación Social, por lo tanto no obstante haberse interpuesto el recurso de Apelación y a pesar de que este no se haya resuelto, el Ministerio Público podrá seguir aportando pruebas dentro del término de los sesenta días. Ahora bien si en ese lapso de tiempo la resolución de sala confirma la resolución emitida por el inferior, el Ministerio Público todavía podrá seguir aportando mayores elementos de prueba hasta en tanto no se sobresea la causa de referencia.

Por lo que atañe a los efectos del sobreseimiento en el punto anterior ya fue desahogado considerando innecesario su repetición en este apartado.

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

CAPITULO IV
LA RESPONSABILIDAD

4.1. CRITICA AL PROCEDIMIENTO SEGUIDO EN LOS CASOS DEL ARTICULO 36 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL

No podemos soslayar las deficiencias técnicas existentes en la integración de las averiguaciones previas, la cual, es resultante del sistema burocrático y falta de profesionalización en que se ha sumergido la institución del Ministerio Público, que más bien debemos decir los representantes de dicha institución, toda vez que, como anteriormente quedo señalado en la primera parte del procedimiento penal denominado Averiguación Previa, independientemente de que el Ministerio Público actúa como autoridad su función específica es la de investigar la existencia o inexistencia del acto comisivo para lo cual debe de indagar todos aquellos indicios o elementos que integren debidamente los elementos del tipo penal, desventuradamente en ocasiones por una deficiencia profesional y en otras por falta de vocación en su cometido el representante del Ministerio Público, es decir, la persona se constriñe a estar en su escritorio esperando que le llegue la información cuando él debe de buscarla, como consecuencia la investigación o Averiguación Previa resulta deficiente y difícilmente pueden subsanarse durante la secuela procedimental los errores o lagunas que se encuentren en la indagatoria, recordemos como ya apuntamos que el anterior artículo 4 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal decía que

“el Juez podía subsanarlas en términos generales” lo que motivó la reforma correspondiente porque el órgano jurisdiccional conforme lo establece el artículo 21 Constitucional no le compete facultades de órgano investigador.

Cuando no se integran debidamente los elementos exigidos por el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ocurre que se niega la orden de aprehensión por no existir elementos o porque no hay delito que perseguir, en la primera hipótesis el Ministerio Público aparte de interponer el recurso de apelación solicita copias certificadas de lo actuado para enviarlas nuevamente al órgano investigador a efecto de que subsane la deficiencia adjuntándole un pliego en donde solicita las diligencias que debe de practicar para aportar nuevos elementos de prueba al órgano jurisdiccional y así se pueda acreditar fehacientemente la figura típica en el periodo de sesenta días.

Ahora bien qué ocurre si el superior confirma la resolución del inferior, es decir, que efectivamente no existe el delito por el que se ejerció la acción penal; independientemente del descrédito que sufre la institución del Ministerio Público también se están ocasionando pérdidas de horas hombre que redundan en perjuicio del erario nacional al poner en actividad a diversas instancias para resolver un hecho que un conocedor del derecho podía haber resuelto simplemente en la barandilla; por ejemplo: “A se querrela por el delito de despojo en contra

de B; B comparece ante el órgano investigador y manifiesta que tiene posesión derivada del inmueble en virtud de un contrato verbal que su finado padre celebró con el finado padre de A, y, a mayor abundamiento especifica que ha hecho los depósitos correspondientes hasta el año 2000. Sin embargo, a pesar de estos antecedentes el Ministerio Público consigna sin detenido solicitando el obsequio de la orden de aprehensión por el delito de despojo"; como fácilmente se desprende en ningún momento se acreditó la furtividad o la violencia para perder y obtener la posesión.

Este caso en la práctica motiva que el Ministerio Público adscrito a pesar de sustentar el criterio personal de que es un asunto eminentemente del ramo Civil se ve obligado a apelar, solicitar copia de lo actuado y pedirle al Ministerio Público investigador que constate la existencia de los billetes de depósito en el juzgado correspondiente.

