

40761
8

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO



ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
A R A G O N

“LA AMPLIACION DEL PLAZO PARA EL EJERCICIO
DE LA ACCION PENAL EN DELITO FLAGRANTE
COMO GARANTIA DE SEGURIDAD JURIDICA”

291143

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRIA EN DERECHO
(CIENCIAS PENALES)
P R E S E N T A
LIC. REFUGIO ICELA / DURAN BARRON



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.

LOS MANDAMIENTOS DEL ABOGADO

DR. EDUARDO J. COUTURE.

1o. Estudia

El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado.

2o. Piensa

El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando.

3o. Trabaja

La abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia.

4o. Lucha

Tu deber es luchar por el derecho; pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia.

5o. Sé Leal

Leal para con tu cliente, al que no debes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti. Leal para con el adversario, aun cuando él sea desleal contigo. Leal para con el juez, que ignora los hechos y debe confiar en lo que tú le dices; y que, en cuanto al derecho, alguna que otra vez, debe confiar en el que tú le invocas.

6o. Tólera

Tolera la verdad ajena en la misma medida en que quieres que sea tolerada la tuya.

7o. Ten paciencia

El tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración.

8o. Ten fe

Ten fe en el derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del derecho; en la paz, como sustantivo bondadoso de la justicia; y sobre todo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz.

9o. Olvida

La abogacía es una lucha de pasiones. Si en cada batalla fueses cargando tu alma de rencor, llegará un día en que la vida será imposible para ti. Concluido el combate, olvida tan pronto tu victoria como tu derrota.

10o. Ama tu profesión.

Trata de considerar la abogacía de tal manera que el día en que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que se haga abogado.

*(No hay que olvidar que un requisito para ser Ministerio Público es contar con la
Licenciatura en Derecho "ser abogado")*

Es una dicha muy grande dedicar el presente trabajo de investigación a:

A ese ser Supremo y Universal "Dios" es el que ciñe de poder, y quien hace perfecto mi camino. Sal. 18:32.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, nuestra Alma Mater de todo Universitario, por permitirme ocupar un lugar en las aulas.

A todos y cada uno de los maestros que me impartieron cátedra durante la maestría, muy en especial a mi tutora de tesis: Mtra. Trinidad Yolanda Santos Celis, por su guía, apoyo y consejos durante el desarrollo del presente trabajo de investigación.

A mi esposo PASCUAL GRANDA AVILA, por estar a mi lado, por su amor y apoyo incondicional.

A mis padres CARLOS DURÁN GUTIÉRREZ (+) y SOCORRO BARRÓN HERNÁNDEZ, seres tan maravillosos que gracias a su amor, comprensión y aficiente he logrado obtener una meta más en mi vida.

A mis hermanos:

Yolanda

Irene

Carlos

Ricardo

Claudia

Antonieta

Jorge

porque jamás tendré la dicha de disfrutar unos hermanos como ustedes.

ÍNDICE

TEMA

PÁGINA

INTRODUCCIÓN.....1

CAPÍTULO PRIMERO

LA INSTITUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

I.- Concepto.....3

II.- Antecedentes

a) Derecho azteca.....6

b) Época Colonial.....7

c) Los fiscales antes de proclamarse la independencia.....9

d) Constitución de 1917.....17

III.- La Institución del Ministerio Público en el Derecho Comparado

a) España.....19

b) Estados Unidos (Modelo Angloamericano).....21

c) Francia.....23

IV.- Naturaleza jurídica

a) Como un representante de la sociedad en el ejercicio de las acciones penales.....24

b) Como un órgano administrativo25

c) Como un órgano judicial.....27

d) Como un colaborador de la función jurisdiccional.....28

ÍNDICE

TEMA

PÁGINA

V.- Atribuciones del Ministerio Público.....29

a) Derecho Penal.....32

b) Derecho Civil.....34

c) En el Juicio Constitucional, Consejero y Auxiliar del Ejecutivo.
.....35

VI.- Características

a) Jerarquía o Unidad.....37

b) Indivisibilidad.....38

c) Independencia.....38

d) Irrecusabilidad.....38

CAPÍTULO SEGUNDO

COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD COMO BASE DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

I.- Cuerpo del delito.....40

a) Elementos del tipo.....54

b) Elementos objetivos o externos.....58

c) Elementos normativos.....61

II.- Probable responsabilidad.....63

a) Participación en el delito.....67

b) Comisión dolosa o culposa.....72

ÍNDICE

TEMA

PÁGINA

CAPITULO TERCERO

EL PLAZO PARA QUE EL MINISTERIO PÚBLICO EJERZA ACCIÓN PENAL

1.- El ejercicio de la acción penal

a) Concepto.....	82
a.1 Antecedentes históricos.....	86
1.- Acusación Privada.....	86
2.- Acusación Popular.....	87
3.- Acusación Estatal.....	88
a.2 Diferencia entre acción civil y acción penal.....	88
a.3 Titularidad de la acción penal.....	89
a.4 Características de la acción penal.....	92
1.- Carácter público de la acción penal.....	92
2.- Carácter único de la acción penal.....	93
3.- Carácter indivisible de la acción penal.....	93
4.- Carácter intrascendente de la acción penal.....	94
5.- Carácter irrevocable de la acción penal.....	95
6.- Carácter necesario, inevitable y obligatorio, de la acción penal.....	96
7.- Carácter inmutable de la acción penal.....	98
a.5 Principios de Legalidad y de Oportunidad.....	98
b) Análisis del Artículo 16 Constitucional	

ÍNDICE

TEMA

PÁGINA

<i>6.1 Antecedentes</i>	101
<i>6.2 Las condiciones que el artículo 16 Constitucional impone a los actos de autoridad</i>	120
<i>1.- Mandamiento escrito</i>	120
<i>2.- Provenza de autoridad competente</i>	120
<i>3.- Fundamentación y motivación</i>	121
<i>4.- Denuncia</i>	123
<i>5.- Querrela</i>	123
<i>6.- Flagrancia</i>	126
<i>7.- Detención por orden del ministerio público</i>	127
<i>8.- Orden judicial de cateo</i>	137
<i>9.- Visitas domiciliarias</i>	138
 <i>II.- Propuesta de ampliación del término del ejercicio de la acción</i>	
<i>a) Problemática en la integración de la averiguación previa</i>	141
<i>b) Ética y Profesionalismo</i>	144
<i>c) Corrupción</i>	152
 <i>III.- Garantía de Seguridad Jurídica</i>	
<i>a) Irretroactividad de la Ley</i>	166
<i>b) Garantía de Audiencia</i>	168
<i>c) Acto Privativo</i>	169
<i>d) Juicio</i>	171
<i>e) Los Tribunales</i>	172
<i>f) Las formalidades esenciales del procedimiento</i>	173
<i>g) Legalidad en el Ámbito Penal</i>	175
<i>h) Legalidad en el Orden Civil</i>	177
<i>i) Seguridad Jurídica en el Sentido Objetivo</i>	180

ÍNDICE

TEMA

PÁGINA

j) Seguridad Jurídica en el Sentido subjetivo..... 180

ANEXOS

1.- Modelo del cuestionario aplicado a Agentes del Ministerios Públicos del Fuero Común y Federal.

