

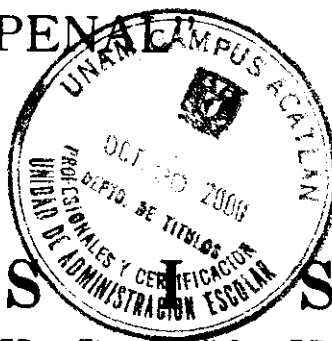
72



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"

"LA FUNCION DEL JUEZ INSTRUCTOR ANTE EL TIPO PENAL"



T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA:

Alejandro Elizalde González

ASESOR:

LIC. JORGE GUILLERMO HUITRON MARQUEZ

284968



ACATLAN, MEX.

OCTUBRE 2000



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.

INFINITAS GRACIAS:

A DIOS

A MIS PADRES

A MIS HERMANAS

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

A MIS MAESTROS

GABRIELA

INDICE

INTRODUCCION.

CAPITULO I El Ministerio Público

| | |
|------------------------|----|
| A) Definición | 1 |
| B) Evolución Histórica | 3 |
| C) Atribuciones | 15 |

CAPITULO II La Averiguación Previa

| | |
|---------------------------------|----|
| A) Concepto | 39 |
| B) Fundamento Legal | 41 |
| C) Requisitos de Procedibilidad | 47 |

CAPITULO III El Juez

| | |
|--------------------|----|
| A) Nocion | 52 |
| B) Características | 54 |
| C) Funciones | 59 |

CAPITULO IV
La resolución dentro del término constitucional

| | |
|-------------------------------|----|
| A) Artículo 19 Constitucional | 73 |
| 1.- Auto de Formal Prisión | 75 |
| 2.- Auto de Libertad | 93 |

CAPITULO V
El Juez y su postura en relación con el tipo penal

| | |
|--|-----|
| A) Los elementos del tipo penal | 98 |
| 1.- Acción u Omisión | 98 |
| 2.- Daño o Peligro | 99 |
| 3.- Bien Jurídico Tutelado | 100 |
| 4.- La intervención del sujeto activo | 100 |
| 5.- Dolo o culpa | 104 |
| 6.- Calidades de los sujetos activo y pasivo | 106 |
| 7.- El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión | 107 |
| 8.- El objeto material | 108 |
| | |
| B).- La necesidad de que el juez valore los elementos del tipo penal | 114 |
| 1.- En el término constitucional | 115 |
| 2.- En la sentencia | 117 |

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION

La necesidad de que el juez instructor valore los elementos del tipo penal es de primordial importancia en nuestro sistema de derecho, en virtud de que el tipo penal lo describe en abstracto el legislador en el Código Penal y tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, en consecuencia podemos estar en actitud de considerar al tipo como una situación estrictamente teórica y a la tipicidad como práctica. es decir, en cuanto a la tipicidad se refiere, los elementos del tipo penal "toman vida", cuando el sujeto activo del ilícito ejecuta una conducta en el mundo exterior.

La causa fundamental que impulsa al suscrito a llevar a cabo este trabajo, no es repetir lo ya legislado o previsto tanto por la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos, como por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, artículos 19 y 122 respectivamente, sino establecer la imperiosa necesidad de APLICARLO CONFORME ESTA PREVISTO POR LA LEY.

Por lo anterior, la presente obra se refiere en su capítulo I al Ministerio Público en virtud de que es una figura creada por el legislador, a fin de que investigue y persiga los delitos, por ello mencionamos su definición sin restar importancia a la evolución histórica que han tenido sus facultades en el sistema de derecho.

Con posterioridad nos referiremos a la Averiguación Previa en el capítulo II, a fin de que con base en su concepto, se analice el fundamento legal que la prevé y los requisitos de procedibilidad que constituyen el eje de dicha etapa procesal.

Conforme a nuestra legislación la autoridad competente para continuar con el proceso penal es el juez, representante del Estado y de vital importancia en la relación procesal, encargado de ejercer la función soberana así como de aplicar el derecho, de quien manifestaremos sus características y funciones en el capítulo III del presente trabajo.

La decisión que el juez adopta en cada caso concreto y que manifiesta en una resolución, debe reunir los requisitos de legalidad, es por ello que en el capítulo IV de la presente obra se realiza un análisis de los términos señalados por el artículo 19 constitucional al respecto, y de los dos sentidos que puede indicar una resolución: auto de formal prisión o auto de libertad, ya sea bajo fianza o bien por falta de elementos para procesar.

Finalmente, el capítulo V se refiere al juez y su postura en relación al tipo penal, lo que nos permite estudiar los elementos del tipo a luz de la necesidad que el juez los valore en el término previsto por el artículo 19 constitucional y en la sentencia.

Lo anterior permitirá al lector apreciar la importancia de que el juez valore todos y cada uno de los elementos del tipo penal a efecto de emitir una resolución conforme lo establecen las disposiciones legales y se observe a todas luces la impartición de justicia.

CAPITULO I

El Ministerio Público

a) Definición

En principio, cabe decir que el Ministerio Público, a partir de la Constitución que actualmente nos rige, tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal y tiene el carácter de representante social, teniendo una dualidad de funciones, pues en Averiguación Previa es Autoridad Administrativa y en materia procesal penal, funge como parte.

El Ministerio Público, es una función del Estado, que ejerce por conducto del Procurador de Justicia, y busca la aplicación de las normas jurídicas emitidas por el propio Estado para la persecución de los presuntos delincuentes y en los demás previstos en aquéllas en las que expresamente se determina su intervención a los casos concretos.¹

¹ Colin Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Editorial Porrúa. México, 1996. Pág. 103.

Para Jesús Quintana Valtierra, Ministerio Público, es una Institución dependiente del Estado (Poder Ejecutivo), que actúa en representación de la sociedad para el ejercicio de la acción penal y la tutela social en todos aquellos casos que le asignan las leyes.²

El Ministerio Público ha sido considerado por Chioventa, como un órgano procesal, cuya función constituye un oficio que tiene por misión fundamental promover el ejercicio de la función jurisdiccional en interés público y determinar acerca del modo de ejecutarla, esto es, personificar el interés público en el ejercicio de la jurisdicción, no es por tanto, en si mismo, un órgano jurisdiccional, sino un representante del Poder Ejecutivo cerca de la autoridad Judicial.³

El Maestro Hector Fix Zamudio, nos define de la siguiente manera el Ministerio Público:

“Es la Institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo ejecutivo, que posee como funciones esenciales las de persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal; intervención en otros procedimientos judiciales para la defensa de los intereses sociales, de ausentes, menores, incapacitados y finalmente, como consultor y asesor de los jueces y tribunales”.⁴

² Quintana Valtierra, Jesús y otro. Manual de Procedimientos Penales. Ed Trillas. Méx. 1995 Pág.11.

³ Diccionario Jurídico Haría. Derecho Procesal. Volumen 4. México 1996. Pág. 128.

⁴ Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. Tomo I-0, México, 1996. Novena Edición. Pág. 2128

b) Evolución Histórica

El Ministerio Público surge en el mundo desde las primeras civilizaciones y ha ido tomando diferentes características, las cuales analizaremos en este apartado, haciendo énfasis en lo que ocurrió en México desde las primeras constituciones hasta nuestros días.

El Ministerio Público, es una creación del legislador muy discutida en sus orígenes y también respecto de su ubicación en el campo del Derecho de Procedimientos Penales, debido, por una parte, a su naturaleza jurídica y, por otra, a la multiplicidad de facetas en su funcionamiento. Sus orígenes, continúan siendo objeto de especulaciones y su naturaleza y funciones aún provocan constantes discusiones.

Entre los estudiosos de la materia, algunos pretenden encontrar sus antecedentes en la organización jurídica de Grecia y Roma. Otros le otorgan al Derecho Francés su paternidad.

"Grecia".- De acuerdo con lo primeramente anotado, se dice que el antecedente más remoto del Ministerio Público está en el Derecho Griego, especialmente en el "Arconte", magistrado, que a nombre del ofendido y de sus familiares o por incapacidad o negligencia de estos, intervenía en los juicios; sin embargo, tales

atribuciones son dudosas y aunque se ha insistido que entre los atenienses la persecución de los probables autores de delitos era una facultad otorgada a las víctimas y a sus familiares, los datos que obran al respecto no son suficientes para emitir un juicio preciso.

"A pesar del alto grado de desenvolvimiento jurídico a que llegaron, tanto los romanos como los griegos el Ministerio Público, era desconocida para estos pueblos, quizá porque, como ya se indicó, anteriormente, la investigación de los delitos estaba a cargo de la víctima y de sus familiares".

"Roma".- Se dice también que en los funcionarios llamados "Judices Questiones" de las Doce Tablas, existía una actividad semejante a la del Ministerio Público, porque estos funcionarios tenían facultades para comprobar los hechos delictuosos, pero esta apreciación no es del todo exacta; sus atribuciones características eran netamente jurisdiccionales

"El Procurador del Cesar, de que habla el *Digesto*, en el Libro Primero, título 19, se ha considerado como antecedente del Ministerio Público, debido a que dicho Procurador, en representación del Cesar, tenía facultades para intervenir en las causas fiscales y cuidar del orden de las colonias, adoptando diversas medidas, como la expulsión de los alborotadores y la vigilancia sobre estos, para que no regresaran al lugar de donde habían sido expulsados".

"En las postrimerías del Impero Romano, se instituyeron funcionarios cuya actividad estaba relacionada con la justicia penal (Curiosi, Stationari o Irenarcas). Estos eran autoridades dependientes directamente del pretor y sus funciones estaban circunscritas al aspecto policiaco"

"Italia Medieval".- Tampoco es posible identificar al Ministerio Público como los "Sindici o Ministrales" (funcionarios instituidos en Italia durante la Edad Media), por ser, colaboradores de la función jurisdiccional en la presentación oficial de las denuncias sobre los delitos.

"Francia".- Quienes consideran al Ministerio Público como "una institución" de origen francés, fundamentan su afirmación en la Ordenanza de 23 de marzo de 1302, en la que se instituyeron las atribuciones del antiguo Procurador y abogado del Rey como una magistratura encargada de los negocios judiciales de la Corona, ya que con anterioridad, únicamente, actuaban en forma particular en lo concerniente a los negocios del Monarca

Debido a que en esa época, la acusación, por parte del ofendido o de sus familiares decayó en forma notable, surgió un procedimiento de oficio o por pesquisa que dio margen al establecimiento del Ministerio Público, aunque con funciones limitadas, siendo la principal, investigar los delitos, hacer efectivas las multas y las confiscaciones decretadas como consecuencia de una pena.

Posteriormente, surgió una reacción en contra, aunque con resultados poco favorables. Más tarde, a mediados del siglo XIV, el agente del Ministerio Público interviene en forma abierta en los juicios del orden penal; sus funciones se precisan en forma más clara durante la época napoleónica, llegándose, inclusive, a la conclusión de que dependiera del Poder Ejecutivo, por considerársele "representante directo del interés social en la persecución de los delitos".

A partir de ese momento, principió a funcionar dentro de la magistratura, dividiéndose, para el ejercicio de sus atribuciones, en secciones llamadas "párquets" cada uno formando parte de un tribunal francés.

Los "párquets" tenían un Procurador y varios auxiliares sustitutos en los tribunales de justicia o sustitutos generales o abogados generales en los tribunales de apelación.

"España".- Los lineamientos generales del Ministerio Público francés, fueron tomados por los autores del Derecho Español Moderno. Desde la época del "Fuero Juzgo", había una magistratura especial, con facultades para actuar ante los tribunales cuando no hubiera un interesado que acusara al delincuente; este funcionario, era un mandatario particular del Rey, en cuya actuación representaba al monarca.

En la *Novísima Recopilación*, Libro V, título XVII, se reglamentaron las funciones del Ministerio Fiscal. En las *Ordenanzas de Medina* (1489), se menciona a los fiscales; posteriormente, durante el reinado de Felipe II, se establecen dos fiscales; uno para actuar en los juicios civiles y otro en los criminales.

En un principio, se encargaban de perseguir a quienes cometían infracciones relacionadas con el pago de contribución fiscal, multas o toda pena de confiscación, más tarde fueron facultados para defender la jurisdicción y el patrimonio de la Hacienda Real.

Posteriormente, el Procurador Fiscal forman parte de la "Real de Audiencia", interviniendo, a favor de las causas públicas y en aquellos negocios en los que tenía interés la Corona; protegía a los indios para obtener justicia, tanto en lo civil como en lo criminal; defendía la jurisdicción y el patrimonio de la Hacienda Real y también integraba el Tribunal de la Inquisición.

En este tribunal, figuró con el nombre de Promotor Fiscal, llevando la voz acusatoria en los juicios; y para algunas funciones específicas del mismo, era el conducto entre éste y el Rey, a quien entrevistaba comunicándole las resoluciones que se dictaban.⁵

⁵ Colín Sánchez Guillermo. Op. Cit. Págs. 103-106

Con referencia a la progresión histórica del Ministerio Público en México, es conveniente atender a la evolución política y social de la cultura prehispánica en el territorio nacional, destacando la organización de los aztecas, puesto que de los estudios realizados por autores tan prestigiados como: Koller, Manuel M. Moreno y Salvador Toscano, se desprende que la fuente de las instituciones jurídicas no debe buscarse únicamente en el antiguo Derecho Romano y en el Derecho Español, sino también en la organización jurídica de los aztecas.

Entre los aztecas, imperaba un sistema de normas para regular el orden y sancionar toda conducta hostil, a las costumbres y usos sociales.

El Derecho no era escrito, sino más bien, de carácter tradicional y consuetudinario; en todo, se ajustaba al régimen absolutista, adoptado en el pueblo azteca. El poder del monarca, se delegaba, en sus distintas atribuciones, a funcionarios especiales y en materia de justicia, el *Cihuacoatl* es fiel reflejo de la afirmación.

El *Cihuacoatl*, desempeñaba funciones muy peculiares: auxiliaba al *Hueytlatoani*, vigilaba la recaudación de los tributos; por otra parte, presidía el Tribunal de Apelación; además, era una especie de consejero del monarca, a quien representaba en algunas actividades, como la preservación del orden social y militar.

Otro funcionario, de gran relevancia, fue el *Tlatoani*, quien representaba a la divinidad y gozaba de libertad para disponer de la vida humana a su arbitrio. Entre sus facultades, reviste importancia: acusar y perseguir a los delincuentes, aunque, generalmente, la delegaba en los jueces, mismos que auxiliados por los alguaciles y otros funcionarios aprehendían a los delincuentes.

Alonso de Zurita, oidor de la Real Audiencia de México, en relación con las facultades del *Tlatoani*, señala: éste, en su carácter de suprema autoridad en materia de justicia, en una especie de interpelación al monarca, cuando terminaba la ceremonia de la coronación, decía: "...Habéis de tener gran cuidado de las cosas de la guerra, y habéis de velar y procurar de castigar los delincuentes, así señores como los demás, y corregir y enmendar los inobedientes..."

Es preciso hacer notar que la investigación del delito estaba en manos de los jueces, por delegación del *Tlatoani*; de tal manera que las funciones de éste y las del *Cihuacoatl* eran judiciales, por lo cual, no es posible identificarlas con las del Ministerio Público, pues si bien, el delito era investigado, esto se encomendaba a los jueces.

Las instituciones del Derecho Azteca, sufrieron una honda transformación al realizarse la Conquista y, poco a poco fueron desplazadas por los nuevos ordenamientos jurídicos traídos de España.

El choque natural que se produjo al realizarse la Conquista, trajo como consecuencias desmanes y abusos de funcionarios y particulares y también, de quienes escudándose en la prédica de la doctrina cristiana abusaban de su investidura para cometer atropellos.

En la investigación del delito imperaba una absoluta anarquía; autoridades civiles, militares y religiosas invadían "jurisdicciones", fijaban multas y privaban de la libertad a las personas, sin más limitación que su capricho.

Tal estado de cosas, se pretendió remediar con la aplicación de lo dispuesto en las Leyes de Indias y otros ordenamientos jurídicos. Medida importante fue la obligación de respetar las normas de los "indios", su gobierno, policía, usos y costumbres, siempre y cuando no contravinieran al Derecho Hispano.

La investigación del delito no se encomendó a un funcionario en particular; el Virrey, los gobernadores, los capitanes generales, los corregidores y muchas otras autoridades, tuvieron atribuciones para ello.