Si no hace lo antes señalado el Ministerio Público adscrito al juzgado, provoca que la Contraloría Interna interprete que no está cumpliendo con su función de apelar, y le finque responsabilidad; cuando en realidad no se está cumplimentando con el mandato específico mencionando en el artículo 17 Constitucional que señala la expedites de la justicia y, en éste caso particular en comentario, si el investigador hubiera tomado la iniciativa de corroborar el dicho del indiciado y confirmar la existencia de que detentaba la posesión derivada del bien inmueble resolvería el no ejercicio de la acción penal evitando con ello

todo un mecanismo judicial, así como los gastos de costos del material de fotocopiado para obtener copias del expediente que nunca prosperará.

En igual sentido ocurre cuando el Juez niega una orden de aprehensión por no existir elementos suficientes para su expedición; se envían las copias para subsanar las deficiencias, se devuelven sin diligenciar y nuevamente niega el pedimento el Juez correspondiente dándose nacimiento a un círculo vicioso que concluye al transcurrir el término que el Juez requiere para sobreseer la causa.

En la práctica también ha generado disparidad de criterio por parte del órgano jurisdiccional, existen Jueces que no permiten la obtención de las copias argumentando que la propia Procuraduría debe de tener copia de la indagatoria, pero, con los avances tecnológicos resulta que se encuentran archivadas en una central de cómputo y como el personal no está capacitado plenamente para el manejo de las computadoras no aparecen las mismas ocasionándole perjuicio a los denunciados o querellantes.

Otros optan porque concluido el término de sesenta días de oficio sobreseer la causa y contra ésta resolución no procede la interposición de recurso alguno por parte del Ministerio Público, lo cual redundaría en perjuicio del particular.

4.2. CONCEPTO DE DAÑO

Los civilistas estiman el daño como el menos cabo que el sujeto pueda tener en su patrimonio, estimando esto último, es decir, el patrimonio como el acervo integrado por los bienes y derechos que puede tener un individuo y el patrimonio real como el resultado que arroja después de descontar el pasivo del activo de la masa patrimonial.

Ahora bien, si tanto los bienes como los derechos integran un patrimonio puede ocurrir que por ejemplo, en el delito de Fraude un sujeto obtenga un lucro a través de la expedición de un cheque sin fondo estando consiente de que el documento de crédito no puede ser cubierto por insuficiencia de su crédito, el que recibió el documento a sufrido un daño en su patrimonio, es decir, se le disminuyó su acervo patrimonial, decimos esto por que hay que distinguir los perjuicios lo mismo que se hace consistir en aquel producto que debe de ingresar a robustecer el patrimonio de un sujeto y que no se efectúa porque no fue satisfecha oportunamente por el deudor de la obligación el débito correspondiente.

4.3. RESPONSABILIDAD PENAL

La indebida integración de la Averiguación Previa y la falta de subsanar las deficiencias correspondientes en el término de los sesenta días y que trae aparejada el sobreseimiento de la causa mismo que conforme al artículo 667 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, tiene efectos de una sentencia absolutoria con valor de cosa juzgada; en consecuencia en contra de él no procede el recurso de apelación porque si bien es cierto que conforme al artículo 418 del mismo ordenamiento son apelables las sentencias definitivas, y, éstas causan estado o es cosa juzgada después de transcurrido el término de quince días a partir de su notificación y conforme al artículo 417 de dicho ordenamiento el Ministerio Público puede apelarlas, también es verdad que en las diversas hipótesis que contempla el artículo 418 de referencia, no se encuentra encuadrada la figura del sobreseimiento por ende, éstas resoluciones no son apelables por el Ministerio Público, por que de admitirse se está vulnerando la garantía individual prevista en el artículo 14 Constitucional, ya que si bien es cierto que el artículo 667 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, dice que el sobreseimiento tiene efectos de una sentencia absolutoria también es verdad que no especifica que lo sea, es decir, que sea sentencia; por ende, de admitirse la apelación, considerándola como tal, se estaría efectuando una interpretación analógica misma que está prohibida en materia penal por el mandato constitucional ya citado.

Desde luego en la práctica puede ocurrir que por una mala integración del delito en la averiguación previa motive el sobreseimiento de la causa y que el ofendido haya sufrido en consecuencia un daño en su patrimonio, por ejemplo: no se puede sentenciar a la reparación del daño correspondiente, previsto en los artículos 29 al 37 del Código Penal.