2.- Gráficas con los porcentajes del resultado de cuestionarios aplicados a Agentes del Ministerio Público del Fuero Común.

- Comentarios a las gráficas con los porcentajes del resultado de cuestionarios aplicados a Agentes del Ministerio Público del Fuero Común..... 190

3.- Gráficas con los porcentajes del resultado de cuestionarios aplicados a Agentes del Ministerio Público del Fuero Federal.

- Comentarios a las gráficas con los porcentajes del resultado de cuestionarios aplicados a Agentes del Ministerio Público del Fuero Federal..... 195

CONCLUSIONES..... 196

PROPUESTAS..... 199

BIBLIOGRAFÍA..... 201-203

INTRODUCCIÓN

Hoy por hoy, es una necesidad primordial que todo servidor público, específicamente, el Ministerio Público, actúe con la obligación ética y profesional, de llevar al cabo, una correcta integración de la averiguación previa, con la finalidad de evitar los actos de corrupción, pérdida de tiempo, inadmisión de pruebas por parte de ésta Institución, negociaciones ilícitas; así como, infructuosas resoluciones de la Representación Social.

En este sentido, en el presente trabajo de investigación se abordan temas de importancia, como lo son: antecedentes, motivación y fundamento de igual manera, una posible propuesta, de incrementar el plazo a cinco días en el caso de delitos flagrantes, para que el Ministerio Público de ambos fueros, pueda, ejercitar acción penal, con la finalidad de garantizar una seguridad jurídica al indiciado (s).

Para llegar a ésta consideración el trabajo consta de tres capítulos; en el Capítulo Primero denominado "La Institución del Ministerio Público" se abordan seis temas relacionados con ésta, en el primer punto se desarrolla su conceptualización, en donde se plasman diversas definiciones.

En el punto número dos se investigaron los antecedentes del Ministerio Público, iniciando desde el Derecho Azteca hasta llegar a la Constitución que nos rige (1917).

En el punto número tercero, se hace un análisis de la institución del Ministerio Público en el Derecho Comparado, con los países de Francia, España y Estados Unidos.

Por último en los rubros cuatro, cinco y seis se desarrollaron los temas siguientes: naturaleza jurídica, atribuciones y sus características; éste capítulo tiene como finalidad, proporcionar al lector una visión general de la Institución del Ministerio Público.

Por su parte, en el Capítulo Segundo, titulado "Comprobación del Cuerpo del Delito y la Probable Responsabilidad como Base del Ejercicio de la Acción Penal" se abordan los puntos siguientes:

En el rubro uno, el cuerpo del delito y en el segundo la probable responsabilidad, temas que fueron analizados a través de las reformas que ha sufrido el Pacto Federal y las Leyes Adjetivas Penales, reformas que en la práctica originan un descontrol de los Ministerios Públicos del fuero común y federal, lo que impide realizar una correcta integración de la Averiguación Previa.

Por último, en el Capítulo Tercero, denominado "El plazo para que el Ministerio Público Ejercza Acción Penal", se analiza a través de varios conceptos lo que se debe entenderse por ejercicio de la acción penal; así como la problemática existente en las Agencias Investigadoras, específicamente con el Ministerio Público, para realizar una correcta acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, para el ejercicio de la acción penal en tratándose de delitos flagrantes como garantía de seguridad jurídica, así como el análisis de esta última.

Finalmente, se anexan el modelo del cuestionario aplicado a diversos Agentes del Ministerio Público de ambos fueros, y una estadística interpretativa, con el objeto de saber la respuesta a la propuesta planteada.

Esperando que el presente trabajo de investigación sea de utilidad para el lector.

CÁPITULO PRIMERO

LA ORACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Señor: durante 24 horas estaré en los linderos del bien y del mal... conoceré los límites de la maldad y buscaré dentro del terrible abismo que la separa de la bondad, hasta encontrar la verdad... tal es mi obligación y mi mejor arma para ello es la devoción a mi trabajo. En la jornada tendrá que soportar el asco de conocer a qué huelen los muertos, necesitaré ser lo suficientemente fuerte como para portarme noble con quien hizo cosas que me indignan.

"Debo ser brazo de la ley, sin errar convirtiéndome en verdugo. He de conocer lo más bajo de las pasiones bajas, sin embargo, no deberé inmutarme, no podré darme el lujo de enojarme ni llorar. Represento el derecho y ejerzo con la razón; tendré que dar consuelo al afligido y orientación al que se ha equivocado. Habré de soportar a quienes la aflicción vuelve necios y me insultan, cuando lo que quieren es pedirme un favor y, además de perdonarlos habré de servirlos, comprenderlos y ayudarlos, porque ese es mi deber en el Ministerio Público...

"De seguro no tendré tiempo ni dinero para comer, y si lo hay, estaré tan alterado que habré perdido el apetito, pues ya habré visto tanta violencia y tanta sangre, que probablemente no admitiré bocado... Para cuando llegue la noche tendré que aplicar lo que aprendí de las leyes en la escuela y siendo justo decidir lo adecuado, cambiando con mi firma el destino de vidas y familias.

"Pero eso, Señor: quien quiera que tú seas y del modo en que la mente humana te imagine, te pido humildemente que me des tu ayuda para lograr hacer de la Justicia, luz que ilumine mis actos, de la Ley su instrumento y no ciega obsesión, que me ilumines para que nunca por dinero libere a un delincuente ni por negligencia consigne a un inocente.

"Dame así tu generosa ayuda Señor, para que al final de mi agotadora jornada pueda retirarme a casa a descansar tranquilo, llevándome como única recompensa la conciencia limpia y la enorme satisfacción del deber cumplido".

LA INSTITUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

CAPÍTULO PRIMERO

LA INSTITUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

I.- Concepto

El *Diccionario Jurídico Mexicano*¹ señala:

“Que 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 intereses sociales, de ausentes, menores e incapacitados, y finalmente, como consultor y asesor de los jueces y tribunales”.

Por su parte, en su obra *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales* el penalista Colín Sánchez,² menciona:

“El Ministerio Público es una institución dependiente del Estado (Poder Ejecutivo) que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos que le asignan las leyes”.

¹ INSTITUTO de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 11a. Ed., México, Porrúa, 1998, p. 2128.

² COLÍN Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 10a. Ed., México, Porrúa, 1986, p. 87.