Como en la vida jurídica, en todas las esferas de la administración pública estaba a cargo de personas designadas por los Reyes de España o por los Virreyes, corregidores, etc., los nombramientos, siempre recaían en sujetos que los obtenían mediante compra o influencias políticas, no dándose ninguna injerencia a los "indios" para actuar en ese ramo. El 9 de Octubre de 1549, a través de una

Cédula Real, se ordenó hacer una selección para que los "indios" desempeñaran los puestos de jueces, regidores, alguaciles, escribanos y ministros de justicia; especificándose que la justicia se administrara de acuerdo con los usos y costumbres que habían regido.

De acuerdo con lo anterior, al designarse "alcaldes indios", éstos aprehendían a los delincuentes y los caciques ejercían jurisdicción criminal en sus pueblos, salvo en aquellas causas sancionadas con pena de muerte, por ser facultad exclusiva de las Audiencias y gobernadores.

Factores religiosos, económicos, sociales y políticos, fueron la causa determinante de la creación de la Real Audiencia, del Tribunal de la Acordada y otros tribunales especiales, a cuyo personal incumbía la investigación de los delitos.⁵

Los fiscales antes de proclamarse la Independencia.- En las funciones de justicia, destaca el fiscal, funcionario procedente también del Derecho Español, quien se encargaba de promover la justicia y perseguir a los delincuentes; aunque en tales funciones, representaba "a la sociedad ofendida por los delitos"; sin embargo, el Ministerio Público no existía con los fines y caracteres conocidos en la actualidad.

⁵ Quintana Valtierra. Op.cit. Págs. 13-15

El fiscal, en el año de 1527, formó parte de la Real Audiencia, la cual se integró, entre otros funcionarios, por dos fiscales: uno para lo civil y otro para lo criminal; y por los oidores, cuyas funciones eran, realizar las investigaciones desde su inicio hasta la sentencia.

En lo concerniente al promotor fiscal, éste, llevaba la voz acusatoria en los juicios que realizaba la Inquisición, siendo el conducto entre ese tribunal y el Virrey, a quien entrevistaba para comunicarle las resoluciones del tribunal y la fecha de la celebración del *auto de fe*; asimismo, denunciaba y perseguía a los herejes y enemigos de la iglesia.

En las diversas constituciones y leyes, dictadas a partir del momento en que se proclamó la Independencia Nacional.- Al surgir el movimiento de Independencia, y una vez que ésta fue proclamada, en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, se reconoció la existencia de los *fiscales auxiliares de la administración de justicia*: uno para el ramo civil y otro para el criminal; su designación, estaría a cargo del Poder Legislativo, a *propuesta del Ejecutivo*, durando en su encargo cuatro años.

En la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 4 de octubre de 1824, el fiscal era un funcionario integrante de la Corte Suprema de Justicia de la

Nación. En las "Leyes Constitucionales de 1836", además de ser considerado como en la Constitución anterior, se estableció su inamovilidad.

En las Bases de Organización Pública de la República Mexicana, de junio 13, de 1843 a su vez, quedó reproducido el contenido de las anteriores.

"En las Bases para la Administración de la República hasta la promulgación de la Constitución", elaboradas por Lucas Alamán y publicadas el 22 de abril de 1853, durante la dictadura de Santa Anna, se estableció:

"Para que los intereses nacionales sean convenientemente atendidos en los negocios contenciosos que se versen sobre ellos, ya estén pendientes o se susciten en adelante, promover cuando convenga a la Hacienda Pública y que se proceda en todos los ramos con los conocimientos necesarios en puntos de Derecho, se nombrará un Procurador General de la Nación, con sueldo de cuatro mil pesos, honores y condecoración de Ministro en la Corte Suprema de Justicia, en la cual y en todos los tribunales superiores, será recibido como parte por la Nación, y en los inferiores cuando lo disponga sí el respectivo Ministerio y, además, despachará todos los informes en Derecho que se le pidan, por el gobierno. Será movible a voluntad de éste y recibirá instrucciones para sus procedimientos, de los respectivos Ministerios" (art. 9).

Durante el gobierno del Presidente Comonfort, se dictó la Ley del 23 de noviembre, de 1855, en la cual se dio injerencia a los fiscales para que intervinieran en asuntos federales.

En la Constitución Política de la República Mexicana sobre la indestructible base de su legítima independencia, proclamada el 16 de septiembre de 1810, y consumada el 27 de septiembre de 1821 y en la del 12 de febrero de 1857, continuaron los fiscales aunque ahora con igual categoría que los Ministros de la Corte, pese a que en el proyecto de esta última Constitución se mencionaba al Ministerio Público, para que en representación de la sociedad promoviera la instancia, esto no llegó a prosperar, porque se consideró que el particular ofendido por el delito no debía ser sustituido, porque ese derecho correspondía a los ciudadanos; además, independizar al Ministerio Público del Poder Judicial significaba retardar la acción de la justicia, porque los encargados de administrarla estarían condicionados a que el agente del Ministerio Público ejercitara la acción penal.

Como de la discusión entablada, por los integrantes de la Asamblea Constitucional no se llegó a un acuerdo favorable, la idea se rechazó y, en cambio, fueron instituidos los fiscales, en el orden federal.

El Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expedido el 29 de julio de 1862, por el Presidente de la República, Lic. Benito Juárez, estableció que, el fiscal adscrito a la Suprema Corte, fuera oído en todas las causas criminales o de responsabilidad, en los negocios relativos a jurisdicción y competencia de los tribunales y en las consultas sobre dudas de ley, siempre que él lo pidiera o la Corte lo estimara oportuno.

*“Se alude a un Procurador general, que seria oído por la Corte para aquellos problemas en los que resultara afectada la Hacienda Pública, ya sea porque se cometiera un delito en contra de los intereses de ésta o resultaran afectados, por algún otro concepto, los fondos de los establecimientos públicos”.*⁷

c) Atribuciones

Las atribuciones del llamado Representante Social, son muy variadas y abarcan diversas materias, empero en este inciso recalcaremos las relativas al campo penal, el cual nos interesa para los efectos de este trabajo recepcional.

En opinión de María Macarita Elizondo Gasperin, el Ministerio Público tiene a su cargo una función destacada como vigilante de la constitucionalidad y de la legalidad, en consecuencia su misión esencial es velar porque la ley sea

⁷ *Ibidem*. Págs. 16-18

generalmente respetada.⁸ Como lo anoté en líneas anteriores, la determinación de la naturaleza jurídica del Ministerio Público ha provocado discusiones interminables. Dentro del campo doctrinario, se le ha considerado: a) Como representante de la sociedad en el ejercicio de las acciones penales; b) Como órgano administrativo que actúa con el carácter de "parte"; c) Como órgano judicial, y d) Como colaborador de la función jurisdiccional.

Como representante de la sociedad en el ejercicio de las acciones penales.-

Para fundamentar la representación social, atribuida al Ministerio Público en el ejercicio de las acciones penales, se toma como punto de partida el hecho de que el Estado, al instituir la autoridad, le otorga el derecho para ejercer la tutela jurídica general, para que de esa manera persiga judicialmente a quien atente contra la seguridad y el normal desenvolvimiento de la sociedad. Al respecto, Francesco Carrara, hizo notar: "Aunque la potestad para la persecución de los delitos emana de la ley social, que crea las formas y facilita los modos de esta persecución y hace más seguros sus resultados, no crea el derecho que tiene un origen anterior a la sociedad civil, y es más bien la razón única de la esencia del cambio de la asociación natural en sociedad civil, ya que la constitución de la autoridad en el Estado, es un medio necesario para la tutela jurídica."⁹

⁸ Cfr. Elizondo Gaperín, María Macarita. **Diccionario Jurídico Harla. Derecho Procesal.** Editorial Harla. México. 1996. Págs. 127 y 128.

⁹ Carrara, Francesco. **Programa de Derecho Criminal. Tomo VI. De Palma.** Buenos Aires Argentina. 1944. Pág. 320.

Chiovenda. afirma: *El Ministerio Público personifica el interés público en el ejercicio de la jurisdicción. Rafael de Pina, considera: el Ministerio Público "ampara en todo momento el interés general implícito en el mantenimiento de la legalidad", por lo cual, en ninguna forma, debe considerársele como un representante de alguno de los poderes estatales, independientemente, de la subordinación, que guarda frente al Poder Ejecutivo, más bien - agrega -: "la ley tiene en el Ministerio Público su órgano específico y auténtico".*¹⁰

Como un "subórgano" administrativo que actúa con el carácter de "parte".

El Ministerio Público, es un órgano administrativo, afirman no pocos autores, fundamentalmente, en la doctrina italiana. la cual se ha dividido; mientras algunos le consideran como "órgano administrativo", otros afirman: "es un órgano judicial". Guarneri, se manifiesta por lo primero: establece que es un órgano de la administración pública, destinado al ejercicio de las acciones penales señaladas en las leyes; por tal motivo, la función que realiza bajo la vigilancia del "Ministerio de Gracia y Justicia", es de representación del Poder Ejecutivo en el proceso penal, y aunque, de acuerdo con las leyes italianas, forma parte del "orden judicial" sin pertenecer al Poder Judicial, en consecuencia, "no atiende por sí mismo a la aplicación de las leyes, aunque procura obtenerla del tribunal, cuando y como lo exige el interés público, de manera que está al lado de la autoridad judicial como "órgano" de interés público en la aplicación de la ley.

¹⁰ Pina, Rafael de. Comentarios al Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales. Editorial Herrero. México 1961. Pág. 31

Agrega el autor citado: "Como el Ministerio Público no decide controversias judiciales, no es posible considerarle órgano jurisdiccional, sino más bien administrativo derivándose de esto su carácter de parte, puesto que la representación penaria pertenece a la sociedad y al Estado en personificación de la misma, para que la ley no quede violada, persigue el delito y al subjetivarse las funciones estatales en: Estado - Legislación, Estado - Administración y Estado - Jurisdicción; el Ministerio Público, realiza las funciones del Estado - Administración, poniéndose como sujeto ante el Estado - Jurisdicción, pidiendo la actuación del Derecho, pero sin actuarle él".¹¹

Por otra parte, los actos que realiza el agente del Ministerio Público, son de naturaleza administrativa, lo que justifica que se apliquen a éstos, los principios del Derecho Administrativo, tan es así, que pueden ser revocables, comprendiéndose dentro de la propia revocación, la modificación y sustitución de uno por otro. Además la propia naturaleza administrativa de la actuación del agente del Ministerio Público, reside en la discrecionalidad de sus actos, puesto que tiene facultades para determinar si debe proceder o no, en contra de una persona: situación en la que no podría intervenir el subórgano jurisdiccional, oficiosamente, para avocarse al proceso.

¹¹ Guarneri, José. Las partes en el Proceso Penal. De. Cajica. Puebla, México, 1966. Pág. 169 y 170

Aún más la sustitución, como consecuencia de la jerarquía que prevalece dentro de la organización, permite que se den órdenes, circulares y otras medidas tendientes a vigilar la conducta de quienes integran el Ministerio Público, aspecto que cae también dentro del orden administrativo. En esas condiciones, actúa con el carácter de "parte", hace valer la pretensión punitiva y de acuerdo con ello ejerce poderes de carácter indagatorio, preparatorio y coercitivo, sobre todo, presenta a través de la actuación del agente del Ministerio Público, las características esenciales de quienes actúan como "parte"; ejercita la acción penal, propone demandas, presenta impugnaciones, tiene facultades de pedir providencias de todas clases.

Guarneri, Manzini, Massari, Florián, José Sabatini y Franco Sodi, consideran que el agente del Ministerio Público dentro del proceso penal, actúa como "parte", independientemente de que no existe común acuerdo, en relación con el momento procedimental en que debe considerársele como tal.¹²

Como subórgano judicial.- La doctrina más reciente, encabezada por Giuseppe Sabatini y Giuliano Vassalli, se inclina a otorgar al Ministerio Público el carácter de órgano jurisdiccional o de órgano perteneciente a la judicatura.

¹² Autores citados por Colín Sánchez Guillermo. Op. cit. Pág. 108

Sostienen que no puede ser un órgano administrativo, sino más bien, de carácter judicial. Para eso, adoptan la postura de Santi Romano, el cual distingue la potestad fundamental del Estado dentro de las tres funciones comúnmente admitidas: legislativa, ejecutiva o administrativa y judicial.

Si la potestad judicial tiene por objeto el mantenimiento y actuación del orden jurídico, como esta última abarca al Poder Judicial y éste, a su vez, a las otras actividades no jurisdiccionales, comprendidas en el objeto indicado, de esta manera, los autores mencionados afirman que el Ministerio Público es un órgano judicial, pero no administrativo.

Raúl Alberto Frosali, manifiesta: dentro del orden judicial, según la etimología de la palabra, debe entenderse todo aquello que se refiere al juicio y en consecuencia, la actividad jurisdiccional es por ese motivo judicial.

Es necesario reconocer, agrega Frosali, que la actividad del Ministerio Público es administrativa, porque no es legislativa ni jurisdiccional, ni tampoco política, pero amerita la calificación de judicial porque se desenvuelve en un juicio.

No considero que Frosali esté en lo justo, porque desde su punto de vista, habría que considerar con tal carácter al procesado, a los testigos y demás personal que intervienen en el proceso, lo cual, en su caso, equivaldría a un error.¹³

El personal del Ministerio Público, dada su naturaleza y fines, que le son característicos, carece de funciones judiciales, *strictu sensu*; éstas son exclusivas del juez, de tal manera que, debe concretarse a solicitar la aplicación del Derecho, mas no a "declararlo". Para ilustrar en mejor forma mi afirmación, baste citar que: durante la averiguación previa, cuando por alguna circunstancia no ejercita la acción penal, por los hechos, de los que tuvo conocimiento y, además, en cambio si ordena que se archive el expediente, esto último, no significa que en el futuro sea un obstáculo para proceder, porque al contar con nuevos elementos, si éstos satisfacen las exigencias legales, su deber ineludible es ejercitar la acción.

Ante una hipótesis como ésta, no es válido argumentar que el expediente en donde constan las anteriores actuaciones, "ya está archivado"; las resoluciones del agente del Ministerio Público, en el procedimiento de averiguación previa no causan estado, precisamente porque la autoridad a quien incumbe realizarlas no tiene funciones judiciales.

¹³ Frosali, Raúl Alberto. *Derecho Penal*. Traducción-Editorial Ejea. Buenos Aires Argentina, 1970, Pág. 167

En el Derecho Mexicano, no es posible concebir al Ministerio Público, como un "órgano judicial"; sus integrantes no tienen facultades de decisión en la forma y términos que corresponden al juez.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial.." (art. 21). Tal declaración, es suficientemente clara y precisa; concentra, exclusivamente, en los jueces la potestad de aplicar el Derecho y en los agentes del Ministerio Público la obligación de investigar los delitos.

Como colaborador de la función jurisdiccional.- No faltan quienes identifican al personal del Ministerio Público como auxiliares o colaboradores de la función judicial, debido a las actividades que realizan a través de la secuela procedimental, ya que, todos sus actos van encaminados a lograr un fin último: la aplicación de la ley, al caso concreto

En cierta forma, es posible admitir que colabora en la actividad judicial, a través de sus funciones específicas, porque, en última instancia, éstas obedecen al interés característico de toda la organización estatal.

Para el fiel cumplimiento de sus fines, el Estado encomienda deberes específicos a los funcionarios, para que en colaboración plena y coordinada, mantengan el orden y la legalidad; razón por la cual, el agente del Ministerio Público (acusador), al investigar debe hacer cesar todo acto lesivo en contra de los particulares así dentro de ese postulado auxilia al titular de la función judicial.

De lo expuesto hasta el momento, se concluye: si los agentes del Ministerio Público, como se dice "tutelan el interés social" en la averiguación de los delitos, para que, dado el caso, se pueda sancionar al infractor y, además, realicen otros actos que les encomienda el legislador por medio de la ley correspondiente, debiera ser el pueblo el que los eligiera, para así establecer congruencia entre la "representación que tienen y los representados que se otorgan".

Por otra parte, no es posible ignorar las graves inconveniencias en que se traduce la dependencia directa e inmediata del personal del Ministerio Público en relación con el Poder Ejecutivo y las ventajas que puede reportar si aquél formara parte o integrara, en su caso, una magistratura independiente.