Es menester señalar que con frecuencia en la práctica suele suceder que el Ministerio Público Investigador ejercita acción penal sin detenido en contra de equis persona por el delito de robo calificado, pero una vez radicada en el juzgado se niega la orden de aprehensión en contra del indiciado, ya que el delito que se desprende de la averiguación previa es otro (el de Abuso de Confianza), recayendo dicha resolución en artículo 36, solicitando la Representación Social copias certificadas al órgano jurisdiccional, mismas copias que le son enviadas al Ministerio Público Investigador para que por su conducto se elabore un nuevo pliego de consignación pero por el delito de Abuso de Confianza que es el que verdaderamente se encuentra acreditado en la averiguación previa; pero es el caso que en el mismo día en que fenecen los sesenta días hábiles que nos marca el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales, le llega a la Representación Social adscrita al Juzgado la averiguación previa en comento sin que el Ministerio Público Consignador haya elaborado el pliego de consignación por el delito de Abuso de Confianza, y sí por el contrario dicho consignador ratifica su pliego de consignación original. Aún y así en este supuesto la

Representación Social adscrita al juzgado penal que corresponda realiza su promoción presentando lo efectuado por el Ministerio Público Investigador, y por lo señalado, el órgano jurisdiccional nuevamente niega la orden de aprehensión solicitada, y sobresee la causa.

Del ejemplo citado es fácil de deducirse que el ofendido por dicho ilícito vio quebrantado su patrimonio, todo a causa de una omisión grave, en este supuesto, tanto del Ministerio Público Investigador como del consignador, ya que el Ministerio Público Investigador es quien firma las actuaciones, en este caso la ratificación que del pliego original hizo el consignador; mismos a los que aún y cuando la Representación social adscrita a juzgado penal les solicitó que se elaborara un nuevo pliego de consignación, los mismos no lo elaboraron y sí por el contrario el Consignador ratificó su pliego de consignación original, sin acatar lo solicitado por la Representación Social de juzgado y aún más sin tomar en cuenta el razonamiento elaborado por el órgano jurisdiccional referente al por qué de la negativa de la orden de aprehensión. Es necesario señalar que el Ministerio Público Consignador contaba con el término de sesenta días hábiles para elaborar el pliego de consignación por el delito que se le solicitaba, lapso de tiempo que en este caso resulta verdaderamente amplio, ya que simplemente se trataba de que se elaborara un nuevo pliego de consignación por el delito que se les solicitó, y mismo que como ya se ha señalado no se elaboró, situación esta última que por sí sola resulta aberrante y aún más por el hecho de que el Ministerio Público Investigador le envía al Ministerio Público

adscrito a juzgado el artículo 36 el mismo día en que fenecen los sesenta días lo cual desde mi punto de vista resulta absurdo.

Ante estas hipótesis el ofendido quedó en completo estado de indefensión porque conforme al artículo 21 Constitucional, el único facultado para ejercitar la acción penal es el Ministerio Público, y por una mala actuación de éste se perdió la causa quedando absuelto el activo con un beneficio de sentencia definitiva, por ende, el Ministerio Público, desde la óptica del Derecho Penal con su actuar incurre en la hipótesis prevista por el artículo 225 fracción VII del Código Penal. que dice: " Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos...incurrir en omisiones que produzcan un daño o concedan a alguien una ventaja indebida".

En consecuencia procede que el particular denuncie el ilícito de referencia en contra del Agente del Ministerio Público, y con fundamento en el artículo 7 de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, en cuanto a las hipótesis previstas en sus fracciones VI y VII, cuando dice: " redundan en perjuicio de los intereses públicos y fundamentales y de su buen despacho: "cualquier infracción...cuando cause perjuicios graves...a la sociedad; por omisiones de carácter grave..."