Fix Zamudio, Héctor,³

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

La enciclopedia Jurídica OMEBA, en su Tomo XIX, establece:⁴

“Que es uno de los organismos mediante el cual se ejercita la representación y defensa del Estado y de la sociedad”.

Pessina, establece:⁵

“Paladión de la justicia y de la libertad” es decir, es una institución de buena fe, viene a llenar una función que la pasión y el interés personal de la víctima del delito no puede, ni debe ocupar.

Juventino V. Castro ⁶ en su obra *El Ministerio Público en México*, manifiesta:

El Ministerio Público tiene un monopolio exclusivo de la acción penal, o bien admite una intervención mayor o menor de los particulares y de otros órganos estatales que tienen injerencia en la acción penal, pero la bondad y utilidad de la Institución es algo que ya no se discute.

³ FIX Zamudio, Héctor, *Ministerio Público, Diccionario Jurídico Mexicano*, p. 135.

⁴ ENCICLOPEDIA Jurídica OMEBA, Buenos Aires 1971, Lavalle, Tomo XIX, Mand-Muse, p. 769.

⁵ CIT. POS., V. CASTRO, Juventino, *El Ministerio Público en México*, 8a. Ed., Porrúa, 1994, p. 65.

⁶ CIT. POS., V. CASTRO, Juventino, *El Ministerio Público en México*, 8a. Ed., México, 1994, Porrúa, p. 5.

Fenech define al Ministerio Fiscal, como:⁷

“Una parte acusadora necesaria de carácter público, encargada por el Estado, a quien representa, de pedir la actuación de la pretensión punitiva y de resarcimiento, en su caso, en el proceso penal”.

De lo anterior, se desprende que el Ministerio Público es una institución a la que se considera como una verdadera magistratura, con atribuciones de gran importancia cerca de los tribunales, interviniendo con misión social en la debida procuración de la justicia.

De acuerdo al Artículo 21 del Pacto Federal, a saber:

“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con un policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato...”

Este es el aspecto de mayor trascendencia del artículo 21 constitucional, en virtud de otorgarle autonomía al Ministerio Público el que, de acuerdo con la legislación expedida bajo la Constitución de 1857, carecía de facultades efectivas, en el proceso penal, puesto que la función de policía judicial, no existía como organismo independiente y era ejercida por los jueces, quienes se convertían en verdaderos acusadores en perjuicio de los procesados.

Se ha impuesto en la legislación y en la jurisprudencia la interpretación que considera al propio Ministerio Público como el único autorizado para ejercer la acción penal y la función acusatoria durante el proceso penal, tanto el federal como los de las entidades federativas, no reconocen la calidad de parte, ni siquiera con carácter subsidiario, a la víctima del delito.

⁷ CIT. POS., V. CASTRO, Juventino, *El Ministerio Público en México*, 8a. Ed., Urrúa, 1994, p. 65.

II.- Antecedentes

Fuè en Francia en donde nació la institución del Ministerio Público, pero muchos autores le señalan antecedentes remotos: Algunos dicen que en el Derecho Ático, aquí un ciudadano sostenía la acusación, cuya inquisición era llevada ante los Eliasta.⁸

Otros ven el origen histórico de la institución en los Temosteti, funcionarios encargados de denunciar a los imputables, al Senado o a la Asamblea del Pueblo, que designaba a un ciudadano para sostener la acusación.

Para otros el origen es romano, en donde había Magistrados ayudados por oficiales de policía nombrados los Curiosi, Stationari o Irenarcas, con funciones policiacas y en especial en los Praefectus Urbis en Roma, en los Praesides y Procónsules en la provincia o en los Defensores Civitatis, los Advocati Fisci y los Procuratores Caesaris del Imperio, que perseguían los delitos, criminales y señalaban que en casos graves el Emperador y el Senado, adicionaba un Acusador especial.

Con referencia a la progresión histórica del Ministerio Público en México, es conveniente atender a la evolución política y social de la cultura prehispánica residente en el territorio nacional, destacando en forma principal la organización de los aztecas, puesto que de los estudios realizados por autores tan prestigiados como Köller, Manuel M. Moreno y Salvador Toscano, desprendemos que la fuente de nuestras 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.

a) Derecho Azteca

Es innegable que entre los aztecas imperaba un sistema de normas para regular el orden y sancionar toda conducta hostil a las costumbres y usos sociales.

⁸ *Ibid.* p. 87

El Derecho no era escrito, sino más bien, de carácter consuetudinario, en todo se ajustaba al régimen absolutista que en materia política había llegado 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 tal afirmación. El Cihuacoatl desempeñaba funciones muy peculiares: auxiliaba al Hueytlatoani, vigilaban 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 la de acusar y perseguir a los delincuentes, aunque generalmente la delegaba en los jueces, quienes auxiliados por los alguaciles y otros funcionarios, se encargaban de aprehender a los delincuentes.

Don Alojos, de Zurita, oidor de la Real Audiencia de México, en relación con las facultades del Tlatoani señala, que 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 a los delincuentes, así señores como los demás, corregir y enmendar los inobedientes..."

Es preciso hacer notar, que la persecución del delito estaba en manos de los jueces por delegación del Tlatoani, de tal manera que las funciones de éste y las de Cihuacoatl eran jurisdiccionales, por lo cual, no es posible identificarlas con las del Ministerio Público, pues si bien el delito era perseguido, esto se encomendaba a los jueces, quienes para ellos realizaban las investigaciones y aplicaban el derecho.

b) Época Colonial

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.⁹

El choque natural que se produjo al realizar la conquista, hizo surgir infinidad de desmanes y abusos de parte de funcionarios particulares y también de quienes escudándose en la pérdida de la doctrina cristiana, abusaban de su investidura para cometer atropellos.

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

Tal estado de cosas se pretendió remediar a través de las Leyes de Indias y de otros ordenamientos jurídicos, estableciéndose la obligación de respetar las normas jurídicas de los indios, su gobierno, policía, usos y costumbres, siempre que no contraviniera el derecho hispano.

Los principales organismos judiciales de la Colonia eran las Audiencias. La Audiencia de México que estaba formada por ocho oidores, cuatro alcaldes del crimen y dos fiscales. Presidida por el Virrey. Uno de los dos fiscales era del crimen, y había además un Alaguacil Mayor y un Teniente de Gran Canciller, sin perjuicio de los diversos ministros y oficiales que su mejor funcionamiento podía exigir.

La averiguación sumaria de los delitos debía hacerse por los oidores que fuesen jueces en lo criminal, o por los alcaldes del crimen, donde los hubiere. Dichas diligencias tenían que ser despachadas personalmente por estos funcionarios cuando se trataba de los delitos graves o "de calidad", hasta verificar la culpa; estando terminantemente prohibido realizarlas por interpósita persona o comisionado, como Escribano ó Receptor.