En el medio mexicano, el personal que integra el Ministerio Público realiza una función creada por quienes integraron el Congreso Constituyente de 1917, y cuya naturaleza es polifacética, por eso en cumplimiento de sus funciones actúa como autoridad administrativa, colabora en la función judicial, es un sujeto de la relación

procesal e interviene en los asuntos en los que el Estado es parte, y en los casos de los ausentes, de los menores, etc. En la actualidad, corresponden al personal del Ministerio Público muchas atribuciones: no obstante, es necesario hacer una revisión para determinar se las conferidas por el legislador le corresponden a si es preciso otorgarle algunas otras que no se le encomiendan.¹⁴

A continuación citaremos el fundamento legal de las atribuciones del Ministerio Público, a efecto de hacer un comentario con posterioridad:

Artículo 21: La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la Autoridad Administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los Reglamentos Gubernativos y de Policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas. Pero, si el infractor no pagara la multa que se le hubiera impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de 36 horas.

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

¹⁴ Cfr. Colín Sánchez Guillermo. Op. cit. Págs. 107-109.

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

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

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, El Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en las respectivas competencias que esta Constitución señala.

La actuación de las Instituciones Policiales, se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez

La Federación, El Distrito Federal, Los Estados y Municipios, se coordinarán en los términos que la ley señala, para establecer un sistema nacional de seguridad pública

El Párrafo inicial de este artículo podemos dividirlo en tres partes: La primera, se refiere a la exclusiva facultad judicial para imponer penas; la segunda, regula las funciones del Ministerio Público, y la tercera, señala la competencia de las autoridades administrativas en materia de sanciones.

- I. Se establece que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Tal precepto proviene, casi sin modificaciones, de la Constitución de 1857, la cual otorgó a los Jueces la facultad de imponer penas por los delitos previamente reconocidos como tales por la ley. En esta forma quedó prohibido que autoridades distintas a la judicial pudieran hacerlo

- II. De modo exacto define las atribuciones del Ministerio Público, institución cuyos orígenes se encuentran en Francia y España, pero que en México adquirió caracteres propios. En efecto, una de las aportaciones del constituyente de 1917, al mundo jurídico, fue la especial estructura que dio a tal organismo

Hasta antes de 1910, los Jueces tenían la facultad no sólo de imponer las penas previstas para los delitos, sino de investigar estos. Así, el Juez de Instrucción también realizaba funciones del Jefe de la Policía Judicial, pues intervenía directamente en la investigación de los hechos delictuosos. En esa época se podían presentar las denuncias directamente al Juez, quien estaba facultado para actuar de inmediato, sin que el Ministerio Público le hiciera petición alguna. En tales condiciones aquél ejercía un poder casi limitado, ya que tenía en sus manos la facultad de investigar y acumular pruebas, y de procesar y juzgar a los acusados.

Contra este injusto sistema se alzó entre todas las voces la de Venustiano Carranza, el cual consciente de la trascendencia de la novedad que proponía, asentó en la exposición de motivos de proyecto que presentó a la Asamblea las siguientes palabras:..."*pero la reforma no se detiene allí, sino que propone una innovación que de seguro revolucionará completamente el sistema procesal que durante tanto tiempo ha regido al país, no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias. Las leyes vigentes, tanto en el orden federal, como en el común, han adoptado la institución del Ministerio Público, pero tal adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquél tiene un carácter decorativo para la recta y pronta administración de justicia. Los jueces mexicanos han sido, durante el periodo corrido desde la consumación de la Independencia, hasta hoy, iguales a los jueces de la época de la Colonia: ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza las funciones de la judicatura. La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por Jueces que, ansiosos de renombre, veían con positiva fricción que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes, y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando, en sus inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la Ley. La misma organización de Ministerio Público, a la vez que evitara ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los Jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la Magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente*

a su cargo la persecución de los delitos, la búsqueda de los elementos de convicción, que ya se hará por procedimientos atentatorios, y reprobados y la aprehensión de los delincuentes. Por otra parte, el Ministerio Público con la Policía Judicial represiva a su disposición, quitará a los Presidentes Municipales y a la Policía Común, la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin más mérito que su criterio particular. Con la Institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad individual quedará asegurada; porque según el artículo 16, nadie podrá ser detenido, sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirse sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige".

Fue así como cambió radicalmente el sistema que hasta entonces había imperado: En adelante el titular de la función investigadora, sería el Ministerio Público. De este modo, cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de un hecho que probablemente pueda constituir un delito le corresponde llevar a cabo la investigación y si procede, ejercer la acción penal ante el Juez competente.

III. Por último, se indica con precisión que la autoridad administrativa sólo puede sancionar las infracciones a los Reglamentos de Policía y buen Gobierno. Por reformas publicadas en el Diario Oficial el 3 de Febrero de 1983, se consagró un principio de justicia igualitaria. En efecto, anteriormente las infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía se sancionaban con multa o arresto hasta por 36 horas, pero cuando el infractor

no pagaba la multa generalmente por falta de recursos se le permutaba por arresto que no podía exceder a 15 días. Como sólo los más pobres llegaban a sufrir hasta 15 días de cárcel, por no pagar la multa, y esto en sí, no era justo, el constituyente permanente redujo el tiempo del arresto a un máximo de 36 horas

Asimismo y también en atención a las realidades de nuestro pueblo e inspirado en principios de justicia igualitarios, impuestas a trabajadores no excedieran de un día de jornal, y cuando se trate de no asalariados no será mayor de la cantidad que perciban en promedio por un día de labor

Todo lo anterior está inspirado en un recto sentido de justicia que obliga a no tratar igual a los que realmente, por su condición social, económica y cultural, no lo son.

Vale decir, sin temor a exagerar, que uno de los preceptos que transformaron radicalmente el antiguo y vicioso sistema judicial del régimen anterior, fue precisamente éste.

El artículo 21, que había sido reformado en 1982 por lo que toca al régimen de faltas, lo fue nuevamente en 1994, en lo que atañe al ejercicio de la acción penal y al sistema de seguridad pública. Se promulgó la reforma el 30 de Noviembre de

1994 y fue publicada el 31 de Diciembre. Forma parte de un cambio muy extenso en preceptos constitucionales relativos al Poder Judicial y, en general, a la procuración y administración de justicia, que se tramitó en un brevísimo plazo al final de aquél año. Se trata, sin duda, de la más profunda reforma en este orden de cosas, y por ello hubiera sido conveniente, en concepto de muchos, ampliar el conocimiento y el debate de los proyectos.

Hoy la reforma de 1994, controvertible y controvertida, está en la fase de reglamentación secundaria: se ha expedido una ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 Constitucional, y se cuenta, asimismo, con una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

La primera parte de la reforma de 1994 al artículo 21 se localiza en el párrafo IV de este precepto. Tiene que ver con un tema central del enjuiciamiento penal. El ejercicio de la acción persecutoria

Recordemos que desde 1917 se ha estipulado y la expresión persiste que corresponde al Ministerio Público y a la Policía Judicial, ésta en calidad de auxiliar de aquél, la persecución de los delitos, mientras que corresponde al juzgador la imposición de las penas

Ahora bien, para que el Tribunal despliegue su jurisdicción sobre un hecho supuestamente delictivo y en relación con el probable responsable, dicen los artículos 16 y 19 de la Constitución de este hecho, es preciso que el Ministerio Público, actor público, ejercite la acción penal. En este dato, principalmente, reside el carácter acusatorio o mixto, sostienen algunos analistas del Proceso Penal Mexicano. En consecuencia, el Juzgador no puede abrir el proceso de oficio.

Los intérpretes del artículo 21, desde 1917 hasta los últimos días, han considerado que la letra del precepto confiere al Ministerio Público el ejercicio de la acción, en exclusiva, sin intervención de otras autoridades ni del ofendido por el delito. Esta interpretación no unánime, se trasladó a la ley, se recogió en la Jurisprudencia y predominó en la Doctrina. Fue así que prosperó el llamado “*monopolio*” del Ministerio Público en el ejercicio de la acción suprimido en la reforma constitucional de 1994.

Conviene observar cuáles han sido los elementos constitutivos del “*monopolio*”. En primer término, éste supone la potestad exclusiva y **excluyente** del Ministerio Público para investigar los delitos que son denunciados o por los que se presenta querrela (u otra expresión de voluntad persecutoria), con el propósito de preparar en su caso, el ejercicio de la acción. A esto se **contrae** la denominada

Averiguación Previa Penal, que es una etapa administrativa (instrucción administrativa) del procedimiento penal mexicano.

En segundo término, el "**monopolio**" apareja la potestad del propio Ministerio Público, también exclusiva y excluyente, de valorar al cabo la Averiguación Previa, si se hallan satisfechas las condiciones de fondo para el ejercicio de la acción, es decir, los elementos que requiere, en la especie, el tipo penal (antes de la reforma de 1993, inadecuada en este punto, el cuerpo del delito) y los datos conducentes a establecer la probable responsabilidad del indiciado. Sobre esta base, el Ministerio Público podría resolver, con autonomía de decisión, pero subordinación a la ley (principio de legalidad), si procedía el ejercicio de la acción o había lugar al no ejercicio, que determinaba al "archivo" de las actuaciones, una forma de "sobreseimiento" administrativo con efectos generalmente definitivos.

Por último, el "**monopolio**" aparejaba la excluyente y exclusiva facultad del Ministerio Público para sostener la acción en el proceso, como acusador oficial, desde la incoación de éste hasta su conclusión natural en la sentencia. El ofendido puede intervenir a título de coadyuvante (concepto que en Materia Penal tiene alcance diferente al que posee en Materia Civil), para reclamar el resarcimiento de los daños patrimoniales y morales que el delito le causó.

El segundo elemento mencionado provocó frecuentes debates. En los términos del “*monopolio*”, las decisiones del Ministerio Público sobre no ejercicio de la acción se hallaban sujetas, exclusivamente, a un régimen de control interno: los órganos superiores de la procuración de justicia penal resolvían sin otra instancia, acerca de las “*ponencias*” de no ejercicio presentadas por los inferiores.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación entendió que el ofendido no podía impugnar la negativa de ejercicio de la acción en la Vía de Amparo, porque esa negativa no quebrantaba ningún interés jurídico de la víctima en cuanto ésta carecía del *Jus Puniendi* o facultad de exigir el castigo.

En la reforma de 1994, cambió profundamente el sistema que hasta aquí he descrito. En efecto, el constituyente permanente estableció (al cabo de las modificaciones practicadas en el Senado con respecto a la iniciativa presidencial) que *“las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por Vía Jurisdiccional en los términos que establece la ley”*.

En los documentos preparatorios de la reforma se manifiesta que el nuevo giro obedece a la necesidad de prevenir actos de corrupción del Ministerio Público, que desemboquen en la impunidad de los delincuentes.

Es obvio que la corrupción y la impunidad se previene mejor con la buena selección y supervisión de quienes tienen a su cargo el ejercicio de esta delicada misión persecutoria. En todo caso, ha desaparecido el segundo elemento del “*monopolio*” que antes mencioné, a saber, la facultad del Ministerio Público para resolver con autonomía si se han satisfecho, conforme a la ley, las condiciones determinantes del ejercicio de la acción

No indica la reforma cuál es la vía jurisdiccional pertinente en estos casos, para fines de control, ni manifiesta quién está legitimado para impugnar el no ejercicio de la acción o el desistimiento de ésta, ni aclara qué efectos tiene la resolución que dicte, finalmente, el juzgador. Por ello, queda a los Poderes Legislativos de la Unión y de los Estados, así como a la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en sus propios ámbitos de competencia, decidir todas estas cuestiones. Es posible, pues, que sobrevenga la heterogeneidad en la regulación secundaria de la materia

Por lo demás no deja de inquietar que la Constitución haya “revivido” la vieja institución del desistimiento, que comenzó a desaparecer de la legislación mexicana por medio de las reformas penales y procesales de 1983, las más relevantes que se han hecho desde 1931, porque modificaron la orientación misma de la ley penal sustantiva y adjetiva

Queda también al legislador secundario decidir las equivalencias del desistimiento: ¿abarca la promoción del sobreseimiento por parte del Ministerio Público?, ¿incluyen las conclusiones no acusatorias?

En los nuevos párrafos V y VI del artículo 21 se aborda un tema que hoy preocupa intensamente: la seguridad pública. Es un hecho que las condiciones de inseguridad se han agravado últimamente. Así lo reconoce el gobierno, y así se indica en los documentos preparatorios de la reforma de 1994, que ponderan la necesidad de concertar las acciones de los diversos niveles o planos del Estado - Federación, Entidades Federativas y Municipios, para tender este asunto completo y apremiante.

La seguridad pública puede ser examinada desde una doble perspectiva. La primera, importante sin duda, pero también superficial, se limita al enfoque policial; corresponde pues, al mismo criterio que contempla la seguridad nacional como un tema militar. La segunda, en cambio, aporta una visión integral de la seguridad pública: comprende que no se trata a penas de un problema con eficacia y probidad en el quehacer de la policía, sino se haya también influido determinado inclusive, por una serie de datos que exceden ampliamente al quehacer de las fuerzas del orden: económicos, políticos, sociales, culturales. La reforma del artículo 21 parece inclinarse, más bien, hacia la primera de ambas perspectivas.

El primer punto que debió resolver el reformador constitucional, fue el relativo a los poderes de cada nivel o plano de gobierno en materia de seguridad. Por ello reconoce que la seguridad pública es una función distribuida entre todos ellos, conforme al ámbito de sus respectivas competencias. Esto fija el deber de las autoridades e implica el derecho de los gobernados: un derecho a la seguridad pública, que apareció en la primera etapa del proceso reformador de la Constitución y se diluyó más tarde.

El compromiso de la reforma con el concepto policial de la seguridad pública, la lleva a incorporar en el mismo quinto párrafo del artículo 21, en punto y seguido, una referencia sobre los principios que debieran normar la actividad de las instituciones policiales: legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez. Se recoge una práctica eficiente, favorable al enunciado de "principios" rectores de ciertas funciones o de determinada regulaciones.

Así se hizo, por ejemplo, en lo que atañe a la carrera judicial y al Consejo de la Judicatura, tema de la misma reforma de 1994, y así se hace en cuanto a la Policía. Vale observar que la Constitución no discrimina entre las instituciones (y funciones) policiales existentes. Por ello se debe concluir que el nuevo precepto abarca tanto a las agrupadas bajo el concepto de prevención, como a las comprendidas bajo el de investigación de los delitos.

Finalmente, la reforma constitucional establece, a través del nuevo párrafo quinto, otras dos cuestiones importantes. Se propone erigir un "sistema nacional de seguridad pública" (cuyo notable precedente de mayor alcance, se haya en el "sistema Nacional de Procuración de Justicia" incluido en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1983, por reformas de 1987), que considera la necesaria coordinación entre las autoridades federales, estatales, municipales y el Distrito Federal, y se dispone que esa coordinación quede regulada por una ley.

Artículo 21: La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la Autoridad Administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los Reglamentos Gubernativos y de Policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas. Pero, si el infractor no pagara la multa que se le hubiera impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de 36 horas.

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

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

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

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, El Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en las respectivas competencias que esta Constitución señala.

La actuación de las Instituciones Policiales, se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez.

La Federación, El Distrito Federal, Los Estados y Municipios, se coordinarán en los términos que la ley señala, para establecer un sistema nacional de seguridad pública.

CAPITULO II

La Averiguación Previa.

a) Concepto.

Es la llamada etapa procesal en la cual el Ministerio Público toma conocimiento de los hechos probablemente delictuosos y se inicia con los llamados requisitos de procedibilidad que son la denuncia y la querrela, por medio de los cuales el denominado Representante Social procede a investigar los hechos.

Considerando al proceso penal como una relación jurídica, podemos advertir que existen diversos actos que desarrollan los sujetos que participan en su preparación. Consecuentemente, estos actos provienen de mandatos expuestos por la ley, los que además se ajustan a formas, formalidades y, en algunos casos, a solemnidades. Joaquín Escriche, indica que "forma es el modo de proceder en la institución de una causa, instancia o proceso y las formalidades son: las condiciones, términos y expresiones que se requieren para que un acto o instrumento público sea válido y perfecto".¹

¹ Escriche, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1975. Pág. 217.

Dentro de la relación procesal el juez es quien tiene a su cargo prevenir los actos de decisión, para lo cual no actúa aisladamente, pues requiere de la participación de sujetos determinados que le den vida al proceso para que éste pueda avanzar hasta la meta deseada

Siendo acusatorio el sistema adoptado por nuestras leyes, será el Ministerio Público quien, por medio del ejercicio de la acción penal, provoque al órgano jurisdiccional las resoluciones correspondientes al caso y, a su vez, origine los actos defensivos a cargo del acusado y su defensor.