De lo antes señalado se infiere que cuando un ofendido por cualquier delito vea afectado su patrimonio o integridad física por

omisiones de parte del Ministerio Público al integrar la averiguación previa y ejercitar acción penal sin que este debidamente integrada la averiguación previa, este tiene el derecho de denunciar el delito ante el Agente del ministerio Público Investigador haciéndole de su conocimiento la omisión en que haya incurrido el Ministerio investigador responsable de tal omisión, esto para el efecto de que este inicie la averiguación en contra de dicho servidor público, para que el Ministerio Público Investigador que tenga conocimiento de tal denuncia, proceda a realizar las investigaciones pertinentes él o por conducto de sus auxiliares, con el fin de integrar el delito ya señalado y de ser procedente se ejercite la acción penal correspondiente en contra del servidor público responsable; lo anterior no es óbice para que el particular que haya sido afectado por la conducta omisiva de dicho servidor público se presente ante el personal de la Contraloría interna de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y presente su queja correspondiente para que esta a su vez inicie el procedimiento administrativo correspondiente, y en su caso de ser procedente se le sancione al servidor público administrativamente, misma que puede ser desde un apercibimiento hasta una destitución; esto independientemente de la responsabilidad penal en que haya incurrido el Servidor Público responsable, toda vez que si del procedimiento administrativo se desprende la posible comisión de algún ilícito, la contraloría interna turnara lo actuado a la Dirección General de Averiguaciones Previas para el efecto de que se inicie la averiguación previa correspondiente.

Una vez habiéndose señalado lo anterior es necesario hacer énfasis en que el Ministerio público tiene carácter de servidor público ya que el artículo 108 Constitucional señala, que servidor público "es toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública".

Asimismo es de gran importancia señalar, son auxiliares de la administración aquellas personas que con permanencia, transitoriedad u ocasionalidad en el cargo cumplen funciones de carácter oficial conexas a la actividad jurisdiccional. Ejemplo: agentes del Ministerio Público, defensores de oficio etc.

4.4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Ahora bien, conforme lo previene el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, " el que obrando ilícitamente...cause daño a otro, esta obligado a repararlo, a menos de que demuestre de que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

En el Anexo de la presente tesis se encuentra transcrito el contenido del acuerdo número A/057/89, emitido por el entonces Procurador General de Justicia del Distrito Federal, IGNACIO MORALES LECHUGA, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día 17 de noviembre de 1989, mediante el cual al ofendido en la averiguación previa se le da la oportunidad, mediante la notificación por estrados, ante la eminente resolución de no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, para que conozca en que consisten las deficiencias de su denuncia o querrela y pueda aportar oportunamente los elementos que la subsanen, esto tiene la finalidad que ante la hipótesis de la exigibilidad de algún daño sufrido, el Ministerio Público pueda argumentar en su defensa que el propio ofendido no aportó las evidencias o indicios necesarios para acreditar y robustecer la noticia criminis y así hacer valer la segunda parte del párrafo correspondiente al artículo 1910 del Código Civil en comento, y conforme al primer párrafo del artículo 1915 del mismo ordenamiento, " la reparación del daño debe

consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando sea posible, o en el pago de daños y perjuicios”.

Asimismo el artículo 1927 del citado ordenamiento dice: “ El estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tengan no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados”. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 32 en su fracción VI del Código Penal, al señalar: “Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29,...el Estado, solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquellos fueron culposos”.

Interpretando a contrario sensu el artículo 1927 del Código Civil, debemos de entender que el Estado tiene responsabilidad subsidiaria en los delitos culposos en la que incurran los servidores públicos, como expresamente lo señala el artículo 32 fracción VI del Código Penal.

Conforme lo previene el artículo 9 del Código Penal encontramos que existen dos tipos de dolo: el dolo directo, cuando expresamente dice “obra, dolosamente, el que conociendo los elementos

del tipo penal..." y el dolo eventual consistente en que "previendo como posible el resultado típico quiera o acepte su realización".

El mismo precepto en su párrafo segundo define los delitos culposos y también contempla la culpa sin representación y la culpa con representación. Entendiéndose la primera conforme lo define el precepto citado, "obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible", y por lo que respecta a la segunda la considera en el siguiente sentido "obra culposamente el que previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales".

Tanto el Código Civil como el Código Penal en cuanto a la responsabilidad ninguno hace una distinción en cuanto a la culpa con representación como la culpa sin representación, con ello no podemos decir ni abarcar genéricamente que la conducta culposa del agente del Ministerio Público necesariamente deba de encuadrarse en la culpa sin representación toda vez que a parte de ser un técnico en derecho es de suponerse, y si se quiere es una presunción juris tantum que es perito en la materia, por lo tanto su actuar culposo pensamos que más bien debe de encuadrarse tomando en cuenta sus antecedentes en una culpa con representación.