La persecución del delito en esa etapa, no se encomendó a una institución o funcionario en particular; el Virrey, los gobernadores, las Capitanías Generales, los Corregidores y muchas otras autoridades, tuvieron atribuciones para ello.

Como la vida jurídica se desenvolvía teniendo como jefes en todas las esferas de la administración pública a personas designadas por lo Reyes de España o por los

⁹ *Ibidem*, p. 115.

Virreyes, corregidores, etc. los nombramientos siempre recaían en sujetos que los obtenían mediante influencias políticas, no dándose ninguna injerencia a los "indios" para actuar en ese ramo.

No fue sino hasta el 9 de octubre de 1549, cuando a través de una cédula real se ordenó hacer una selección para que los "indios" desempeñarán los puestos de Jueces, Regidores, Alguaciles, Escribanos y Ministros de Justicia; especificándose que la justicia se administraba 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.

Diversos tribunales apoyados en factores religiosos, económicos, sociales y políticos, trataron de encausar la conducta de "indios", españoles; y la audiencia, como el Tribunal de la Acordada y otros tribunales especiales, se encargaron de perseguir el delito.

c) Los Fiscales antes de proclamarse la independencia

Dentro de las funciones de justicia, destaca la figura del Fiscal, funcionario importado 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 como una institución con los fines y caracteres conocidos en la actualidad.

En la Constitución de Apatzingan del 22 de octubre de 1814, en que se expresa que en el Supremo Tribunal de Justicia habrá dos fiscales letrados: uno para lo civil y otro para lo criminal.

En la Constitución Federalista del 4 de octubre de 1824, se incluye también al Ministerio Fiscal, en la Suprema Corte, equiparando su dignidad a la de los Ministros y dándole el carácter de inamovible; también establece Fiscales en los

Tribunales de Circuito, sin determinar nada expresamente respecto de los Juzgados.

La Ley de 14 de febrero de 1826 reconoce como necesaria la intervención del Ministerio Fiscal en todas las causas criminales en que se interese la Federación y en los conflictos de jurisdicción para entablar o no el recurso de competencia, haciendo, por último, necesaria la presencia de este funcionario en las visitas semanales de cárceles.

El Decreto de 20 de mayo de 1826 es el que más pormenorizado habla del Ministerio Fiscal, La Ley de 22 de mayo de 1834 mencionaba la existencia de un Promotor Fiscal en cada Juzgado de Distrito, nombrado como el de Circuito y con las mismas funciones.

Las Siete Leyes de 1836 establecen el sistema centralista en México; la ley de 23 de mayo de 1837 establece un Fiscal adscrito a la Suprema Corte, contando los Tribunales Superiores de los Departamentos con un Fiscal cada uno de ellos.

Consecuentemente, el Ministerio Fiscal forma parte integrante de la Corte Suprema de Justicia y se conserva en las Siete Leyes Constitucionales de 1836 y en las bases orgánicas de 12 de junio de 1843, de la época del Centralismo, conocidas por Leyes Escuras.

La Ley de Lores dictada el 6 de diciembre de 1853, bajo el régimen de Antonio López de Santa Anna, organiza al Ministerio Fiscal, aunque no tenga el carácter de parte, debe ser oído siempre que hubiere duda y obscuridad sobre el genuino sentido de la ley. Se crea un Procurador General que representa los intereses del Gobierno y que tiene una amplísima misión.

La Ley de 23 de noviembre de 1855 Don Juan Álvarez da una ley, aprobada posteriormente por el presidente Ignacio Comonfort, extiende la intervención de los Procuradores o Promotores Fiscales a la Justicia Federal. Asimismo, establecía que los promotores fiscales no podían ser recusados y se les colocaba en la Suprema Corte, en los Tribunales de Circuito y más tarde se les extendió, por Decreto de 25 de abril de 1856, a los Juzgados de Distrito.

En todas estas Constituciones y Leyes nos encontramos una organización verdadera, no se acepta totalmente que el Ministerio Público ejerza la Acción Penal.

El Decreto de 5 de enero de 1857, que tomó el nombre de Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, en que establece: que todas las causas criminales deben ser públicas precisamente desde que se inicia el plenario, con excepción de los casos en que la publicidad sea contraria a la moral; que a partir del plenario, todo inculcado tiene derecho a que se le den a conocer las pruebas que existan en su contra; que le permita comparecer con los testigos cuyos dichos le perjudiquen y que debe ser oído en defensa propia.

Uno de sus expositores, el diputado Villalobos, se opuso al establecimiento del Ministerio Público, no ignoraba la existencia de esta Institución y reclamó para los particulares el derecho de acusar, basándose en que este sistema era propio de un régimen democrático.

En el proyecto de la Constitución enviado a la Asamblea Constituyente, se menciona por primera vez al Ministerio Público en el artículo 27 disponiéndose que a todo procedimiento del orden criminal, debe existir previa querrela o acusación de la parte ofendida o instancia del Ministerio que sostenga los derechos de la sociedad", según dicho precepto, el ofendido directamente podía ocurrir ante el Juez ejercitando la acción.

También podía iniciarse el proceso a instancias del Ministerio Público, como representante de la sociedad, y el ofendido conservaba una posición de igualdad con el Ministerio Público en el ejercicio de la acción. en el artículo 96 del Proyecto de Constitución, se mencionan como adscritos a la Suprema Corte de Justicia al Fiscal y al Procurador General, formando parte integrante del tribunal.

El diputado Villalobos manifestó su inconformidad con que se le quitase al ciudadano el derecho a acusar y se le substituyese por un acusador público; expresó que el pueblo no puede delegar los derechos que debe ejercer por sí mismo y que todo crimen, que es un ataque para la sociedad, reclama para el ciudadano el derecho de acusar, que de llegarse a establecer en México el Ministerio Público, se privaría a los ciudadanos de ese derecho.

El diputado Díaz González no compartió las ideas de Villalobos, aduciendo que debe evitarse que el Juez sea al mismo tiempo Juez y parte; que independizado el Ministerio Público de los jueces, habrá más seguridad de que sea imparcial la administración de justicia.

El diputado Moreno opinó que el derecho de acusar no debe vedarse a los ciudadanos, Castañeda hizo notar que si se estableciese el Ministerio Público, daría lugar a grandes dificultades en la práctica, originando embrollos y demoras en la administración de justicia, porque obligan al Juez a esperar la acusación formal para poder proceder, es tanto como reducirlo a un estado pasivo, facilitando la impunidad de los delitos.

Mostró su conformidad con el establecimiento del Ministerio Público, pero propuso que sólo interviniese hasta que la causa se eleve al Estado de plenario. Díaz González insistió en que el artículo propuesto no significa que se quite a los ciudadanos el derecho de acusar, que las funciones reservadas en la doctrina al Ministerio Público, en la práctica han estado a cargo de los jueces, lo que disminuye las garantías que debe tener todo acusado.