La preparación del ejercicio de la acción penal, se realiza en la averiguación previa, etapa procedimental en la que el Estado por conducto del Procurador y de los agentes del Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de la Policía Judicial, practica las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar, en su caso, la acción penal, para cuyos fines, deben estar acreditados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.

Esta facultad, siempre había recaído, exclusivamente, en los agentes del Ministerio Público; sin embargo, en materia federal, los integrantes de la Policía Judicial, "en ejercicio de sus facultades", deben "...Recibir las denuncias sobre hechos que puedan constituir delitos del orden federal, sólo cuando debido a las circunstancias del caso aquéllas no puedan ser formuladas directamente ante el

Ministerio Público, al que la Policía Judicial Federal informará de inmediato a las mismas y de las diligencias practicadas" (art. 3º., fracc. I, del Código Federal de Procedimientos Penales).

Semejante facultad entraña un grave peligro, dado el comportamiento que desde siempre han tenido muchos policías y, además, por su impreparación para avocarse a esa actividad, ¿qué clase de averiguaciones se llevarán a cabo por estos sujetos?...

El desacierto, no se reduce a lo indicado, puesto que las "diversas policías" pueden actuar en auxilio de los agentes de la Policía Judicial, en función tan delicada. De todo esto, lo único que me queda es concluir: "la iglesia está en manos de Lutero"....²

b) Fundamento Legal.

La Averiguación Previa encuentra su fundamento constitucional en los artículos 14 y 16 constitucional, complementándose con lo dispuesto por el capítulo respectivo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mismos que serán analizados a continuación.

² Colín Sánchez, Guillermo. Op.cit. Págs. 311 y 312

La Constitución General de la República, como ya se expuso, crea la institución del Ministerio Público y precisa su atribución esencial. Las leyes orgánicas lo estructuran y organizan señalándole las funciones que le corresponden.

El Ministerio Público tiene la facultad del ejercicio de la acción penal pero su ámbito de acción se desplaza a otras ramas del derecho tales como el civil, familiar, constitucional, amparo, internacional, etcétera.

El periodo de preparación de la acción penal se inicia con la denuncia o con la querrela y concluye cuando el Ministerio público está en aptitud de ejercitarlo, de tal manera que con la consignación de los hechos al órgano jurisdiccional, se inicia el proceso y, con ello, su institución.

La acción penal da vida al proceso y para que pueda ser ejercitado, será indispensable preparar su ejercicio durante la etapa de averiguación previa. Pero, para que el Ministerio Público pueda ejercitar sus atribuciones, es menester que se cumpla previamente con determinados requisitos de procedibilidad.

Estos requisitos de procedibilidad son aquellas condiciones que legalmente deben de satisfacerse para proceder en contra de quien ha infringido una norma del derecho penal. Así, en nuestro sistema jurídico existen como requisitos de procedibilidad la denuncia, la querrela, la excitativa y la autorización.

Hasta antes de las reformas a los textos legales, ningún precepto jurídico señalaba el tiempo de que disponía el Agente del Ministerio Público para realizar la averiguación previa; empero, en el artículo 16 de la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos, en vigor, ya se establece *"...ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos en que la ley prevea como delincuencia organizada..."* (párrafo séptimo), lo mismo está previsto en los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y para el Distrito Federal. (arts.194-bis, respectivamente).

En atención a lo dispuesto en este precepto, como salvo en los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por más tiempo del que señala el legislador; con ello se destaca el control judicial de la detención.

Cabe advertir que de acuerdo con el texto del artículo 16 de la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos, también se establece un control a cargo del o los agentes del Ministerio Público, para los casos de urgencia o flagrancia, en los cuales si hay persona detenida no deberá consentirse la retención por más de 48 horas; fenecido ese término se ordenará la libertad o la consignación al juez, aunque dicho plazo, atendiendo a lo previsto en el Código de Procedimientos Penales, dicho término podrá duplicarse únicamente para los

casos de delincuencia organizada, consistente en que "tres o más personas se organicen bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos", los delitos que para esos efectos se señalan en el Código Penal, vigente, para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal así como también en el artículo 84 de la Ley de Armas de Fuego y Explosivos, Tráfico de Indocumentados (art.138 de la Ley General de población) y Fiscales (art. 115- bis del Código Fiscal de la Federación).

El que el plazo antes señalado pueda duplicarse en aquellas situaciones previstas por el legislador, se justifica por las complejidades que pueden surgir con motivo de la averiguación de los delitos graves por los que habrá de seguirse el proceso, porque con ello se da oportunidad para recabar mayor información y las probanzas necesarias para determinar acerca de los elementos del delito y la probable responsabilidad del indiciado. Lo indicado en los ordenamientos legales antes invocados, es digno de encomio. Llena un vacío que durante muchos años permitió toda clase de excesos, en concreto: es de esperar que ya no haya detenciones fundadas en el capricho o que se prolonguen contrariando lo establecido fundamentalmente por la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos.³

³ Cfr. Quintana Valtierra, Jesús. *Op. cit.* Pág. 23

Esta etapa se regula por lo dispuesto en los siguientes artículos: 16. de la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos: 1º., fracción I, 2º., del Código de procedimientos Penales. en materia federal; y 2º., 3º., fracción I, 94 y siguientes relacionados, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal

En el artículo 16, constitucional, se dice a la letra "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá de poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal

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. Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder. En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.⁴

Atento en lo dispuesto por el precepto legal transcrito, para la válida promoción de la acción penal, deberán darse los siguientes requisitos: la comisión u omisión de un hecho, reputado por la ley como delito; que tal hecho lo haya realizado una persona física, que se haya dado consentimiento del ofendido a su legítimo representante, si el delito se persigue a petición de parte agraviada, y en términos anteriores a la reforma constitucional de fecha 3 de septiembre de 1993, que lo dicho por el denunciante o querellante, esté apoyado por declaración de persona digna de fe y de crédito o por otros elementos de prueba que hagan presumir la responsabilidad del inculpaado

⁴ Cfr. Colin Sánchez, *Op. cit.* Págs. 313 y 314

c) Requisitos de Procedibilidad.

La Constitución General de la República, como ya se expuso, crea la institución del Ministerio Público y precisa su atribución esencial. Las leyes orgánicas lo estructuran y organizan señalándole las funciones que le corresponden. El Ministerio Público tiene la facultad del ejercicio de la acción penal pero su ámbito de acción se desplaza a otras ramas del derecho tales como el civil, familiar, constitucional, amparo, internacional, etcétera.

El periodo de preparación de la acción penal se inicia con la denuncia o la querrela y concluye cuando el Ministerio Público está en aptitud de ejercitarlo, de tal manera que con la consignación de los hechos al órgano jurisdiccional, se inicia el proceso y, con ello, su institución.

La acción penal da vida al proceso y para que pueda ser ejercitado, será indispensable preparar su ejercicio durante la etapa de la averiguación previa. Pero, para que el Ministerio público pueda ejercitar sus atribuciones, es menester que se cumpla previamente con determinados requisitos de procedibilidad. Estos requisitos de procedibilidad son aquellas condiciones que legalmente deben de satisfacerse para proceder en contra de quien ha infringido una norma del derecho penal. Así, en nuestro sistema jurídico existen como requisitos de procedibilidad la denuncia, la querrela, la excitativa, y la autorización.

La Denuncia.

Ésta es considerada desde un aspecto general y otro procesal. Desde el punto de vista general, es el medio para dar a conocer a las autoridades la probable comisión de un delito o para enterarlas de que éste se ha llevado a cabo. Procesalmente, es el medio por el que los particulares hacen del conocimiento del Ministerio Público que se ha cometido un hecho delictuoso, ya sea en su perjuicio o en el de un tercero.

La denuncia puede presentarla cualquier persona, cumpliendo así con un deber impuesto por la ley, ya que la denuncia de los delitos son de interés público al ser conculcado el orden jurídico, surgiendo con ello un sentimiento de repulsión hacia el infractor de la norma jurídica penal.

A todo ciudadano le interesa que las acciones se actualicen, a manera de ejemplo y, de este modo se prevenga la comisión de actos ilícitos, por ello se justifica que algunos delitos se persigan de oficio. Así, basta que el Ministerio Público sea informado de un delito para que de inmediato ordene a la policía judicial que practique las investigaciones necesarias que le permitan concluir, en su oportunidad, si aquello de lo que tiene conocimiento constituye una infracción penal y de ser así, determinará al presunto responsable.

En el caso de los delitos que se persiguen de oficio, la denuncia es un elemento necesario para que se inicie la averiguación previa, la que en su caso permitirá el ejercicio de la acción penal y, ejercitada ésta sin detenido, dará paso a la orden de aprehensión que sólo puede emitir el juez que conozca de la causa, tal como lo prevé el artículo 16 de la Constitución Federal.

La Querrela.

Es el derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dará su anuencia para que éste sea perseguido.

Cuando se trata de los delitos que se persiguen a petición de parte ofendida, no solamente el agraviado, sino también su representante legal, puede poner en conocimiento del Ministerio Público el hecho delictivo. Se ha considerado a la querrela como una condición objetiva de punibilidad y, de otra forma, como un instituto procesal.

Con condición objetiva de punibilidad, se estima que la querrela está comprendida dentro del derecho penal sustancial, porque el Estado está limitado en su potestad punitiva, al dejar al sujeto pasivo del delito la libertad para poner en conocimiento la comisión del ilícito.

En el segundo de los casos, la doctrina contemporánea sitúa a la querrela dentro del campo del derecho de procedimientos penales, considerándola como una condición de procedibilidad. En efecto, esto es así porque la actuación de la maquinaria judicial está condicionada a la manifestación de voluntad del particular.

La Excitativa.

Esta figura jurídica también es considerada como un requisito de procedibilidad, ya que ésta en la petición que hace el representante de un país extranjero para que se proceda penalmente en contra de quien ha proferido injurias al gobierno que representa o a sus agentes diplomáticos estableciéndose que sean éstos los que manifiesten su voluntad para que se persiga el delito.

En la práctica, el embajador o el agente del gobierno ofendido puede solicitar al Ministerio Público se aboque a la investigación y persecución de los hechos o bien, a solicitud de los interesados puede ser la Secretaría de Relaciones Exteriores la que haga la excitativa ante la Procuraduría General de la República.⁵

⁵ Cfr. Quintana Valtierra, Jesús. *Manual de Procedimientos Penales*. Editorial Trillas. México, 1995. Págs. 28-30.

La Autorización.

Es la anuencia que manifiestan los organismos de autoridades competentes, en los casos expresamente previstos por la ley, para la persecución de la acción penal, tal es el caso del desafuero tratándose de diputados o de senadores.

CAPITULO III.

El Juez.

a) **Noción.**

El Estado es quien, cumpliendo una de sus atribuciones en el ejercicio de su soberanía, lleva a cabo la función jurisdiccional para preservar la armonía en su territorio. La función jurisdiccional viene a ser la ejecución del supuesto establecido en la ley penal, la que nace a petición del representante social que es el Ministerio Público, lo cual denota una actividad que desarrollan órganos específicamente determinados que, en representación del Estado y en ejercicio de la jurisdicción, aplican la ley al caso concreto

El Estado delega la función jurisdiccional en el juez. Esta es un sujeto de primordial importancia en la relación procesal, ya que es el encargado de ejercer la función soberana de jurisdicción en un proceso penal determinado.

En ese orden de ideas, se puede decir que el órgano jurisdiccional es aquel sujeto investido legalmente por el Estado para declarar el derecho en cada caso concreto, es decir, por medio de la jurisdicción será como se manifieste la actividad judicial.

En relación con la acepción de jurisdicción. Hugo Rocco manifiesta: “ La jurisdicción es la actividad constante con que el Estado provee a la tutela del derecho subjetivo, o sea a la reintegración del derecho amenazado o violado.¹

La función judicial, la delega el Estado en el juez. éste es el subórgano de que se vale para llevarla a cabo; es un sujeto de primordial importancia en la relación procesal; “es el representante monocrático” o colegial del subórgano judicial del Estado, encargado de ejercer la función soberana de aplicar el derecho en un determinado proceso penal.

El juez, es un representante del Estado que le otorga a un hombre o a una mujer poderes excepcionales para los que se someten a él, siempre y cuando exista la competencia y demás requisitos previstos por el legislador. Es, por lo tanto, subórgano jurisdiccional, la persona investida legalmente, para que a nombre del Estado declare el derecho en cada caso concreto; es decir, por medio de la jurisdicción se manifiesta la actividad judicial.

El juez, además, tiene el imperio, por eso es autoridad; a los árbitros en cambio (en materia civil), sólo se les confiere la jurisdicción y no el imperio; por ende, nos son autoridades.²

¹ Rocco, Hugo. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Porrúa. México, 1949. Pág. 27

² Cfr. Colín Sánchez, Guillermo. *Op. Cit.* Pág. 183.

Isidro M. González dice que el juez es el que indica o dice el derecho, el sujeto que ocupa el vértice superior del triángulo procesal y su función primordial es la justa composición del litigio.³

b) Características.

El representante del Estado en cumplimiento de una de sus atribuciones, provee todo lo necesario para que se lleve a cabo la función judicial, y así entre otras medidas preservar la convivencia social.

La función judicial, es el puente de paso de lo abstracto a lo concreto; es decir, "de la ley penal a la ejecución de la ley penal", lo cual denota una actividad desarrollada por personas, específicamente determinadas, que en representación del Estado y en ejercicio de la competencia que se les asigna aplican la ley; por ende, su capacidad es distinta de la que llevan al cabo otros sujetos de la relación procesal, como el o los funcionarios del Ministerio Público, de la policía, etc., porque, aunque sus actos, in genere, pudieran ser considerados judiciales, estrictu sensu, no los son, en razón de su competencia.

³ Cfr. González, Isidro M. *Diccionario Jurídico Harla. Derecho Procesal. Editorial Harla. México, 1997. Pág. 113.*

Para que la función judicial pueda llevarse a cabo, es indispensable que, a la persona a quien se le encomienda, tenga la potestad y la capacidad, en sentido general, misma que es el conjunto de atributos señalados por la ley para poder ejercer el cargo.

La capacidad, en el orden procedimental penal, abarca diversos aspectos, razón por la cual la clasifico en subjetiva y objetiva.

La primera, se divide, a su vez, en capacidad subjetiva en abstracto y capacidad subjetiva en concreto; y la segunda, concierne a la competencia.

Es el conjunto de requisitos indispensables que debe reunir el sujeto para que le sea conferida la potestad de aplicar el derecho; es decir, todos aquellos elementos que habrán de satisfacerse para ser designado juez.

Si la jurisdicción es la potestad para declarar el Derecho, esto no significa que su ejercicio sea ilimitado, porque un juez no puede conocer de todas las materias jurídicas previstas en los preceptos legales, ni tampoco con independencia del lugar en donde se haya dado el asunto sometido a su consideración; esto es así, por razones, no sólo de soberanía, sino también de carácter práctico; por eso, se establecen limitaciones a la potestad a la que me he referido y que me conducen al estudio de la capacidad objetiva: competencia.

En el artículo 10, párrafo segundo del Código mencionado. Se lee a la letra:
"...también será competente para conocer de un asunto, un juez de distrito distinto al del lugar de la comisión del delito, si por razones de seguridad en las prisiones, atendiendo a las características del hecho imputado, a las circunstancias personales del inculpado y a otras que impidan garantizar el desarrollo adecuado del proceso, el Ministerio Público Federal considera necesario llevar el ejercicio de la acción penal ante otro juez".

Lo anterior es igualmente aplicable para los casos en que, por las mismas razones, la autoridad judicial, de oficio o a petición de parte, estime necesario trasladar a un procesado a algún centro de reclusión de máxima seguridad en los que será competente el tribunal del lugar en que se ubica dicho centro."

Como consecuencia de tal disposición el agente del Ministerio Público Federal, puede abocarse al conocimiento de las conductas o hechos del fuero común, todo esto en razón del concurso de delitos por razón de la conexidad que tengan con los del orden federal y por ende, los subórganos judiciales federales serán competentes para conocer de ellos y juzgarlos. A mi juicio, semejante reforma entraña la federalización de conductas o hechos tipificados como del orden común por el simple hecho de la "vinculación o conexión"; además, el principio *locus regit actum* cae por tierra estruendosamente aunque se argumenten "razones de seguridad en las prisiones".