El artículo 1984 del Código Civil señala "cuando hay pluralidad de deudores o de acreedores, tratándose de una misma

obligación, existe mancomunidad” y el 1987 del mismo ordenamiento apunta “ además de la mancomunidad, habrá solidaridad activa cuando dos o más acreedores tienen derecho de exigir, cada uno de por sí el cumplimiento total de la obligación y solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí en su totalidad, la prestación debida , en consecuencia conforme lo previene el artículo 1910 y 1927 de dicho código en relación con el 32 fracción VI del Código Penal, cuando el Ministerio Público actúa dolosamente el ofendido puede demandar por vía civil la reparación del daño directamente a la Procuraduría que corresponda toda vez que, como vimos anteriormente conforme lo previene el artículo 122 párrafo sexto, inciso C, Base quinta inciso D Constitucional, de donde se deduce que el Ministerio Público depende del Poder Ejecutivo y, por ende, forma parte del Estado y en consecuencia éste a través de la Procuraduría tendrá que responder de la responsabilidad dolosa de sus servidores públicos y como lo señalan los preceptos ya referidos se le puede reclamar en forma directa a ésta institución quien a su vez podrá repetir en contra del funcionario responsable a través de las sanciones administrativas que pueden ser: amonestación, suspensión o el ejercicio de la acción penal en su contra, más el pago de la reparación del daño.

Independientemente, que el servidor público del actuar omiso o doloso sea enjuiciado penalmente y, se le suspenda por un tiempo determinado para ejercer la actividad pública. Desde luego, conforme a la distribución orgánica de la propia Procuraduría habrá que preguntar

directamente quién detenta la responsabilidad por la deficiencia en la integración de la averiguación previa y contra quién va a proceder la acusación, consideramos que debe de ser contra el Subdirector de Consignaciones correspondiente, toda vez que, este servidor público es quien revisa, o al menos así debe de ser, si la averiguación va debidamente integrada para ejercitar la acción penal correspondiente y, si él se percatara de deficiencias que no hagan posible la debida integración de los elementos exigidos por el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, deberá desechar la ponencia correspondiente hasta que se subsane debida e integralmente las fallas que existan.

Desde luego, se argumenta que en la práctica por la carga de trabajo a que está sometida la Representación Social es muy común que el factor fatiga ocasione que el funcionario no se percate de las mismas, es decir, las deficiencias; lo cual, consideramos absurdo porque por su calidad de Subdirector de consignaciones cuenta no sólo con las comodidades sino con el personal de apoyo correspondiente para subsanar todos los imponderables.

Lo que ocurre en realidad en la práctica, es que los funcionarios de la Procuraduría tienen un criterio equivocado en el sentido de que se debe de consignar el mayor número de consignaciones para demostrar que se está procurando justicia y a demás que se está abatiendo a la delincuencia cuando la realidad es que

se está vulnerando el artículo 17 Constitucional porque lejos de hacer expedita la justicia se entorpece la administración de la misma y se abrumba de carga de trabajo al órgano jurisdiccional con ejercicios de acción penal por delitos que van a resultar improcedentes o que en última instancia serán sobreesidos ocasionándole así también perjuicio en forma directa, tanto en factor tiempo como en el numerario a la víctimas de los hechos delictivos.

La Procuraduría como órgano procurador de justicia y el Ministerio Público como titular del ejercicio de la acción penal debe de circunscribir su actuar específicamente en la investigación e integración y consignación de hechos que verdaderamente sean delitos y tener el criterio suficiente para que la propia barandilla de delegación le manifieste al particular si es procedente o no la noticia criminis que está poniendo en conocimiento de la Representación Social.

Cuando la Dirección General de Asuntos Jurídicos considere que en la averiguación previa en la que se hubiere propuesto el No Ejercicio de la Acción Penal, existen elementos suficientes para ejercerla, formulará esa propuesta a los CC. Subprocuradores quienes determinarán lo conducente.

DECIMO. Siempre que para el mejor cumplimiento de este Acuerdo sea necesario el expedir normas o reglas que precisen o detallen su aplicación, los Subprocuradores de Averiguaciones Previas y de Control de Procesos someterán al Procurador lo conducente.