La opinión general fue contraria al establecimiento del Ministerio Público; la idea de reconocer al ciudadano el derecho de acusar estaba profundamente arraigada en el ánimo del pueblo, pero despertó entre los constituyentes grandes inquietudes por lo monstruoso, que resulta que el Juez sea al mismo tiempo Juez y parte para dirigir a su arbitrio, la marcha del proceso.

El diputado veracruzano José María Mata, sostuvo fogozamente que “la sociedad es para el individuo y no el individuo para la sociedad”, cuando alguien habló de que el Ministerio Público representaba los intereses de la sociedad. El diputado potosino Don Ponciano Arriaga, que tuvo tan destacada intervención en las discusiones, propuso que el artículo quedase redactado en la siguiente forma:

“En todo procedimiento del orden criminal, debe intervenir querrela o acusación de la parte ofendida o instancia del Ministerio Público, que sostenga los derechos de la sociedad”.

El ofendido por el delito, podía ir directamente ante el Juez, como denunciante o como querellante; podía también hacerlo el Ministerio Público, sin que significase que la institución tuviese el monopolio exclusivo de la acción penal que se concedía al ciudadano.

La proposición de Arriaga fue rechazada porque los miembros del congreso palparon los graves inconvenientes que ocasionaría quitar al ciudadano el derecho a recurrir directamente ante el Juez, quebrantando los principios filosóficos sustentados por el individualismo, según se dijo al final, y el artículo fue declarado sin lugar a votar y se rechazó no volviendo a mencionarse al Ministerio Público en el curso de las discusiones en cambio, se consagró la institución de la fiscalía en los Tribunales de la Federación.

En junio de 1869, expide Benito Juárez la "Ley de Jurados", en ella se menciona por primera vez la denominación Ministerio Público que interviene acusando a los responsables; así como, se establecen tres procuradores a los que por primera vez se les llama representantes del Ministerio Público no constituían una organización, eran independientes entre sí, y estaban desvinculados de la parte civil.

En los Códigos de Procedimientos Penales del Distrito Federal de 1880, 1894 y en el Código de Procedimientos Penales del Estado de Puebla de 1904, se adopta la Institución del Ministerio Público en la forma que lo reglamento el Derecho Francés, de tal manera que su composición era la siguiente:

Se conocen dos medios para poner en conocimiento un delito: la denuncia para los que se persiguen de oficio; la querrela para los que se persiguen a petición de parte, rechazándose la pesquisa y la declaración secreta o anónima.

La denuncia o la querrela se presentan ante la autoridad Judicial, quien forma parte de la Policía Judicial; no necesita la intervención del Ministerio Público para practicar la investigación, el descubrimiento de pruebas sobre el delito y las personas que intervinieron en su comisión, y si la denuncia o la querrela se presentan ante el Ministerio Público, debe requerir inmediatamente la intervención de la autoridad Judicial para practicar la investigación y sólo en casos urgentes, cuando había peligro de que se destruyeran o se perdieran los vestigios o huellas del delito, podía el Ministerio Público, quien también formaba parte de la Policía Judicial pero

supeditado al Juez, practicar investigaciones; éstas las hacía constar en actas y reciben el nombre de Primeras Diligencias.

Terminada la instrucción, que recibe el nombre de Sumario, con o sin la intervención del Ministerio Público, se pasa el proceso para que formule conclusiones y en caso de ser acusatorias, se lleva el asunto a juicio oral pronunciándose a continuación la sentencia. De esa exposición se desprende que el único acto procesal en que era necesaria la intervención del Ministerio Público eran las Conclusiones.

El 30 de junio de 1891 se publicó un Reglamento del Ministerio Público, pero no es sino hasta el año de 1903 en que el General Porfirio Díaz expide la primera Ley Orgánica del Ministerio Público, y lo establece ya no como auxiliar de la administración de la justicia, sino como parte en el juicio interviniendo en los asuntos en que se afecta el interés público y el de los incapacitados, y en el ejercicio de la acción penal de la que es titular.

Se comisionó a los señores diputados General Francisco J. Múgica, Alberto Román, Luis G. Monzón, Enrique Recio y Enrique Colunga, para que presentaran dictamen sobre el artículo 21 del proyecto del Primer Jefe, que se hayaba redactado como sigue: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Sólo incumbe a la autoridad administrativa, el castigo de las infracciones de los reglamentos de policía y la persecución de los delitos, por medio del Ministerio Público y de la Policía judicial que estará a la disposición de este".

La comisión formuló dictamen el 30 de diciembre de 1916 y al referirse a la Policía Judicial, hicieron resaltar la importancia de la institución, poniéndola bajo el control y vigilancia del Ministerio Público.

Discutido el dictamen, los comisionados hicieron ver la vaguedad que había en la redacción del artículo 21 del proyecto, en que se establecía que era la autoridad administrativa la encargada de perseguir los delitos por medio del Ministerio Público y de la Policía Judicial, lo cual era contrario a las razones expresadas en la exposición de motivos.

La comisión creyó interpretar las ideas de la Primera Jefatura en el sentido de que la Policía Judicial era una función y no un órgano, encargado simplemente de

la investigación de los delitos. Se quiso dejar exclusivamente en manos del Ministerio Público y de la Policía Judicial todo lo relacionado con el desarrollo de la acción penal a través de las tres etapas de investigación persecución y acusación antes de que entrase en vigor la constitución de 1917, los jefes políticos, los presidentes municipales, los militares y los comandantes de policía eran los encargados de investigar y perseguir los delitos, resultando que de haberse admitido el texto del proyecto no se habría corregido la deficiencia.

En opinión de los dictaminadores había de ser a la inversa, correspondiendo al Ministerio Público la persecución de los delitos ante los Tribunales y el control de la Policía Judicial en la investigación de los delitos.

Expresaban los comisionados que "desarrollando nuestra opinión acerca de la Policía Judicial, creemos que cualquiera que sea la forma en que la organicen los Estados en uso de su soberanía, siempre habrá necesidad de que las autoridades municipales, además de sus propias funciones, ejerzan funciones de Policía Judicial, siendo auxiliares del Ministerio Público en el cumplimiento de sus obligaciones, pero en el ejercicio de tales funciones deben quedar subalternas al Ministerio Público".

Era diáfano el pensamiento de la comisión en el sentido de crear la Policía Judicial como una función desempeñada por las autoridades administrativas, pero sujeta al control y a la vigilancia del Ministerio Público, para evitar el quebrantamiento de las leyes en perjuicio de los particulares.

Por ello propuso que el artículo 21 quedará así redactado: "La autoridad administrativa ejercerá las funciones de Policía Judicial que le impongan las leyes, quedando subalternada al Ministerio Público en lo que se refiere exclusivamente al desempeño de dichas funciones.