Todo esto va en detrimento de la competencia del juez de la causa y se traduce en que conocerá de la misma un juez incompetente en razón de la materia; sin olvidar que ahora el personal del Ministerio Público tendrá la oportunidad de escoger al juez ante el cual deba llevar a cabo el ejercicio de la acción penal. Las bases de sustentación de semejante proceder, no dejan de ser subjetivas y hasta superficiales, como lo es entre otras la conclusión de si un reclusorio es de máxima o mínima seguridad, en su caso. Adviértase que semejante disposición tendrá efectos considerables en los casos de los mal llamados conflictos de jurisdicción y acumulación de procesos.

La competencia en razón de la persona, al decir de Carlos Franco Sodi: "riñe, en principio, con la regla de igualdad entre los hombres ante la ley, pues implicó antes, una distribución entre clases y ahora una diferenciación profesional que sólo se justifica para Garraud, frente a los delitos militares." Pese a ese punto de vista, considero que los militares no tienen un fuero formal, en la ley que los rige se protege la disciplina del Ejército. Sólo están sujetos a ese régimen, los militares, por ser los únicos a quienes afecta tal disciplina, por eso, no me parece correcto el criterio transcrito, porque esta competencia, en esas condiciones, no es únicamente por razón de la persona, sino también en función de la materia.⁴

⁴ Cfr. Colín Sánchez, Guillermo. *Op.cit.* Págs. 186 y 187.

En general, es posible afirmar que esta competencia tiene su justificación en la necesidad de tomar en cuenta ciertas cualidades profesionales del sujeto.

La competencia en cuanto al territorio, se ha establecido por razones prácticas, para que la administración de justicia pueda llevarse a cabo en forma expedita, de tal manera que, tomando también en cuenta nuestra organización política y las facultades que, se otorgan en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en las Entidades Federativas ha sido admitida una regla que, bien puede afirmarse, rige universalmente: la que declara juez competente, a la del lugar donde se cometió el delito; empero, cuando existan varios jueces, de una misma categoría, en el lugar, será competente el que haya prevenido, asimismo, cuando se trate de delitos continuos.

Por lo que toca a la competencia por conexidad, ésta viene a derogar en parte, los principios referentes a la materia y al lugar, y para fijarla, deberá tenerse presente, tanto la ejecución del delito como su consumación.

La competencia se ha clasificado en diversas formas; la más reconocida, tanto en la doctrina como en la legislación, es en razón de la materia, del territorio, del grado y de la cuantía.

En el Derecho Mexicano, se determina en razón de la materia, de la persona, del lugar y como excepción a las reglas generales, en función de conexidad.

De acuerdo con lo indicado, por lo que toca a la materia, la competencia, se determina atendiendo a la distinción hecha por el legislador en cuanto al orden común, federal, militar, etc., por ejemplo, corresponderá conocer a los titulares de los Tribunales Penales, del fuero común, todos aquellos delitos que así han sido considerados; empero, a pesar de lo que se dice en el texto de el primer párrafo del artículo 12 del Código de Procedimientos Penales, con motivo de la reforma a estas disposiciones, llevadas a cabo en 1993, la competencia resulta que ahora es prorrogable.

c) Funciones.

Los jueces penales, son designados por los integrantes del Pleno del Tribunal Superior de Justicia, mismo que tiene facultades para cambiar jueces de una misma categoría a otro Juzgado.

Para un mejor control, en caso de existir dos o más jueces, estarán numerados progresivamente.

El desempeño de las funciones de estos jueces, implica que cuenten con el personal necesario: secretarios numerados progresivamente, mecanógrafos o escribientes, y comisarios. Para el cumplimiento de las labores, los secretarios se abocan al despacho de promociones del caso, dando cuenta al juez, para que sobre las mismas recaigan los acuerdos respectivos; también llevan a acabo las notificaciones, el trámite y la práctica de las diligencias autorizadas en la ley.

El primer secretario, es el jefe inmediato administrativo del Despacho; dirige las labores interiores de la oficina, atendiendo a las instrucciones del juez; distribuye entre los demás secretarios las consignaciones que se hagan al juez, y lleva los libros de la oficina. Por lo que toca a las consignaciones realizadas por el Agente del Ministerio Público, éstas se hacen ante el juez en turno, para que sea éste quien realice la instrucción del proceso correspondiente, hasta sentencia.

No escapa a mi atención que, con motivo de la fiebre reformista o reformadora de estos últimos años, se ha dejado sentir, a manera de remedio eficaz para curar las ancestrales llagas de la justicia, copiosísimas modificaciones a nuestra ley procesal, y se han llevado a cabo en forma tan rápida, ligera y descuidada que, no solamente han creado contradicciones y dudas de unos preceptos, en relación con otros, sino también han destruido la primera sistemática y jerarquía que caracterizaba la ley de referencia; por eso, ya no extraña a nadie que al regular, verbi gracia, la competencia, se principie por los Jueces Mixtos de Paz y que,

posteriormente, por exclusión, se agregue: "Fuera de la competencia a que se refiere el párrafo anterior, los jueces penales conocerán tanto de los procedimientos ordinarios como de los sumarios" (art. 10 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal). Precitado cuáles son los subórganos judiciales, puntualizaré las funciones de éstos, ya se trate del juez instructor y de sentencia, colegiado, unitario, o del magistrado

Las funciones que les corresponden, son: aplicar estrictamente las leyes, instruir los procesos en contra de los infractores de lo dispuesto en las normas penales, y aplicar las penas o las medidas de seguridad.

En la aplicación de lo contenido en la ley, es comúnmente aceptado que el juez penal, en ningún momento se constituya en un creador de lo indicado en la norma jurídica, porque, los principios: *nullum crimen nulla poena sine lege*, *nulla poena sine indicio*, figuran en todas las legislaciones; en cambio, sí debe desentrañar la voluntad del legislador.

La interpretación de la ley, es una tarea obligada y para llevarla a cabo se tomarán en cuenta las necesidades y demandas del momento en que fue dictada, el bien o bienes jurídicos tutelados, las circunstancias sociales imperantes al aplicarla, etc., por eso, es importante que el juez, como intérprete, sea conocedor de la dogmática jurídico penal.

En la práctica de la instrucción procesal, deberá realizar los fines específicos del proceso; es decir, conocer la verdad histórica y la "personalidad del delincuente", lo que podrá lograr atacando lo dispuesto en las normas jurídicas, con la cooperación de sus auxiliares y muchos otros elementos.

CAPITULO IV .

La Resolución dentro del término Constitucional.

El motivo principal de este capítulo, es analizar el artículo 19 constitucional y las posibles resoluciones que se pueden dar una vez que el Ministerio Público a nivel Averiguación Previa ha ejercido la acción penal con la consecuente consignación, lo que da lugar a la radicación de la causa ante el juez penal respectivo. motivo por el cual consideramos pertinente referirnos en principio de acción penal, a fin de analizar la consignación respectiva y entrar al breve análisis del artículo 19 constitucional.

Por lo que respecta a la acción penal podemos decir lo siguiente:

“El ejercicio de la acción penal, por sus implicaciones políticas para la seguridad jurídica y la paz social, debe hacerse en cuanto proceda legalmente, siempre de manera mediata. Entre la noticia crimis y su planteamiento ante el Tribunal, debe mediar un procedimiento por el cual se demuestre su pertinencia y justificación. Como exigencia previa debe acreditarse, entre otras cuestiones, los elementos del tipo penal del delito y la probable responsabilidad del inculpado, es decir, la tipicidad como hecho concreto concordante con la descripción de la conducta prohibida por una norma, así como su atribuibilidad al probable responsable”.

Si la acción penal como hemos señalado es, a través del proceso, una forma de control político para sustituir el reclamo de la afectación de los bienes jurídicos por acto propio, mediante la tutela por acto de la autoridad; y si esa institución únicamente se efectúa a requerimiento del Ministerio Público. ¿no cabe admitir que ese requerimiento, o más concretamente, el poder de requerir accionando, forma parte del poder político penal de que se halla investido el Estado de acudir ante el Tribunal para pretender punitivamente, previo acreditamiento de los elementos del tipo penal del delito y de la probable responsabilidad del inculpado?

Debe tenerse presente que el derecho de acción, configurado como garantía individual en la mayoría de las constituciones escritas (artículo 17 de nuestra Carta Magna) considerado por los escritores clásicos del Derecho Constitucional como una expresión sustancial (dado que tal derecho es inseparable de todo gobernado), en la materia penal sólo se ejerce después de integrarse determinados requisitos (elementos del tipo penal del delito y la probable responsabilidad del inculpado), por parte del Ministerio Público

En este sistema penal, el Poder Judicial no tiene por que ser excluido de los órganos de gobierno y autoridades involucradas en la incoación de dicho poder, ante los cuales el Ministerio Público acude monopólicamente a ejercer, como deber, el derecho de acción.

Este derecho empezó a perder entidad y alteró sus originarias formas de ejercicio ante el juez cuando el gobierno representativo(Francia a partir de 1789) comenzó a suministrar nuevos instrumentos de acusación penal indirecta, mediante el Representante Social o Ministerio Público. Pero en cambio ha ido fortaleciéndose paulatinamente ante el Judicial, en razón de la existencia de leyes procesales cada vez más perfeccionadas que regulan su ejercicio y aseguran su eficacia, como lo es el caso de la existencia del procedimiento de preinstrucción regulado por los artículos 19 constitucional y 1º fracción II del Código Federal de Procedimientos Penales, durante el cual el juez verifica si es cierto, como lo aseveró el ministerio Público al consignar (ejercicio de la acción penal), que existen o no demostrados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculgado, para así resolver si decreta la formal prisión o sujeción a proceso, o bien la libertad por falta de elementos para procesar”¹

El *derecho de acción penal*, fue pues, en su *formación originaria*, un derecho privado. Luego adquirió, en reconocidos textos de derecho constitucional el carácter público de garantía. Finalmente, hoy su ejercicio se reserva a manera de competencia exclusiva del Ministerio Público, como medio de control de política criminal del Estado en persecución del delito

¹ Cfr. Díaz de León, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho Procesal Penal*. Editorial Porrúa. México, 1997. Tomo I. Págs. 115 y 116.

“De esta manera . en sus inicios el derecho y la acción se presentaron en una unión no siempre fácil de reparar, lo cuál originó que el particular la dedujera a su criterio, sin control del Estado de aquellas épocas. Cuando la acción apareció establecida como una garantía individual en el Bill of Rights de 1869. por ejemplo, la estructura de los poderes no había llegado aún a la organización que le aguardaba posteriormente, en particular a partir del siglo XVIII con la teoría de Montesquieu, sobre la base de una clara distinción entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

Recordemos que en los albores de esta Doctrina de la división del poder político, el Rey era, simultáneamente, legislador, gobernante y juez. En grado tal éste era el titular de cualquier emanación de la soberanía, que la discutida expresión de que “El Estado era él” no constituyó una jactancia ni menos una falsedad toda expresión de poder la efectuaba él o provenía de él por delegación

Los ejemplos del reconocimiento del derecho fundamental de acción al individuo primero, y, después, su ejercicio a través del Ministerio Público, por parte de la autoridad Estatal, fueron, en el curso de la historia, auténticos momentos de excepción hasta los siglos XVIII y principios del XIX.

"En materia penal el derecho de acción se ejercitó, pues, originariamente, por el particular ante el Juez que dirigía la Policía Judicial, sin mediar propiamente requisitos técnicos o probatorios sobre la existencia del cuerpo del delito (hoy elementos del tipo penal), de la probable responsabilidad del inculpado y, mucho menos, se concebía a la averiguación previa

Quando el principio de la división de poderes comienza a hacer su comercio, el ejercicio de la acción penal, separándose de el civil, asume características específicas ante cada uno de esos poderes. El legislativo separa su incoacción del particular y establece al Ministerio Público; el ejecutivo le otorga competencia para ejercerla en representación del particular y de la sociedad, finalmente, el poder judicial reconoce al Ministerio Público como accionante y parte de la instancia criminal. Las viejas formas procesales se mantienen; pero ha cambiado la condición de los jueces a quienes se dirige, en particular la acción penal

"Como consecuencia surge también la posibilidad procesal de distinguir entre la acción y la pretensión. Se establece, así, que toda posición doctrinaria tendiente a asimilar dichas figuras acción y pretensión, constituye una contradicción sustancial. La acción va dirigida al juzgador para que abra el proceso y jamás requiere de un análisis del contenido de la pretensión o sobre la justicia de ésta, dado que debe transitar a lo largo de la instancia hasta el momento del fallo definitivo.

De existir efectivamente un derecho material lesionado, la sentencia será estimatoria de la pretensión deducida. si no existe, la petición de tutela del derecho sustantivo será rechazada; pero, en todo caso, el juez debe dar entrada al ejercicio de la acción y a la pretensión como tal, para su debido examen conforme a las reglas procesales a través de la instancia.

En casi todos los sistemas judiciales civiles, laborales o administrativos, por ejemplo, dicho procedimiento se encuentra perfectamente reglamentado. lo mismo ocurre en el orden penal de no pocos países, en cuyas legislaciones se han codificado normas comprendientes para impugnar las abstenciones del órgano jurisdiccional en la admisión de una consignación.

Tal es el caso del recurso de queja autorizado por el artículo 398 bis del Código Federal de Procedimientos Penales y 442 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mediante el cual se combate el abuso de poder de parte del juzgador que omite dictar acuerdo sobre el ejercicio de la acción penal deducida por el Ministerio Público.

Esta abstención en el poder de resolver sobre la consignación planteada, constituye una grave falta en el oficio de administrar justicia a cargo del tribunal, comprometiente, además, de la política criminal y de la seguridad jurídica.

Luego entonces aquí, la queja más que en recurso para impugnar los errores contemplados en las resoluciones judiciales, se utiliza para corregir a los órganos judiciales que se aparten de la legalidad de sus deberes y funciones emanadas de su competencia; es decir, su finalidad es forzar al juez a cumplir con su oficio y deber de resolver de acuerdo a los dictados de la ley. Es decir, la violación de este derecho establecido en el ejercicio de la acción penal, se consuma cuando se omite al Ministerio Público su posibilidad material de que se decida sobre la pretensión punitiva hecha valer en la consignación, por parte de la autoridad judicial, ya sea resistiéndose a admitir las peticiones concretas de derecho penal, ya sea rechazándolas de plano y sin examen alguno, o bien dejándolas indefinidamente sin respuesta.”²

Nuestra Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos, ha establecido la idea de que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar sus pretensiones, pues tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, así como que, en lo penal, la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público (artículos 17 y 21). Pero en realidad, tales derechos fundamentales de los ciudadanos, implican una mayor cobertura a los gobernados, pues son más amplios que la simple exigencia a la autoridad para la sanción y reparación de los daños originados por el delito.

² Franco Sodi, Carlos. *El Procedimiento Penal*. Editorial Porrúa. México, 1960. Págs. 75 y 76.

No se trata únicamente de la tutela efectiva frente al concreto ilícito penal producido, sino de la seguridad jurídica y de la paz social derivados del derecho de llevar a juicio cualquier pretensión jurídicamente relevante mediante el ejercicio de la acción penal.

Así, pues, a pesar de su eficacia aparentemente limitada, el ejercicio de la acción penal por conducto del Ministerio Público, es un invaluable instrumento político de relación entre el Estado, el pueblo y el individuo. En tanto constituye un instrumento de política criminal para hacer llegar hasta el órgano jurisdiccional las pretensiones punitivas por delitos efectivamente cometidos, su significado crece y es fundamental en el sistema de pacificación social, mediante la tutela jurídica y *por obra de la jurisdicción*.

En este sistema de política criminal, cuando el Ministerio Público incoa la acción penal ante el poder judicial, ese ejercicio jurídico no únicamente resulta virtualmente coactivo para el inculpado, quien desde la declaración preparatoria contesta el cargo y empieza a defenderse (fracciones III y IX del artículo 20 constitucional), sino, igualmente, resulta coactivo el órgano jurisdiccional quien *debe pronunciarse en una u otra forma según la persuasión a que llegue con las pruebas: al fallo definitivo*.

Este deber de pronunciamiento de parte del juez, es de tal manera riguroso ante el ejercicio de la acción penal, que su omisión configura como de responsabilidad oficial : fracción VI del artículo 225 del Código Penal.