DECIMO PRIMERO. Los Servidores Públicos de la Institución deberán proveer en la esfera de su competencia lo necesario para su estricta observancia y debida difusión.

TRANSITORIOS.

PRIMERO. El presente Acuerdo revoca y deja sin efectos el Acuerdo 02/84, de fecha veintidós de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro y cualquiera otra disposición contraria a lo aquí dispuesto.

SEGUNDO. El presente Acuerdo entrará en vigor el día de su publicación en el diario Oficial de la Federación.

SUFRAGIO EFECTIVO. NO REELECCION³²

En esta hipótesis la Representación Social formulará un proyecto de no ejercicio de la acción penal en el cual fundamentará y motivará el por qué no procede hacer la consignación sin detenido y solicitar el obsequio de la orden de aprehensión, caso muy común ocurre en aquellos ilícitos iniciados contra quien resulte responsable y que el denunciante o querellante no aporta ningún elemento que pueda ser factible la identificación del sujeto activo, ante ésta imposibilidad y por economía procesal es lógico que el representante social proponga el no ejercicio de la acción penal por ignorarse contra quien pueda ser intentada.

La propuesta de referencia deberá ser colocada por el término de 15 días en donde tenga fácil acceso y visibilidad al público para que en un momento dado pueda enterarse el denunciante, querellante u ofendido del estado procesal y de la probable resolución que pueda recaer en su asunto a efecto de que pueda aportar elementos de prueba en aquellos aspectos en que haya insuficiencia para acreditar los elementos del tipo o la probable responsabilidad. De aportarse dentro del término de referencia, el proyecto de ponencia quedará sin efecto y se continuará con la secuela de integración de la averiguación previa, pero si ha pesar

³² MORALES LECHUGA, Ignacio. COMPENDIO LEGISLATIVO 1988-1989. Procuraduría de Justicia del Distrito Federal. págs. 545-553.

de los elementos aportados no existe una sustentación firme para pedir el ejercicio de la acción penal, nuevamente se formulará otro proyecto de ponencia de no ejercicio de la acción penal por el mismo término y se fijará en el mismo lugar y concluido el plazo sin aportarse nuevos elementos que robustezcan los anteriores, la ponencia y el expediente de referencia serán remitidos a los auxiliares del C. Procurador General de Justicia, quienes mediante previo estudio y por un plazo de 15 días podrán confirmar o revocar la ponencia de referencia e ilustrando al Agente del Ministerio Público Investigador si existen elementos suficientes en la causa para que ejercite la acción penal o incluso qué otras probanzas o diligencias deberá practicar de oficio para integrar la averiguación previa respectiva.

Este acuerdo se elaboró y se publicó en el diario oficial de la federación para darle publicidad y así, tanto los denunciantes, querellantes u ofendidos no quedaran en estado de indefensión y evitar que el Ministerio Público en forma anárquica, caprichosa o por intereses bastardos a la institución no ejercitara la acción penal y se frustrara el interés de los particulares.

Asimismo es importante destacar que la propia Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en su artículo 2 señala "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.- Velar por la legalidad y por el respeto de los derechos humanos en la esfera de su competencia, así como promover la pronta, completa y debida impartición de justicia".³³

De lo señalado es de resaltarse que el Ministerio Público debe velar por la legalidad, así como promover la pronta, completa y debida impartición de justicia, situaciones que mucha veces no suelen ser así, ya que muchas veces el Ministerio Público con su actuar parece que desconoce dicho precepto.

³³ LEY ORGANICA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL. 53a Edición, México, Editorial Porrúa, 1998. Pág. 2.

A N E X O

“ Acuerdo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal por el que se dan instrucciones a los Agentes del Ministerio Público en relación a los casos en que se resuelva el no ejercicio de la acción penal, en las averiguaciones previas a su cargo.

Con fundamento en los artículos 3 apartado A, fracción VI y 17 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; 4, 5 fracción XXIII, 7 fracción X y 150 fracción II inciso A, del Reglamento de la mencionada Ley.