Iniciada la discusión del articulado, objetó el precepto del diputado Crisoforo Rivera Cabrera, en lo que se refiere al límite de las multas que podía aplicar la autoridad administrativa, pero el diputado Palavicini hizo notar que la Policía Judicial era una novedad en el Derecho Procesal Mexicano; que se trataba de una Policía Judicial especial la que proponía el Primer Jefe.

Intervinieron en el debate los diputados Mújica, Alberto M. González, Dávalos, Macías, Machorro y Narváez, Colunga y Jara, sosteniendo los diputados Colunga, Jara y Mújica que la Policía Judicial a que se refería el proyecto de la Primera Jefatura, constituía una función encaminada a la investigación de los delitos, con tal exclusión de los órganos jurisdiccionales y no en el sentido de que se crearan nuevos organismos policíacos en la república, o cuerpos especiales de Policía Judicial, pues como hacía notar el diputado Jara (Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1917, Tomo II, página 112), no era posible que la idea se entendiese en el sentido de crear nuevos órganos policíacos en los municipios de precarios recursos, donde ni siquiera se ha contado, ni se cuenta, con los servicios policíacos ordinarios. Jara se manifestó en los siguientes términos:

“Yo encuentro conveniente que la Policía Preventiva asuma funciones de Policía Judicial para que su acción sea más eficaz y a la vez, quede más independiente, a reserva de que en las partes en donde no se pueda sostener el cuerpo de policía judicial preventiva, por la penuria en que se encuentren principalmente los pequeños poblados, se admita la idea en el sentido de que la policía administrativa asuma las funciones de Policía Judicial.”

Retirado el artículo 21 por la comisión, con el objeto de modificarlo de acuerdo con el sentir de la asamblea, se presentó en la sesión celebrada el 12 de enero de 1917, con la siguiente redacción: “también incumbe a la propia autoridad (la administrativa), la persecución de los delitos por medio del Ministerio Público y de la Policía Judicial, que estará a la disposición de éste”, pero el diputado Enrique Colunga formuló su voto particular proponiendo que la redacción del precepto quedase en los siguientes términos:

“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”. La asamblea aceptó la redacción propuesta por el diputado Colunga.

d) Constitución de 1917

El cambio tan brusco que provocó esta Ley y lo novedoso del sistema, rompieron con la realidad social. como consecuencia, el sistema inquisitivo siguió observándose y el Ministerio Público continuó en su mejor rutina como organismo auxiliar de los órganos jurisdiccionales. Al sucederse el movimiento revolucionario que puso fin a la dictadura del General Díaz y promulgarse la Constitución Política Federal de 1917, se unificaron las facultades del Ministerio Público, haciendo de éste una institución, un organismo integral para perseguir el delito, con independencia absoluta del Poder Judicial.¹⁰

Don Venustiano Carranza en la exposición de motivos presentada en la apertura del Congreso Constituyente, el 1o. de diciembre de 1916 y con relación al artículo 21, describe las causas en que se fundó el Constituyente de Querétaro para adoptar y reglamentar la Institución del Ministerio Público.

La propia Constitución de 1917 también señaló: "Estará a cargo del Ministerio Público de la Federación la persecución ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los reos; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la misma ley determinare..."

El Ministerio Público, cuya actuación había sido indefinida y débil, sobre todo en el ambiente rural en el que no había pasado de ser "una simple figura decorativa", adquiere una fisonomía distinta en los postulados esenciales de la revolución mexicana, quien lo estructura y le imprime la dinámica necesaria para institucionalizarlo para que sus funciones en las múltiples y variadas intervenciones legales, constituyan una auténtica función social.

Como consecuencia de la reforma constitucional introducida a los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de la República de 1917, la institución del Ministerio Público quedó substancialmente transformada con arreglo a las siguientes

¹⁰ COLIN Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 10ª. Ed. México, Porrúa, 1986, p. 92.

bases:

- *El monopolio de la acción penal corresponde exclusivamente al Estado, y el único órgano estatal a quien se encomienda su ejercicio es al Ministerio Público;*
- *De conformidad con el Pacto Federal, todos los Estados de la República deben ajustarse a las disposiciones constitucionales, estableciendo en sus respectivas entidades la institución del Ministerio Público;*
- *Como titular de la acción penal, el Ministerio Público atiende las funciones de acción y de requerimiento, persiguiendo y acusando ante los tribunales a los responsables de un delito; el juez de lo penal no puede actuar de oficio, necesita que se lo pida el Ministerio Público;*
- *La Policía Judicial tiene a su cargo la investigación de los delitos, la busca de las pruebas y el descubrimiento de los responsables y debe estar bajo el control y vigilancia del Ministerio, entendiéndose que la Policía Judicial constituye una función; que cualquier autoridad administrativa facultada por la ley, puede investigar delitos, pero siempre que éste bajo la autoridad y mando inmediato de los funcionarios del Ministerio Público;*
- *Los jueces de lo criminal pierden su carácter de Policía Judicial, no están facultados para buscar pruebas por iniciativa propia y sólo desempeñan en el proceso penal funciones decisorias;*
- *Los particulares no pueden ocurrir directamente ante los jueces como denunciante o como querellante. En lo sucesivo, lo harán precisamente ante el Ministerio Público para que éste, dejando satisfechos los requisitos legales, promueva la acción penal correspondiente.*

Algunos autores coinciden en que el Ministerio Público mexicano se vio influenciado por tres elementos en su integración:

1.- La ascendencia de la legislación francesa, que determinó la característica de unidad del Ministerio Público, la irrecusabilidad del Procurador, de sus agentes, la

organización y jerarquización de la Policía Judicial.

2.- La legislación Española que de una u otra forma continuó vigente por lo que respecta al fuero común hasta casi finalizar el pasado siglo XIX.

3.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, que en su artículo 21 atribuyó la titularidad del ejercicio de la acción penal en forma exclusiva a la del Ministerio Público.

III.- La Institución del Ministerio Público en el Derecho Comparado

a) España

En España la institución fue mejor comprendida, aunque no completamente desarrollada, ya que ni el Fuero Juzgo ni en el Código de las Partidas es conocida.

La Promotora Fiscal existió desde el siglo XV en España, como herencia del Derecho Canónico. Los promotores Fiscales obraban en representación del monarca y en las Leyes de recopilación de 1576 expedidas por el Rey Felipe II en el Libro II, Título XIII se les señalan atribuciones específicas ordenándoseles que hicieran diligencias para que los procesos se acabaran y fenecieran, pero las funciones de dichos promotores consistían esencialmente en vigilar lo que ocurría ante los tribunales del crimen y en obrar de oficio a nombre del pueblo cuyo representante era el soberano.

España, que impuso en el México colonial su legislación, estableció su organización por lo que respecta al Ministerio Público. La recopilación de Indias, en la ley dada el 5 de octubre de 1626 y 1632, ordenaba: "Es nuestra merced y voluntad que en cada una de las reales audiencias de Lima y México haya dos fiscales; que el más antiguo sirva la plaza en todo lo civil y el otro en lo criminal".