En suma, después de esta *visión panorámica de la justificación y fines de la política criminal* sobre la existencia de presupuestos para el ejercicio de la acción penal y su conexión con el juez penal, de ello podemos agregar otras consecuencias que contienen fines superiores en la escala de los valores sociales, como propiciar la seguridad jurídica, la paz social, para que los gobernados puedan desarrollar sus potencias, sus objetivos, sus actividades, originando todo esto el progreso del Estado de Derecho y la tranquilidad de las naciones. Una vez que se ejercita la acción penal, se da lugar a la *consignación*, de lo que hablaremos a continuación:

En nuestro sistema procesal es el acto por el cual, de manera escrita el Ministerio Público ejercita la acción penal y expresa la pretensión punitiva ante el órgano jurisdiccional.

La acción penal se dirige ante el juez como exigencia para que cumpla con su deber de jurisdicción de abrir el proceso; en cambio la pretensión punitiva se dirige contra el inculpado, con petición al juez de que le imponga una sanción penal de resultar condenado como responsable del delito imputado en la

sentencia definitiva; la pretensión punitiva surge de relación de derecho criminal que se da entre el hipotético infractor de la norma penal y el Estado, como titular de la ius puniendi.

Así, la acción penal se abstracta e independientemente del probable responsable del delito, y sólo se dirige al juzgador, como ya se dijo, para solicitar la apertura del proceso y el correspondiente enjuiciamiento del inculpado, pero en sí misma es distinta de la pretensión punitiva.

En principio, si la pretensión punitiva no es exacta, no existe o es ilegal, el Ministerio Público no promoverá la consignación. Es decir, el Ministerio Público tiene la obligación de ejercitar la acción penal y pretender punitivamente sólo cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 Constitucional, o sea, cuando estén probados en la averiguación previa los elementos que integran el tipo penal, la probable responsabilidad del inculpado, así como los demás requisitos de procedibilidad que en el caso concreto existan.

Lo anterior no compromete el carácter abstracto de la acción penal, pues, lo que ocurre es que la norma que prevé a la acción penal y que comprende al deber jurídico de ejercitarla de parte del Ministerio Público, no obliga al fiscal hasta el punto de que se intente en forma incorrecta o indebida, es decir, sin cumplirse los requisitos previos que deben existir para promoverla, como lo establece el artículo

16 constitucional. Trátase, pues, de un acto complejo al cual se anexa el acta de la averiguación previa relativa, donde consten las pruebas suficientes para tener por acreditados los presupuestos exigidos por el artículo 16 constitucional, o sea la demostración de los elementos del tipo penal del delito, la probable responsabilidad del inculpado, así como de los requisitos de procedibilidad como, la denuncia, la querrela, la declaratoria de perjuicios (en tratándose de delitos fiscales), etc.³

A) Artículo 19 Constitucional.

El texto anterior del artículo 19 Constitucional era el siguiente:

Art.19. Ninguna detención podrá exceder de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituye aquél, el lugar, el tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención, o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten.

³ Díaz de León; Marco Antonio. Op.cit. Pág. 215 y 216.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

La redacción actual del artículo 19 constitucional es la siguiente:

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

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción al proceso.

Si en la secuela de un proceso apareciera que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades."

Los efectos que se observan en el artículo mencionado, son el auto de formal prisión y el auto de libertad, los cuales serán motivo de análisis en los siguientes apartados:

a) Auto de Formal Prisión.

El auto de formal prisión es la resolución pronunciada por el órgano jurisdiccional competente para resolver la situación jurídica del inculcado al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, por estar comprobados los elementos integrantes del tipo penal que merezcan pena corporal y los datos suficientes que hagan probable su responsabilidad, para así determinar el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso.

De lo anterior se desprende que para emitir tal resolución, el juzgador debe contemplar la integración de determinados requisitos previstos por la ley, los que se conocen como requisitos medulares y formales del auto de formal prisión.

Del análisis de los artículos que señalan los requisitos del auto de formal prisión, tales como el 19 constitucional, el 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, y el 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se concluye que la parte medular de la resolución citada se encuentra en la comprobación de los elementos integrados del tipo y la probable responsabilidad. Veamos por separado cada uno de estos rubros.

Podemos indicar que el cuerpo del delito se integra con la precisión del "delito real" que encuadra con precisión en la definición legal de un delito. Así, el cuerpo del delito es el contenido del "delito real" que cabe en los límites fijados por la definición de un "delito legal".

Para la debida comprensión del cuerpo del delito, es conveniente aclarar que es el "delito real". Los delitos legales son las definiciones que la ley da a los ilícitos penales en particular. Por ejemplo, "comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro". Estas definiciones las crea el legislador fijándose en los actos concretos de la vida social. De estos actos hace a un lado lo que tienen en particular y, con su esencia, forja los tipos delictivos.

En conclusión, en el procedimiento penal, el cuerpo del delito ésta constituido por el conjunto de elementos objetivos, normativos y subjetivos que integran a la descripción de la conducta o del hecho delictuoso, según lo determina la ley penal.

En el fenómeno jurídico penal existen los siguientes capítulos:

- a) Bienes Jurídicamente Tutelados: Aquéllos que la ley protege en homenaje a los valores reconocidos para la vigencia de la armonía social.
- b) Delitos: Conductas que la ley penal prevé, como conculcadora de los bienes que intenta proteger.
- c) Presupuestos del delito: La acción o hecho (conducta humana) típica, antijurídica y culpable.
- d) Presupuestos de la Sanción: Imputabilidad, culpabilidad y ausencia de circunstancias que eviten la pena o justifiquen el proceder.

Lo expuesto nos permite concluir que el "delito legal" se conforma con los lineamientos que comprenden la descripción que de los delitos en particular hace el legislador y que, si en esta descripción van elementos de sanción, éstos quedan dentro de las fronteras del "delito legal"

Ahora bien con lo anterior ya se entenderá que el cuerpo del delito es el contenido del "delito real" que encaja perfectamente en la descripción de algún delito hecha por el legislador, en las que muchas veces van elementos de carácter moral. La descripción también puede contener elementos de carácter "valorativo", por requerir su presencia en el cuerpo del delito.

Las variedades que presentan los delitos, determinan una diversidad en el cuerpo de los mismos, lo cual ofrece una coyuntura para las clasificaciones.⁴

La primera clasificación que se puede hacer, es la de los delitos cuyo cuerpo comprende exclusivamente elementos materiales.

Es pertinente recordar que en la antología contemporánea, se distinguen tres clases de objetos: materiales, ideales y valentes.

Los objetos materiales, son aquellos de los cuales tenemos conciencia por los sentidos (la silla que toco, la música que escucho, el automóvil que veo). Los ideales, son aquellos que llegan al sujeto por medio de la idea (la operación matemática). Los valentes, son los que llegan al sujeto por medio de la intuición, como son todos los valores (la belleza, la justicia, etc.,).

⁴ Cfr. Quintana Valtierra, Jesús. *Op.cit.* Págs. 55-57.

ESTA TESIS NO SALE DE LA BIBLIOTECA

Hecha la explicación que antecede, ya se entenderá que el primer grupo de delitos que hemos señalado está constituido por elementos que se pueden percibir por los sentidos. Este grupo de delitos se ha denominado delitos simples, pudiéndose citar como ejemplos el homicidio, las lesiones, el infanticidio y el aborto.

Frente al grupo de delitos simples están aquellos en cuyo cuerpo se encuentran incluidas como principales notas de distinción, las de carácter subjetivo, las de relación entre los sujetos. El cuerpo del delito es calificado por notas de carácter subjetivo cuando en la definición va un elemento de tal índole, como por ejemplo: el fraude, en el que, al estar comprendiendo el engaño, tiene una nota de carácter subjetivo puesto que el engaño entraña el tener conocimiento de los perfiles que presenta la realidad y la intención de llevar al mínimo del sujeto pasivo la creencia de que la realidad presenta caracteres distintos a los que registra.

El cuerpo del delito es calificado por notas de calidad del sujeto cuando en la descripción de la conducta registrada por el legislador se señalan características de tal especie, como sucede en el peculado, que solicita que el sujeto activo sea un servidor público.

El cuerpo del delito es calificado por notas de relación cuando el delito registra características de vinculación entre los sujetos, como en el incesto.

Hay otros delitos que bien podrían llamarse bilaterales: son los que en el delito legal no sólo se alude al proceder del sujeto activo y a la consecuencia provocada por éste, sino que también comprenden alguna conducta que debe guardar el sujeto pasivo; como por ejemplo en el robo, en donde debe de existir el no consentimiento de la víctima para el apoderamiento por parte del sujeto activo, y en el estupro, el consentimiento del sujeto pasivo.

Las clasificaciones dadas no intentan ser exhaustivas; tienen como finalidad ilustrar sobre los diversos elementos que pueden comprender el cuerpo del delito, siendo oportuno decir que muchos delitos pueden ser abarcados sólo por una clasificación o tener un carácter mixto, como sucede en el estupro que aún siendo calificado por nota valorativa, es bilateral.

Fijados los conceptos del cuerpo del delito, es importante determinar qué se debe entender por comprobación de éste.

Comprobar el cuerpo del delito es demostrar la existencia de los elementos de un proceder histórico que encaja en el delito legal. Así, en los cuerpos delictivos que hemos denominado simples, se necesita demostrar los elementos materiales del proceso externo y la consecuencia, con lo cual se agota el delito en su definición. En los calificados, el proceder previsto por el legislador incluye las notas

subjetivas, valorativas, de calidad del sujeto o de relaciones previstas en el delito legal y, en los bilaterales, también las referencias que se hace al proceder o la situación del sujeto pasivo.

El Código Federal de Procedimientos Penales manifiesta en el párrafo segundo del artículo 168 que:

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictuosos, según lo determine la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene este Código.

La comprobación del cuerpo del delito conduce al capítulo de la forma en que debe demostrarse éste, o lo que es lo mismo, cómo se debe acreditar la existencia de los actos típicos.

La acreditación puede realizarse de manera directa e indirecta, directa cuando lo que se prueba es el acto mismo, indirecta cuando lo que se acredita es determinado elemento o elementos, del cual se puede inferir lógica y naturalmente la existencia del acto.

Así pues, los medios indirectos nunca comprueban de manera inmediata la conducta prevista en la ley, lo hacen de manera mediata o indirecta y es lo que bien podría llamarse presuncional, debido a que acreditan algo de lo cual se infiere el acto previsto en el delito legal.

De acuerdo con el estudio de nuestras leyes positivas, encontramos que los delitos, en lo relativo a la comprobación de su cuerpo, se pueden clasificar en varios grupos:

- a) Los delitos cuyo cuerpo se comprueba en forma directa.
- b) Los delitos cuyo cuerpo se comprueba en forma indirecta, probando ciertas situaciones.
- c) Los delitos cuyo cuerpo se comprueba por cualesquiera de las dos formas antes enunciadas.

Los delitos del primer grupo se enrojan en la regla general establecida en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales. En todos estos delitos, para comprobar su cuerpo, se debe demostrar la existencia del acto previsto en la ley. Esto es, lo que encaja en la descripción legal. El proceder del hombre que puede encuadrar en el tipo penal

Al segundo grupo pertenecen, en materia federal, el homicidio, las lesiones, el aborto, el infanticidio y el robo de energía eléctrica, tal como se aprecia del artículo 171 al 180 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Por lo que corresponde a la legislación del orden común, también la comprobación del cuerpo delictivo de tales ilícitos se encuentra contemplada en los artículos 94 al 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; es decir, en los delitos y artículos enunciados, el legislador establece los elementos que se debe probar.

Al tercer grupo corresponden los siguientes delitos: robo, peculado, abuso de confianza y fraude, a los cuales debe agregarse, en lo referente a la materia federal, los delitos contra la salud y el peculado.

En todos estos delitos su cuerpo se debe de comprobar, en primer lugar, con la regla general, pero como el legislador estima que los actos informantes de dichas infracciones pueden presentar dificultades en sus verificaciones, fija también comprobaciones especiales como a las del segundo grupo (art. 174, 175, 177 y 178 del Código Federal y 115 y 116 del Código del Distrito.)⁵

⁵ Cfr. Quintana Valtierra. Op.cit. Págs. 57-60.

A pesar de la numeración que se ha hecho de los tres grupos para la comprobación del cuerpo del delito, la cual registran varios autores, sólo operan dos grupos, puesto que el que alude a reglas especiales no elimina la posibilidad de que se compruebe el cuerpo del delito con los propios elementos directos de éste.

Si en un caso concreto es posible comprobar todos los elementos del delito, aunque el legislador señale reglas especiales, se debe dar por comprobado el cuerpo. En esta forma, las reglas especiales siempre son supletorias ante la dificultad de prueba de todos los elementos.

Porque cuando el legislador expresa que “se tendrá por comprobado el cuerpo del delito con...”, debe entenderse que si no se pueden probar todos los elementos, entonces, desde el punto de vista legal, se tiene por comprobado el cuerpo del delito con los que fija la ley.

En este apartado se estudiará otro elemento medular de auto de formal prisión, es decir, qué significa la responsabilidad y qué la probabilidad de tener que responder de ésta. Eugenio Cuello Calón dice al respecto:

“El deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad del hecho imputado”.⁶

El Código Penal no define qué es la responsabilidad, simplemente señala cuáles personas son responsables de los delitos.

Pero, para eludir la engorrosa teoría que en este punto es sumamente intrincada podemos aceptar como responsabilidad la obligación que tiene un individuo, a quien le es imputable un hecho, de responder de éste por haberse comprobado con dolo (conocimiento y voluntad de delinquir) o culpa, por acción u omisión

El artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal, manifiesta que:

Son autores o partícipes del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización,
- II. Los que lo realicen por sí;

⁶ Cfr. Quintana Valtierra, Jesús. *Op.cit.* Pág. 60.

- III. Los que lo realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo llevan a cabo sirviéndose de otro;
- V. Los que determinen dolosamente a otro cometerlo;
- VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII. Los que con posteridad 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 pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán en la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII, VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este Código.

Una vez fijado objetivamente el concepto de responsabilidad, se debe pasar al estudio del segundo elemento medular del auto de formal prisión: la probable responsabilidad.

Muchos autores hablan de presunta responsabilidad, otros de posible e incluso aluden también a la sospecha. La ley tampoco utiliza una denominación uniforme

Así, el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales utiliza el término "probable responsable", el 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal alude a la "probable responsabilidad" y el 302 del mismo ordenamiento nos habla también de "presunta responsabilidad". La Constitución usa por su parte en el artículo 19 el término "probable responsabilidad".

Lo más común es que se hable de "presunta", refiriéndose esta expresión a la prueba presuncional o circunstancial, lo cual entraña un error, ya que la prueba presuncional conduce a la plenitud probatoria y no es tal situación la que constituye el elemento medular que estamos tratando, toda vez que la probable responsabilidad no indica comprobación absoluta, sino simplemente se refiere a lo que puede ser o existir, o a lo que se puede fundar en alguna razón, sin que por ello se concluya la prueba plena de proceder...⁷

Esta tesis es la que ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando manifiesta que para la validez legal del auto de formal prisión se necesitan elementos que hagan suponer la responsabilidad.

En la tesis consignada en la página 97 del Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965, del Semanario Judicial de la Federación, se traslada el contenido casi

⁷ Cfr. Onoroz Santana, Carlos M. Manual de Derecho Procesal Penal, Editorial Limusa, Mexico, 1996, 4a Reimpresión. Pág. 83.

literal del artículo 19 constitucional, aludiéndose al término de probable responsabilidad del inculpado.

Esta tesis reza:

El artículo 19 constitucional señala como elementos de forma que deberán expresarse en los autos de formal prisión:

- a) El delito que se imputa al acusado y sus elementos consecutivos.
- b) Las circunstancias de ejecución, de tiempo y de lugar.
- c) Los datos que arroje la averiguación previa.

Y como requisitos de fondo, que los datos sean suficientes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculpado.

En resumen, la probable responsabilidad existe cuando se presentan determinadas pruebas por las cuales se pueda suponer la responsabilidad de un sujeto.

El término "presunta responsabilidad" es el que usan nuestros tribunales y el que adquiere carta de naturalización en la práctica; sin embargo, debe recordarse que la palabra "presunta" no se identifica con la prueba circunstancial y que, por

tanto, lo único que debe comprobarse es la probable responsabilidad, como dice nuestra Constitución.