CONSIDERANDO

Que la titularidad del ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público, facultad Constitucional que como institución de buena fe lo obliga a determinar fundada y motivadamente la procedencia de aquella, observándose el cumplimiento irrestricto de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, garantizando de esa manera que no se vea vulnerada injustificadamente la esfera de los gobernados involucrados en hechos presumiblemente delictivos;

Que cuando el Agente del Ministerio Público dentro de esas facultades determine en una averiguación previa el no ejercicio de la Acción Penal, debe entenderse que su archivo es de carácter definitivo, no admitiendo recurso o juicio legal alguno en su contra, en virtud de que

en los términos del artículo 21 Constitucional, esa atribución única y exclusivamente corresponde a esta procuraduría;

Que en razón de esa definitividad y con el propósito de optar por una mejor procuración de justicia, se considera pertinente que las personas involucradas en los hechos que se investigan conozcan el resultado de su denuncia o querrela y estén en posibilidades de efectuar las observaciones que estimen necesarias, mismas que valorizadas por el Agente del Ministerio Público, éste se encuentre en aptitud de poder obtener un mayor esclarecimiento de los hechos y la determinación que emita sea más acorde a la equidad; por lo que he tenido a bien dictar el siguiente:

ACUERDO

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

a).- Cuando los hechos investigados no sean constitutivos de delito, de conformidad a la descripción típica contenida en la Ley penal;

b).- Se acredite fehacientemente que el inculpado no tuvo participación en los hechos que se investigan, en lo que respecta a su esfera jurídica;

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

d).- Que siendo delictivos los hechos investigados, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable;

e).- Cuando la responsabilidad penal se halle extinguida en los términos de la legislación penal;

f).- Cuando de las diligencias practicadas en la averiguación previa de que se trate, se desprenda de manera indubitable que el inculcado actuó en circunstancias que excluyan su responsabilidad penal en orden a la comisión del hecho delictuoso;

g).- Cuando la conducta o hecho atribuible al inculcado haya sido materia de una sentencia judicial emitida con anterioridad; y,

h).- Cuando una Ley quite al hecho investigado el carácter de delito que otra anterior le otorgaba.

SEGUNDO. Una vez practicadas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos y declarada integrada la averiguación previa de que se trate, si no se reúnen los requisitos necesarios para el Ejercicio de la Acción Penal, el Agente del Ministerio

Público formulará un pedimento, si procediese, del No Ejercicio de la misma por cualesquiera de las causas señaladas en el artículo Primero de este Acuerdo.

TERCERO. Formulado el pedimento, fundado y motivado, de No Ejercicio de la Acción Penal, el Agente del Ministerio Público procederá a hacerlo del conocimiento del denunciante o querellante, para que se entere de su contenido y formule las observaciones que considere pertinentes, en un plazo no mayor de quince días naturales, contados a partir de la notificación que se realice para tales efectos.

En el supuesto de que el denunciante o querellante manifestare expresamente su conformidad sobre la determinación de No Ejercicio de la Acción Penal, se asentará razón de ello y de la denuncia, al término a que se hace referencia en el párrafo anterior, procediendo el Agente del Ministerio Público a remitir la averiguación previa a la Dirección General de Asuntos Jurídicos para la producción del Dictamen que en derecho proceda.

CUARTO.- La notificación al denunciante o querellante a que se alude en el artículo anterior, se hará por cédula, misma que será fijada en una tabla de avisos que para tal efecto se sitúe en lugar visible y de fácil acceso al público, en el local que ocupa la Agencia del Ministerio Público correspondiente, asentando debida razón en autos.

QUINTO.- Si dentro del término de quince días naturales a que hace referencia el artículo tercero de este Acuerdo, fueren recibidas por escrito las observaciones relacionadas o formuladas por el denunciante o querellante, previa razón de ello, el Agente del Ministerio Público procederá a su estudio y en su caso, reiterará su propuesta de No ejercicio de la Acción Penal y remitirá las actuaciones a la Dirección General de Asuntos Jurídicos para los efectos que señala el artículo 15 fracción II, inciso A del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Si de las observaciones efectuadas, resultare conveniente la práctica de otras diligencias, el Agente del Ministerio Público ordenará lo conducente.

En el supuesto de que el Ministerio público ordenara la práctica de nuevas diligencias, y agotadas éstas, estime procedente el No Ejercicio de la Acción Penal, deberá notificar nuevamente su propuesta al denunciante o querellante, observando para tales efectos las formalidades citadas.