Cuando en la Antigua y Nueva España se estableció el régimen constitucional, la Constitución ordenó que a las cortes correspondía fijar el número de Magistrados que habían de componer el Tribunal Supremo (hoy Suprema Corte) y las audiencias de la Península y de Ultramar. lo que realizó el decreto de 9 de

octubre de 1812, que ordenaba que en la Audiencia de México hubiera dos fiscales; audiencia que en el año de 1822 estaba reducida en México a dos Magistrados propietarios y un fiscal, que el Congreso de esa época confirmó por decreto de 22 de febrero de 1822.

Me permito citar nuevamente al autor Juventino V. Castro, que expresa:¹¹

El Ministerio Fiscal Español en la realidad constitucional vigente, en el artículo 124 de la Constitución de 1978, señala que el Fiscal General de Estado es nombrado por el Rey, a propuesta del gobierno, oído por el Consejo General del Poder Judicial.

El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley de oficio ó a petición de los interesados- así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

Ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

El Ministerio Fiscal está legitimado, al igual que los agraviados y que el Defensor del Pueblo -forma española del ombudsman-, para interponer el recurso de amparo. La Policía Judicial depende de los jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito, descubrimiento y aseguramiento del deficiente, en los términos que la ley establezca.

¹¹ *Ibidem*, pp. 244 y s.

6) ESTADOS UNIDOS (Modelo Angloamericano)

En la obra, *El Ministerio Público en México* de Juventino V. Castro, establece que:¹²

El Attorney General, es nombrado por el Presidente de los Estados Unidos, con aprobación del Senado Federal, es el jefe del Departamento de Justicia, y representa al país en asuntos legales, proporcionando además consejo y opinión al Presidente y a los titulares de los departamentos ejecutivos del gobierno, cuando es requerido para ello interviene ante la Suprema Corte de los Estados Unidos, a nombre del Gobierno, en casos de suma gravedad o importancia excepcionales.

En tales situaciones puede producir recomendaciones como amicus curiae; es decir, como persona que amistosamente sugiere un punto de vista racional que expone un personal punto de criterio ante una corte.

En los Estados de la Unión existe, bajo tratamiento similar al federal, un Attorney General, que es cabeza de la oficina legal del Estado, ellos dan consejo y opinión al gobernador y a los departamentos ejecutivos y administrativos estatales, o bien a sus dependencias oficiales.

El Solicitor General de los Estados Unidos se encarga -entre otras cuestiones- de la representación del Gobierno ante la Suprema Corte. Este funcionario resuelve en qué casos se debe pedir la revisión de un juicio ante que tribunal prepara los alegatos ante él, así como otros documentos jurídicos, y dirige los argumentos legales, exponiéndolos en algunas ocasiones personalmente. También decide cuándo el gobierno de los E.U., debe apelar en los asuntos que se pierdan ante las cortes inferiores.

Fix-Zamudio¹³ explica:

¹² V. CASTRO, Juventino, *El Ministerio Público en México*, 8a. Ed., México, Porrúa, 1994, p. 286.

¹³ FIX Zamudio, Néctor, *Función Constitucional del Ministerio Público, Anuarios Jurídico 1/1978 del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, p. 157.

"La organización del Departamento de Justicia es muy compleja, por lo que en forma breve podemos señalar, como titular, está asistido por dos auxiliares, el primero, denominado Deputy Attorney General, tiene a su cargo las oficinas y departamentos que se ocupan esencialmente de la investigación y persecución de los delitos, pues de él depende tanto la Oficina Federal de Investigaciones (FBI), como la División Criminal y la Oficina ejecutiva de los Abogados Federales (Executive Office for United States Attorneys), y además la Oficina de Prisiones Federales (Bureau of Prisons).

El segundo abogado auxiliar lleva el nombre de Associate Attorney General, y coordina varios departamentos que prestan asesoría al gobierno federal en una variedad de materias, como son las relativas a las leyes antimonopólicas, los asuntos civiles, la protección de los derechos humanos, los problemas impositivos, etc.

Finalmente, el Attorney General dirige en forma inmediata la labor del Solicitor General (procurador judicial), quien representa al gobierno federal ante la Suprema Corte Federal; y también coordina las oficinas de asesoramiento jurídico más importante, como la del consejero legal, y las que se refieren a asuntos legislativos, mejoramiento de la administración de justicia, etc."

Se menciona que los ordenamientos del Ministerio Público en los cuarenta y ocho Estados, de que contaba son variados. digno de mención, entre todos es el Estado de New York, imitado, al menos a grandes rasgos por otros Estados.

En cada uno de los cincuenta y seis condados en que estaba dividido el Estado de New York hay un Procurador (Distrito attorney), elegido por dos o tres años por el pueblo con sufragio universal. Dirige, bajo la dependencia del Procurador General de los Estados Unidos, todos los procedimientos penales de su jurisdicción; asiste a la instrucción; acusa en nombre del Estado y del pueblo; participa en el debate ofreciendo la prueba de cargo, y pronuncia su requisitoria.

Los procuradores de Distrito son ayudados por sus asistentes, Assitaant attorneies. No se reconoce derecho de apelación al Ministerio Público, siendo esto considerado como la causa del aumento de la criminalidad en ese Estado.

Existe el Ministerio Público en el Estado sólo ante la jurisdicción penal, y no ante la civil.

c) Francia

La institución nació en Francia, con los Procureurs Du Roi de la Monarquía francesa del siglo XIV, instituidos "pour la défense des intérêts du pince et de Etat", disciplinado y encuadrando en un cuerpo completo con las Ordenanzas de 1522, 1553 y de 1586. El Procurador del Rey se encargaba del procedimiento y el Abogado del Rey, se encargaba del litigio en todos los negocios que interesaban al Rey durante la Monarquía, el Ministerio Público no asume la calidad de representante del poder ejecutivo ante el poder judicial, porque en esa época es imposible hablar de división de poderes.

La Revolución Francesa hace cambios en la institución, desmembrándola en Comisarios del Rey encargados de promover la acción penal y la ejecución; Acusadores Públicos que sostenían la acusación en el debate. La tradición de la Monarquía le devuelve la unidad con la ley de 13 de diciembre de 1799, tradición que será continuada por la Organización Imperial de 1808 y 1810 de Napoleón, en que el Ministerio Público, organizado jerárquicamente bajo la dependencia del poder ejecutivo, recibe por la ley de 20 de abril de 1810, el ordenamiento definitivo que de Francia irradiaría a todos los Estados de Europa.

Al respecto Juventino V. Castro¹⁴, establece que el Ministerio Público frances representa al poder ejecutivo ante la autoridad judicial, y está encargado de ejercitar la acción penal, de perseguir en nombre del Estado a los autores de un delito ante la jurisdicción penal, y de promover la ejecución de lo juzgado, y además actuar en materia civil en los casos designados por la ley.