Los requisitos formales del auto de formal prisión están señalados en el artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y son:

- I. Se dictará dentro del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial;
- II. Que se le haya tomado la declaración preparatoria al inculcado en los términos de ley, o bien, conste en el expediente que se negó a emitirla.
- III. Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito por el cual deba seguirse el proceso
- IV. Que el delito sea sancionado con pena privativa de la libertad
- V. Que no esté acreditada alguna causa de licitud.
- VI. Que de lo actuado se encuentren datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del indiciado; y

VII. Los nombres y firmas del juez que dicte la resolución y del secretario que la autorice.

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

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

La ampliación del plazo se deberá notificar al director del reclusorio preventivo en donde se encuentre internado el inculpado, para los efectos a que se refiere la última parte del primer párrafo del artículo 19 constitucional.

Es pertinente indicar que existen otros requisitos formales consignados en los artículos 152 del Código Federal de Procedimientos Penales y 305 del Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Esto es, cuando para el delito acreditado en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según

corresponda, la ley señale una penalidad que no exceda de dos años al término o no privativa de libertad, en el propio auto se deberá indicar que queda abierto de oficio el procedimiento sumario. En este caso, se procurará agotar la instrucción dentro del plazo de quince días, después de lo cual el Juzgado dictará resolución citando a la audiencia a que se refiere el artículo 307 del Código Federal de Procedimientos Penales. En lo que se refiere a los asuntos que no admiten el procedimiento sumario, a partir del auto de formal prisión, comienza la instrucción, durante la cual el Tribunal practicará, sin demora alguna, todas las diligencias procedentes que promuevan las partes, en la forma y términos a que se refiere el artículo 147 del mencionado Código Federal de Procedimientos Penales y el 314 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.⁸

Los efectos que produce el auto de formal prisión son los siguientes:

- a) **Sirve de base al proceso.** El auto de formal prisión, al dejar comprobada la existencia de los elementos que integran la descripción típica del delito y la probable responsabilidad del sujeto, da paso a la iniciación del proceso. Obliga así a la sistemática intervención del órgano jurisdiccional que decidirá sobre el caso concreto. Sin esta base el proceso sería ocioso pues se obligaría a actuar a un órgano jurisdiccional para decir el Derecho en un caso que, por no contener acreditados los elementos presupuestales, no vuelve necesaria la intervención del Tribunal. En otras palabras, el Juzgado

⁸ Cfr. Oronoz Santana, Carlos M. Op.cit. Pág. 84.

debe actuar cuando se presenten los elementos condicionales de las circunstancias fijadas en la ley, pues tales presupuestos justifican el auto de formal prisión; sin ellas es inútil cualquier proceder.

- b) **Fija tema al proceso.** Dada la base al proceso con el auto de formal prisión, como consecuencia lógica, con este se señala el delito por el que debe seguirse el proceso, permitiendo así que todo el desarrollo posterior defensa, acusación y decisión se realice de manera ordenada.

- c) **Justifica la prisión preventiva.** En cuanto al auto de formal prisión , concluye afirmando la exigencia de un proceso, lógicamente señala la necesidad de sujetar al presunto responsable al órgano jurisdiccional que este conociendo del asunto y que va a aplicar la ley y que, por tanto, no se sustraiga de la acción de la justicia. Sólo cuando hay base para un proceso relacionado con un delito sancionado con una pena corporal, puede prolongarse la detención del indiciado. En este el espíritu del artículo 19 constitucional, el cual expresa que la detención por más de 72 horas debe justificarse con un auto de formal prisión.

- d) **Cumple con el término constitucional.** Acredita el cumplimiento del órgano jurisdiccional respecto de la obligación que tiene de resolver sobre la situación jurídica del indiciado dentro de las 72 horas, contadas a partir de

que recibe a éste con la consecuente consignación. Para efectos prácticos, cabe señalar que los autos de formal prisión emitidos por el órgano jurisdiccional constan generalmente de cinco puntos resolutivos.

1. La orden que decreta la formal prisión, especificándose contra quien y por cual delito o delitos.
2. Orden de que se indica al procesado por los medios legales.
3. Solicitud de informes de ingresos anteriores.
4. Orden de que se expidan las boletas y copias autorizadas del auto de formal prisión para comunicarlo al jefe del establecimiento donde se encuentra el detenido. Este auto, el de sujeción a proceso y el de libertad por falta de elementos para procesar, se comunica en la misma forma al jefe jerárquico del procesado, cuando este sea un Servidor Público (art. 299 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

5. Orden de que se notifique la resolución al procesado, haciéndole saber el derecho que tiene para apelar.⁹

b) Auto De Libertad

En el caso que nos ocupa hablaremos del auto de libertad por falta de elementos para procesar; es la que determina el Juez Penal al resolver la situación jurídica del inculpado durante el plazo constitucional de 72 horas, por encontrar que no existen pruebas suficientes para tener por demostrado el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad del inculpado.

A partir de la consignación del Ministerio Público y, más bien, desde el momento en que el acusado es puesto a disposición del Juez Penal, empieza a contar un plazo de 72 horas durante el cual el Juzgador debe determinar, en base a las pruebas que le hubiera remitido el Ministerio Público con la consignación o con las que pudiera recabar en dicho plazo, si existe el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado; si el órgano jurisdiccional encuentra que falta alguno de esos elementos, debe resolver la libertad por falta de méritos, también denominada por falta de elementos para continuar el proceso.

⁹ Cfr. Oronoz Santana Carlos M. Op. cit. Pág. 85.

Por virtud de la mencionada resolución el Juez ordena que se ponga al acusado en libertad.

Es la otorgada por el Juez en un proceso penal cuando no se reúnen los elementos probatorios suficientes para demostrar la existencia de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculcado, que son los fundamentos del auto de formal prisión y de sujeción al proceso.

La resolución respectiva no tiene efectos definitivos, ya que deja la posibilidad de reunir nuevos elementos de convicción que justifiquen la continuación del mismo proceso.

Este mandato de libertad debe producirse dentro del plazo improrrogable de 72 horas a partir de la consignación del inculcado ante el Juez de la causa por parte del Ministerio Público, al no reunirse los elementos probatorios que justifiquen la existencia de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del procesado, que son los fundamentos de los referidos autos de formal prisión o auto de sujeción a proceso, todo ello como consecuencia ineludible de lo dispuesto por el artículo 19 constitucional. Por lo que se refiere a la terminología se han utilizado dos denominaciones: la que nos parece adecuada y que emplea el Código Federal de Procedimientos Penales, de libertad por falta de elementos para procesar, o de no sujeción a proceso (artículo 167), en tanto que los Códigos

de Procedimientos Penales y Código de Justicia Militar, regula la institución que han denominado con poca fortuna como "*Libertad por falta de méritos*" (Artículos 302 y 520), y que la Doctrina ha considerado con toda razón como un nombre inapropiado e inclusive pintoresco.¹⁰

El Código Federal de Procedimientos Penales preceptúa: Artículo 167 "Si dentro del término legal no se reúnen los requisitos necesarios para dictar el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, se dictará auto de libertad por falta de elementos para procesar, o de no sujeción a proceso, según corresponda, sin perjuicio de que por medios posteriores de prueba se actúe nuevamente en contra del inculpado; en estos casos no procederá el sobreseimiento hasta en tanto prescriba la acción penal del delito o delitos de que se trate.

También en estos casos el Ministerio Público podrá promover prueba, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el segundo párrafo del artículo 4. hasta reunir los requisitos necesarios, con base en los cuales, en su caso, solicitará nuevamente al Juez dicte orden de aprehensión, en los términos del artículo 195. o de comparecencia, según corresponda".

El hecho de que un Juez de Primera Instancia revoque la libertad por falta de méritos decretada por un Juez de Paz, que actuó en su auxilio, si para ello lo faculta la legislación ordinaria aplicable (artículo 170 del Código Penal de

¹⁰ Fix Zamudio, Hector. Diccionario Jurídico Mexicano. I-0. Porrúa, México. 1997. Págs. 2020 y 2021.

Tamaulipas) no significa que se resuelva dos veces la situación jurídica del inculpado, tomando en cuenta, que en realidad, el Juez competente es el primero y por eso como no puede hacerlo dentro de las 72 horas señaladas por el artículo 19 constitucional, a fin de no violar este precepto, dando lugar a una determinación que exceda de este término. la Ley permite que en auxilio del Juez competente de origen, actúe el Juez auxiliador indicando que en tales casos la resolución no causa estado y puede revocarse.¹¹

¹¹ Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomo II. Editorial Porrúa. México, 1997. Pág. 796.

CAPITULO V.

El juez y su postura en relación con el tipo penal.

A) Los elementos del tipo penal.

La moderna conceptualización de los elementos del tipo, la encontramos en el libro de La Averiguación Previa, del maestro Cesar Augusto Osorio y Nieto, quien nos dice que por elementos del tipo penal entenderemos el conjunto de componentes que constituyen la conducta considerada por la norma penal como delictiva y que en ausencia de cualquiera de ellos no se integra el tipo penal.¹

1. Acción u Omisión.

La acción consiste en un movimiento corporal que efectúa el hombre de manera voluntaria y produce una mutación o cambio en el mundo externo.

La omisión consiste en dejar de hacer algo que se esta obligado a hacer, en la omisión hay dos formas, la omisión simple que consiste en dejar de observar una

¹ Cfr. Osorio y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa. México 1997. 8ava Edición . Pág. 25.

norma preceptiva, por ejemplo la portación de arma, es un delito de omisión simple, porque se deja de observar la prohibición legal que existe de portar arma, y sin embargo dicha portación no da lugar al cambio en el mundo externo.

La otra forma de omisión, se llama comisión por omisión y se presenta cuando con el incumplimiento de una obligación se da lugar a una transformación del mundo exterior, por ejemplo un caso típico de un delito de comisión por omisión se observa cuando por causa de no haber alimentado a los hijos estos se enferman y en consecuencia la omisión consiste en no cumplir de manera voluntaria una obligación que en este caso, es alimentar a los hijos, que se enferman por causa de dicho incumplimiento.

2. Daño o Peligro.

Un delito de daño es aquel en el que se menoscaba o lesiona el bien jurídico tutelado, por ejemplo, el homicidio es un delito de daño o lesión porque el bien jurídico tutelado que es la vida sufre un menoscabo.

El delito de peligro, se caracteriza porque la consumación del tipo penal exige la creación de una situación de riesgo que ocurra algún daño a un bien jurídico que tutela o protege el Derecho Penal, por ejemplo la portación de arma es un delito de peligro, la usurpación de profesiones es un delito de peligro, en principio.

3. Bien Jurídico Tutelado.

Es aquel objeto de protección de las normas de derecho. El legislador observa la realidad social y dependiendo de su ideología determina cuales son los objetos a proteger, puede determinar que sean la vida, la libertad, la seguridad, la honra, la propiedad, etc., y la forma de proteger los bienes jurídicos determinados por el legislador es mediante el uso de la sanción que puede ser civil o penal, en éste caso nos interesa la sanción penal.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consigna bienes jurídicos que el legislador consideró deberían ser protegidos, de esta manera el artículo 14, indica que nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino como la propia constitución lo prescribe, el artículo 16 constitucional también consigna bienes jurídicos que hay que proteger, en realidad se puede decir que cada tipo delictivo consignado en el Código Penal, protege bienes jurídicos.

4. La intervención del sujeto activo.

En la ejecución de conductas o hechos delictuosos, interviene un sujeto físico, quien mediante un hacer o un no hacer, legalmente tipificados, da lugar a la

relación jurídica material de derecho penal , y en su caso a la relación jurídica material de derecho penal, y en su caso a la relación jurídica procesal.

En la actualidad el ser humano es el único autor o posible autor de conductas o hechos delictuosos, esto no ha sido siempre igual, antiguamente entre los árabes y los hebreos, los animales, los elementos naturales, los difuntos fueron considerados como sujetos autores o activos del delito.

El Ministerio Público debe probar la validez de la acción penal. Tiene que aportar las pruebas que demuestren que el inculpado es el autor de la conducta delictiva.

Al no probarse que el procesado realizó los actos materiales que configuran el delito, no se le puede tener como supuesto , presunto o responsable penalmente por el delito del que se le acusa.

El derecho de excepción, es la carga procesal que se describe. Probado que la conducta es delito, se debe acreditar que el inculpado es el autor de la conducta.

La responsabilidad penal, sólo es atribuible al delinciente, que se pruebe que es el autor de los actos delictivos, por ser personalísima, según lo ordena el artículo 10 del Código Penal de la Federación.

La excepción, suspende provisionalmente los efectos de la acusación. El Ministerio Público debe probar quién es el autor de la conducta, en tanto el

inculpado obtendrá su libertad bajo reservas de ley o falta de méritos para procesar.

El Ministerio Público no podrá perfeccionar de la acusación ni ejercitar una nueva acción penal, cuando se haya dictado sentencia en el proceso o cuando la sentencia haya causado estado, por prohibirlo la garantía individual del *non bis in idem*.

La excepción, opera aunque no se haga valer. El Ministerio Público debe demostrar que el acusado es el supuesto, presunto o responsable penal del delito; o, no se le determinará responsabilidad penal.

Debemos entender como intervención, la participación del sujeto activo del delito y a efecto de estructurar adecuadamente este apartado, recurrimos al maestro Fernando Castellanos Tena, el cual citando a otros autores nos habla de las formas de intervención o de participación del sujeto activo del delito.

Si alguien ejecuta por sí sólo el delito, se llama simplemente autor. Si varios lo originan reciben el nombre de coautores, los auxiliares indirectos son denominados cómplices, los cuales aún contribuyendo de manera secundaria, su intervención en el delito resulta eficaz.

El autor en cita, haciendo referencia a Maggiore, clasifica las formas de participación según el grado, la calidad, el tiempo y la eficacia.

Según el grado, la participación puede ser principal o accesoria, la primera se refiere a la consumación del delito, y la segunda a la preparación de éste.

Según la calidad puede ser moral y física. La moral se refiere a la integración, determinación o provocación, la integración se refiere al mandato, a la orden, al consejo y a la asociación.

En razón del tiempo, la participación es anterior si el acuerdo es anterior a la comisión del delito; concomitante si la temporalidad está referida al instante mismo de la ejecución del delito, y posterior comprende los actos ejecutados después del evento, empero con acuerdo previo.

Según su eficacia, la participación es necesaria y no necesaria de acuerdo con la naturaleza del delito.

El actual artículo 13 del Código penal para el Distrito Federal, dispone lo siguiente:

“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 otros;

V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

VI. Los que dolosamente prestan 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;

VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.²

5. Dolo o Culpa.

Dolo, significa la intención de delinquir, en México no se señala con precisión cuales son los delitos dolosos o culposos, quede claro, que lo que pretendemos decir es que en el Código Penal para el Distrito Federal se deja "abierta" la valoración de la acción desde el punto de vista de la culpabilidad, a efecto de que el juez determine en la sentencia, si el sujeto activo del delito obro con intención.

La culpa, consiste en actuar sin la precaución o cuidado debidos, es decir el delito culposo será aquel en el cual el sujeto activo del delito lo cometió por falta de precaución o de cuidado.

² Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México, 1998. 39ª Edición. Pags. 296 a 298.

En el lenguaje legal, suele emplearse preferentemente para hablar de la culpa, los términos imprudencia y negligencia para hablar de la culpa, en virtud de que, quien obra de manera imprudente y negligente, no emplea el cuidado respectivo y por ello comete el delito sin haber tenido la intención de llevarlo a efecto.

El fundamento jurídico del dolo, lo encontramos en el artículo 9 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual a su vez regula la culpa en los siguientes términos:

“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, y 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”.

6. Calidades de los sujetos activo y pasivo.

El sujeto activo del delito es aquel que mediante la acción o la omisión puede cometer un ilícito, resaltando lo que ya dijimos la conducta en un sentido positivo

o negativo en materia penal deben corresponder al hombre por ser este el único capaz de voluntariedad. Lo anterior nos permite entender que en la conducta juega un papel preponderante la voluntad.

El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona, que resiente el daño causado por la infracción penal, generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido aunque a veces se trata de personas diferentes, por ejemplo en el homicidio el sujeto pasivo o víctima es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras que los ofendidos son los familiares del occiso.

En ocasiones, el legislador al describir el comportamiento se refiere a cierta calidad en el sujeto activo, en el pasivo, o en ambos, por ejemplo en el delito de peculado, el sujeto activo ha de ser el encargado de un servicio público, también el delito de hostigamiento sexual, se denotan con claridad las calidades en el sujeto activo y en el sujeto pasivo del delito, toda vez que el sujeto activo debe ser superior jerárquico, y el sujeto pasivo será siempre el inferior en jerarquía.