SEXTO. Transcurrido el término establecido sin recibir promoción alguna del denunciante o querellante, el Agente del Ministerio Público asentará razón de ello y procederá a remitir la indagatoria a la Dirección General de Asuntos Jurídicos para los efectos a que se hace alusión en el artículo Quinto párrafo primero de este acuerdo.

SEPTIMO. Toda promoción que contenga las observaciones del denunciante o querellante que sea dirigida a servidor público diverso al que esté tramitando la averiguación previa correspondiente o fuera del término aludido, será desechada sin mayor trámite.

OCTAVO. En los casos en que el querellante otorgue perdón al indiciado o quien resulte probable responsable de los hechos investigados, y éste proceda en los términos de ley, el Agente del ministerio Público se abstendrá de efectuar la notificación a que alude el artículo Tercero de este Acuerdo, procediendo a remitir la indagatoria a la dirección general de Asuntos Jurídicos, para los efectos legales conducentes.

NOVENO. Cuando la Dirección General de Asuntos Jurídicos reciba la averiguación previa con ponencia de No Ejercicio de la Acción Penal, revisará que se hayan cumplido con las formalidades señaladas en los artículos que anteceden y de haber sido satisfechas producirá un dictamen que será sometido a la consideración de los CC. Subprocuradores, en términos de la distribución ordenada por el Procurador, quienes determinarán en definitiva el No Ejercicio de la Acción Penal y archivo de la indagatoria de que se trate. En el caso de que no hubieren sido cubiertos los requisitos de este Acuerdo o se considere necesaria la práctica de otras diligencias para mayor esclarecimiento de los hechos, esa Dirección General devolverá la averiguación previa al Titular de la mesa que remite, haciendo las observaciones que estime pertinentes para su debida integración.

Cuando la Dirección General de Asuntos Jurídicos considere que en la averiguación previa en la que se hubiere propuesto el No Ejercicio de la Acción Penal, existen elementos suficientes para ejercitarla, formulará esa propuesta a los CC. Subprocuradores quienes determinarán lo conducente.

DECIMO. Siempre que para el mejor cumplimiento de este Acuerdo sea necesario el expedir normas o reglas que precisen o detallen su aplicación, los Subprocuradores de Averiguaciones Previas y de Control de Procesos someterán al Procurador lo conducente.

DECIMO PRIMERO. Los Servidores Públicos de la Institución deberán proveer en la esfera de su competencia lo necesario para su estricta observancia y debida difusión.

TRANSITORIOS.

PRIMERO. El presente Acuerdo revoca y deja sin efectos el Acuerdo 02/84, de fecha veintidós de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro y cualquiera otra disposición contraria a lo aquí dispuesto.

SEGUNDO. El presente Acuerdo entrará en vigor el día de su publicación en el diario Oficial de la Federación.

SUFRAGIO EFECTIVO. NO REELECCION³²

En esta hipótesis la Representación Social formulará un proyecto de no ejercicio de la acción penal en el cual fundamentará y motivará el por qué no procede hacer la consignación sin detenido y solicitar el obsequio de la orden de aprehensión, caso muy común ocurre en aquellos ilícitos iniciados contra quien resulte responsable y que el denunciante o querellante no aporta ningún elemento que pueda ser factible la identificación del sujeto activo, ante ésta imposibilidad y por economía procesal es lógico que el representante social proponga el no ejercicio de la acción penal por ignorarse contra quien pueda ser intentada.

La propuesta de referencia deberá ser colocada por el término de 15 días en donde tenga fácil acceso y visibilidad al público para que en un momento dado pueda enterarse el denunciante, querellante u ofendido del estado procesal y de la probable resolución que pueda recaer en su asunto a efecto de que pueda aportar elementos de prueba en aquellos aspectos en que haya insuficiencia para acreditar los elementos del tipo o la probable responsabilidad. De aportarse dentro del término de referencia, el proyecto de ponencia quedará sin efecto y se continuará con la secuela de integración de la averiguación previa, pero si ha pesar

³² MORALES LECHUGA, Ignacio. COMPENDIO LEGISLATIVO 1988-1989. Procuraduría de Justicia del Distrito Federal. págs. 545-553.