7. El resultado y su atribulbilidad a la acción u omisión.

La atribulbilidad, significa la posibilidad de establecer que alguien cometió el delito, tomando en consideración que la palabra Atribuir significa, aplicar hechos

a una persona o cosa y es sinónimo de achacar o de imputar, la palabra imputar nos da la idea de atribuir a otro una culpa, delito o acción.

El resultado de la acción u omisión se establece mediante lo que conocemos técnicamente como una parte del nexo causal, es decir que dicho nexo se establece entre el hecho delictivo y el resultado o más bien explicado una es la causa y la otra es el efecto, la causa sería la acción, el efecto sería el resultado y entre ambos se da un ligamen que se debe entender como nexo de causalidad.

Por lo antes explicado el resultado debe ser posible de atribuir a un movimiento corporal, o a un dejar de hacer, ambos voluntarios, para que el juez pueda estar en aptitud de determinar que una persona específicamente fue la que con su hacer dio resultado palpable que se pueda demostrar mediante lo que ya establecimos como el nexo causal, situación que se deberá demostrar en el proceso respectivo y concretamente en la etapa de la instrucción que es aquella parte del proceso en la cual el juzgador se allega de todos los elementos de convicción para estar en aptitud de dictar la resolución que conforme a Derecho haya lugar.

8. El objeto material.

El objeto material lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro, la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa.

El objeto del delito es aquello sobre lo que debe recaer la acción del agente según la descripción legal respectiva y por el bien tutelado por los particulares normas penales y ofendido por el delito.

No debemos olvidar que también existe el objeto jurídico que se debe entender por el bien jurídico penalmente protegido que el delito ofende, en el homicidio, la vida, en las lesiones, la integridad corporal, y en la injuria el honor.

El objeto material del delito puede ser tanto la persona como la cosa si es sobre una persona estamos hablando del sujeto pasivo del delito y también el delito puede recaer sobre una cosa, por ejemplo, falsificar un documento.

La importancia del objeto material la observamos al hablar de la atipicidad, una misma clase de acción puede encuadrar en varias figuras del delito, según el objeto material sobre el que recaen, por ejemplo la ofensa al honor se puede dirigir contra cualquier persona, empero si recae sobre una de las cámaras, un Tribunal o jurado, un cuerpo colegiado de la Administración de Justicia o

cualquier institución pública, conforma una figura de ultraje prevista entre los delitos contra funcionarios públicos.

Los puntos analizados con anterioridad, se tomaron del contenido del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mismo que fue reformado mediante la publicación del Decreto de fecha 3 de Mayo de 1999, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, cuyo contenido actual es el siguiente:

“Artículo 122.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito.

En los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito.

La probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se deduzca su obrar doloso o culposo en el delito que se le imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito.”

Como podemos observar resurgió el concepto de cuerpo del delito, mismo que se deberá entender como la unión de elementos materiales unidos entre si que constituyen y forman un cuerpo; en este caso el cuerpo del delito lo estructuran el Ministerio Público al llevar a cabo las investigaciones de los hechos que son sometidos a su valoración y consideración y de los cuales debe investigar para demostrar que efectivamente quien le fue presentado como autor de los hechos (en caso de flagrancia) que se investigan o quien resulta probable responsable como consecuencia de la averiguación previa.

El Ministerio Público, conforme al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, tendrá por comprobado el cuerpo del delito cuando se acrediten el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito

El maestro Gustavo Malo Camacho, en su obra Derecho Penal Mexicano nos habla de que los elementos objetivos de la conducta típica son el sujeto activo, el sujeto pasivo el objeto material, y el resultado o nexa causal.³

Si retomamos los conceptos que tenía como elementos el artículo 122, en comentario antes de la reforma los elementos objetivos o externos se ubican en la existencia de la acción u omisión en la forma de intervención de los sujetos activos; las calidades del sujeto activo o pasivo; la realización dolosa o culposa de la acción u omisión, el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión, el objeto material, los medios utilizados y las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión; como podemos observar no hay ninguna novedad en la reforma.

Igualmente el párrafo tercero del artículo 122 ya reformado, nos habla de que en los casos de que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento esencial y constitutivo, será necesaria la acreditación del mismo.

Los elementos normativos son aquellos que solo pueden ser comprendidos mediante un proceso intelectual o valorativo; igualmente de los elementos normativos y subjetivos hablaba el artículo 122 en análisis antes de la reforma. motivo por el cual la reforma al respecto no aportó nada.

³ Cfr. Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México, 1998, Segunda Edición, Páginas 337 a 353.

Por último el cuarto párrafo del artículo 122 reformado nos habla de que la probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se deduzca su obrar doloso o culposo en el delito que se le imputa y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito.

Huelga decir que el párrafo en estudio no aporta ninguna novedad, pues lo mismo ya se decía en el artículo antes de la reforma, en conclusión podemos decir que los Legisladores del Distrito Federal, en éste caso los integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal: I Legislatura ha cumplido perfectamente con lo que el maestro Carranca y Rivas señala en su Código Penal Anotado, al hacer un comentario analítico de la reforma a un artículo al Código Penal para el Distrito Federal el cual a saber es: **“ Yo creo que en el reformador hay una mania de enredar las cosas, de complicarlas, lo que perjudica enormemente la tarea del juez”.** ⁴

Un artículo que nos puede servir de base para reforzar nuestra postura en la presente tesis, es el artículo 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cuya redacción actual es la siguiente:

⁴ Carranca y Trujillo Raúl Carranca y Rivas Raúl. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa. México, 1998. 21ª Edición. Página. 822.

Artículo 124.- Para la comprobación del cuerpo del delito y la probable o plena responsabilidad del inculcado, en su caso, el Ministerio Público y el Juez gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de prueba que estimen conducentes, para el esclarecimiento de la verdad histórica, aunque no sean de los que define y detalla la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ésta.

Esencialmente este numeral ya reformado dice lo mismo que lo que señalaba éste artículo antes de ser reformado; lo preocupante de la redacción es que el mismo, hace nugatorio el derecho de defensa que constitucionalmente tiene el procesado y/o indiciado, en virtud de que este artículo hace omnipotente al Ministerio Público y al Juez en su caso, pues de nada servirá que se ofrezcan todas las pruebas necesarias para demostrar la inocencia del inculcado, si de ninguna manera va a lograr el mismo demostrar que no participó en los hechos que se le imputan, toda vez que desde la averiguación previa y hasta el proceso penal estará en total y absoluta desventaja con el órgano investigador y con el juez, pues los mismos contarán en su momento con todos los medios a efecto de demostrar que les asiste la razón, y esto es digno de una crítica porque de manera absurda una ley secundaria tiene prevaencia sobre la Carta Magna, lo que sin duda nos permite suponer una clara violación a los principios generales del derecho, consagrados por los numerales 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos.

..

Como propuesta de nuestra parte establecemos la necesidad de derogar el artículo 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que el mismo constituye una aberración jurídica; y porque va contra el espíritu del legislador, el cual en el artículo 17 de nuestra Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos, establece que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por Tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa, e imparcial; por lo tanto de seguir vigente éste numeral las resoluciones que emitan los tribunales en este caso los juzgados penales y las resoluciones del Ministerio Público, serán totalmente parciales.

B) La necesidad de que el Juez valore los elementos del tipo penal.

Este apartado forma la base toral de nuestro trabajo recepcional, en virtud de que como es costumbre práctica y conforme a nuestra experiencia en materia procesal penal, la base del proceso en ésta materia lo constituye el pliego consignatorio que siempre será tomado en cuenta por el juzgador y más aún servirá de base para las demás resoluciones , es decir en segunda instancia y en materia de amparo, constituyéndose el Agente del Ministerio Público en su función de investigador como un sujeto vital en Averiguación Previa y en el procedimiento como lo explicaremos a continuación.

1. En el término constitucional.

Este periodo está señalado claramente por el artículo 19 constitucional, reformado el día 8 de marzo de 1999, mismo que a la letra dice:

"Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán : el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado..."

El análisis del artículo 19 constitucional nos demuestra que los requisitos del auto de formal prisión son de fondo y de forma.

Los requisitos de fondo son la acreditación de los elementos del tipo penal y la posible responsabilidad, ya con anterioridad explicamos en qué consiste el concepto elementos del tipo penal; por lo que pasamos a definir qué se debe entender por probable responsabilidad:

"Por probable responsabilidad se entiende la posibilidad razonable de que una persona determinada haya cometido un delito y existirá cuando del cuadro

procedimental se deriven elementos fundados para considerar que un individuo es probable sujeto activo de alguna forma de autoría; concepción preparación o ejecución o inducir o compeler a otros a ejecutarlos".

Los requisitos de forma están señalados por el artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y en esencia son: dictarlo dentro de las 72 horas, que conste la declaración preparatoria que estén acreditados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, que no este acreditada alguna causa de litud, así como los nombres y firma del juez.

Como ya lo señalamos en su momento, el juzgador y más aún sus secretarios aplicando la ley del menor esfuerzo y confiando en la omnipotencia y la capacidad de quien lleva a cabo la consignación, por regla general en el auto de formal prisión repite esencialmente lo sostenido en el pliego consignatorio respectivo, y por ello sostenemos que el juzgador no lleva a cabo ninguna valoración de los elementos del tipo penal que se le imputa al indiciado.

2. En la Sentencia.

La sentencia es el acto decisorio del juez mediante el cual afirma o niega la actualización de la conminación penal establecida por la ley.

La sentencia es el resultado de tres momentos, de crítica, de juicio, y de decisión.

El momento de crítica, es aquel en el cual el juez se forma la certeza, en el momento de juicio, el juzgador aplica el raciocinio para relacionar la norma con los hechos, en el momento de decisión, el juez determina si sobre el sujeto pasivo

de la acción penal. En relación con lo antes explicado, el maestro Fernando Arilla Bas, considera que la sentencia es un acto mixto integrado por tres elementos: Crítico, lógico y jurídico, es decir resulta un acto filosófico, lógico y autoritario.⁵ Los requisitos de la sentencia desde el punto de vista formal, están señalados en el artículo 72 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y son los siguientes:

PRIMERO: Lugar y fecha en que se pronuncia.

SEGUNDO: Las generales del sentenciado.

TERCERO: Un extracto breve de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutivos de la sentencia, consideraciones fácticas y jurídicas fundamentales en la sentencia.

CUARTO: La condenación o absolución correspondiente.

Es evidente que en éste punto culminante del procedimiento penal el juez debe poner en juego toda su capacidad con el fin de que la sentencia sea efectivamente resultado de un raciocinio y no se deje llevar por aspectos eminentemente viserales, pues sin ser doctos en la materia es fácil colegir, que en más de un asunto el juez se deja guiar por su estado anímico, por cuestiones subjetivas, como es el caso de las mujeres que sentencian con verdadero rigor a los violadores por sentirse agredidas debido a su condición de féminas.

..

⁵ Cfr. Arilla Bas, Fernando. *El Procedimiento Penal en México*. Editorial Porrúa. México. 1997. 18ª Edición. Pág. 187.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La función jurisdiccional viene a ser la ejecución del supuesto establecido en la ley penal, la que nace a petición del representante social que es el Ministerio Público, lo cual denota una actividad que desarrollan órganos específicamente determinados que, en representación del Estado y en ejercicio de la jurisdicción, aplican la ley al caso concreto.

SEGUNDA: El órgano jurisdiccional es aquel sujeto investido legalmente por el Estado para declarar el derecho en cada caso concreto, es decir, por medio de la jurisdicción será como se manifieste la actividad judicial.

TERCERA: Es indispensable que los órganos a quienes se encomienda la función jurisdiccional reúnan los requisitos de capacidad y competencia, así como aquellos necesarios para que ésta se actualice.

CUARTA: El Juez Penal en cada caso concreto que le es sometido a su valoración debe llevar a cabo un verdadero análisis despojado de toda cuestión

subjetiva y aplicando estrictamente la ley al caso específico contando a su vez con toda la posibilidad de que sus secretarios sean personas estudiosas que entiendan su importante tarea que es la de administrar e impartir justicia, olvidándose de tendencias económicas y preocupándose por dignificar su importante cargo, pues en sus manos, conocimiento y criterio esta la libertad de las personas que no son sólo números y estadísticas, sino individuos, que si bien es cierto cometieron un delito tienen legalmente el derecho a ser juzgados con equidad e imparcialidad de manera tal que se cumpla lo estipulado por los romanos quienes dijeron que justicia es dar a cada quien lo suyo y si un individuo comete algún delito, debe ser sentenciado conforme al hecho mismo y a su participación, lo cual será comprobado plenamente por los medios autorizados por la ley.

QUINTA: Las reformas a los artículos 122 y 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no aporta nada a la impartición de justicia, porque esencialmente se refieren a lo mismo que ya trataban los numerales antes de la reforma; y lo único diferente es que se volvió a la antigua denominación del cuerpo del delito, sin que ello constituya una real aportación al mundo práctico del Derecho Penal, lo que debió de haber sido reformado, es el artículo 124 del ordenamiento legal antes invocado, el cual contiene una serie de aspectos que lo hacen absurdamente injusto, por transformar en omnipotentes al Agente del

Ministerio Público y al Juez, pues sus resoluciones respecto a la comprobación del cuerpo del delito y a la probable responsabilidad del indiciado o procesado cuentan con la más lata discrecionalidad para el efecto de demostrar ambos extremos, lo que termina por hacer nugatorio el derecho de defensa que le asiste a todo ciudadano y por ser una justicia parcial la que imparten estas autoridades, yendo contra lo que dispone el legislador en la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos, en sus numerales 17 y 20. Fracciones V y IX.

BIBLIOGRAFIA

- Acero Julio, *Procedimiento Penal*. Editorial Jus, México, 1977.
- Arilla Bas Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, Editorial Porrúa, México, 1997. 18ª. Ed.
- Arilla Bas Fernando, *Procedimiento Penal*. Editorial Kratos, México, 1981.
- Briseño Sierra Humberto, *El Enjuiciamiento Penal*, Editorial Trillas, México, 1987.
- Borja Osorno Guillermo, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Cajica, México, 1969.
- Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, 1998, 39ª edición.
- Carrara Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Tomo VI. De Palma, buenos aires Argentina, 1944.
- Carranca y Trujillo Raúl, Carranca y Rivas Raúl, *Código Penal Anotado*, Editorial Porrúa. México, 1998. 21ª Edición.
- Colín Sánchez Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Editorial Porrúa, 1996.
- Díaz de León Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, Tomo I y II, Editorial Porrúa, México, 1997.
- *Diccionario Jurídico Mexicano*, Editorial Porrúa, Tomo I-0, México, 1996.

- **Diccionario Jurídico Harla Derecho Procesal**, Editorial Harla, V: IV, México, 1996.
- Elizondo Gasperín María Margarita, **Diccionario Jurídico Harla Derecho Procesal**, Editorial Harla, México, 1996.
- Escriche Joaquín, **Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia**, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1975.
- Fixz Zamudio Héctor, **Diccionario Jurídico Mexicano**, I-0 Editorial Porrúa, México, 1997.
- Florian Eugenio, **Las Pruebas Penales**, Tomos I y II, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1977.
- Franco Sodi Carlos, **Derecho Procesal Penal**, Editorial Botas, 1957.
- Franco Sodi Carlos, **El Procedimiento Penal**, Editorial Porrúa, México, 1960.
- Frosali Raúl Alberto, **Derecho Penal**, Traducción, Editorial Ejea, Buenos Aires Argentina, 1970.
- García Ramírez Sergio, **Curso de Derecho Procesal Penal**, Editorial Porrúa, México, 1994.
- González Isidro M, **Diccionario Jurídico Harla Derecho Procesal**, Editorial Harla, México, 1997.
- González Bustamante Juan José, **Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano**, Editorial Porrúa, México, 1988, 11ª edición.
- González Blanco Alberto, **El Procedimiento Penal Mexicano**, Editorial Porrúa, México, 1989.
- Guarneri José, **Las Partes en el Proceso Penal**, Editorial Cajica, México, 1966.
- Malo Camacho Gustavo, **Derecho Penal Mexicano**, Editorial Porrúa, México, 1998, Segunda Edición.
- Osorio y Nieto Cesar Augusto, **La Averiguación Previa**, Editorial Porrúa, México, 1997, 8ª edición.

LEGISLACION

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Editorial Porrúa, 1998.
- *Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos*, Editorial Sista, 1999.
- *Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal*, Editorial Sista, 1999.
- *Código Penal para el Distrito Federal*, Editorial Sista, 1999.
- *Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal*, 1998.