En materia penal, el Ministerio Público es parte principal en el procedimiento, y los imputados son sus adversarios. En materia civil, actúa como parte principal en los casos en que el orden público ó las buenas costumbres estén

¹⁴ Op. cit., V. CASTRO Juventino, *El Ministerio Público en México*, pp. 238 y s.

particularmente interesados, así como cuando se trate de incapaces sin defensa, hijos naturales, ausentes, etc.

Fuera de estos casos actúa como parte adjunta, limitándose a expresar su opinión en vía de "conclusiones". No actúa el Ministerio Público ante el juez de paz, ni el tribunal de comercio, u otros órganos jurisdiccionales. Asimismo, tiene atribuciones diversas: vigilancia de los órganos auxiliares de la justicia, de determinados intereses escolares, sindicales, etc.

IV.- Naturaleza Jurídica

La determinación de la naturaleza jurídica del Ministerio Público ha provocado discusiones interminables dentro del campo doctrinario; se le ha considerado:

- a) Como un representante de la sociedad en el ejercicio de las acciones penales*
- b) Como un órgano administrativo que actúa con el carácter de parte.*
- c) Como un órgano judicial.*
- d) Como un colaborador de la función jurisdiccional.*

a) Es un representante de la sociedad 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 atenté contra la seguridad y el normal desenvolvimiento de la sociedad.

Chiovenda afirma: el Ministerio Público personifica el interés público en el ejercicio de la jurisdicción.

Rafael de Pina ¹⁵ considera que 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 el Ministerio Público su órgano específico y auténtico".

Es indudable que el Ministerio Público representa en sus múltiples atribuciones el interés general, tal interés que originariamente corresponde a la sociedad, al instituirse el Estado, queda delegado en él para proveer todo lo necesario para el mantenimiento de la legalidad, y aunque por lo general, no representa al Estado en aspectos particulares de éste, concebido como persona moral, dicha representación es posible, debido de que la legalidad siempre debe ser procurada por el Estado a través de sus diversos órganos.

b) Es un órgano administrativo

Fundamentalmente en la doctrina italiana, la cual se ha dividido; mientras algunos consideran como órgano administrativo, otros afirman que es un órgano judicial.

Guarnecí 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 y 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 apelan, 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 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".

¹⁵ DE PINA Vera, Rafael, Comentarios al Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, México, Herrero, 1961, p. 31.

Adiciona el autor: "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 represión plenaria 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 actuar él".

Por otra parte, los actos que realiza el Ministerio Público son de naturaleza administrativa, lo que justifica que se apliquen a ésta, 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 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 órgano jurisdiccional oficiosamente para avocarse al proceso.

Aún más, la sustitución como consecuencia de la jerarquía que prevalece dentro de la institución, permite que se den órdenes, circulares y otras medidas tendientes a vigilar la conducta de quienes integran al Ministerio Público, aspecto que cae también dentro del orden administrativo.

En esas condiciones, el Ministerio Público 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 su actuación, las características esenciales de quienes actúan como "parte", ejercita la acción penal, propone demandas, presenta impugnaciones, tiene facultades de pedir providencias de todas clases".

Al igual que Guarneri, Manzini, Maswsari, Florian, José Sabatini y Franco Sodì, consideran que el Ministerio Público dentro del proceso penal, actúa con el carácter de "parte" independientemente de que no existe común acuerdo, en relación con el momento procedimental en que se debe considerársele como tal.

c) *Es un órgano 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.

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.

Frosali establece ¹⁶ que a 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 consideramos que Frosali esté en lo justo, porque desde su punto de vista, habría que considerar con tal carácter el procesado, a los testigos y demás personas que intervienen en el proceso, lo cual es erróneo.

El Ministerio Público, dada su naturaleza y fines, carece de funciones jurisdiccionales; éstas son exclusivas del Juez, de tal manera que debe concretarse a solicitar la aplicación del derecho, más no a declararlo.

En el derecho mexicano no es posible concebir al Ministerio Público como un órgano jurisdiccional, no está facultado para aplicar la ley, ésta es una atribución exclusiva del juez.

¹⁶FROSALI, *Sistema Penale Italiano, Parte Seconda, Diritto Processuale Penale, Tomo IV*, Unione Tipografica, editrice Torinese, 1958, p. 167.

La Constitución General de la República 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..." (Artículo 21) Tal declaración es suficiente clara y precisa; concentra exclusivamente en los órganos jurisdiccionales la facultad de aplicar el derecho y en el Ministerio Público la persecución de los delitos; separa e independiza las funciones, auspiciando así la exacta y correcta aplicación de la ley.

d) Es un colaborador de la función jurisdiccional

No ha faltado quien identifique al Ministerio Público como un auxiliar o colaborador de la función jurisdiccional, debido a las actividades que realiza 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 con la actividad jurisdiccional, 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 sus diversos órganos para que en colaboración coordinada, mantengan el orden y la legalidad; razón por la cual el Ministerio Público (órgano de la acusación), lo mismo al perseguir el delito que al ejercer toda acción jurídica en contra de los particulares, dentro de esos postulados, es un auxiliar de la función jurisdiccional para lograr que los jueces hagan actuar la ley.

Tomando como punto de partida la naturaleza jurídica del proceso y de quienes intervienen en él, el Ministerio Público es un sujeto de la relación procesal, en la que participa con el carácter de "parte" sosteniendo los actos de acusación.

Actualmente, al Ministerio Público corresponde una esfera muy variada de atribuciones, debido a la evolución de las instituciones sociales, las que para cumplir sus fines, han considerado indispensable otorgarle injerencia en asuntos civiles y mercantiles, como representante del Estado y en algunas otras actividades de carácter legal.

Consecuentemente, el Ministerio Público tiene una personalidad polifacética; actúa como autoridad administrativa durante la fase preparatoria del ejercicio de la acción penal, como sujeto procesal, como auxiliar de la función jurisdiccional, ejerce tutela general sobre menores e incapacitados y representa al Estado protegiendo sus intereses.

V.- Atribuciones del Ministerio Público

La Constitución General de la República instituye al Ministerio Público y precisa la atribución específica del Ministerio Público en general es decir, la persecución de los delitos; pero tomando en cuenta la organización política que nos rige y por otra parte el artículo 102 Constitucional, el tipo de leyes sustantivas en materia penal y en algunos el carácter del sujeto que comete el delito, podemos establecer que en la República Mexicana existen: el Ministerio Público del Fuero Común, el Ministerio Público Militar y el Ministerio Público del Fuero Federal.

Procede apuntar que las Leyes Orgánicas de ambas Procuradurías, en el artículo 2, señalan las atribuciones del Ministerio Público del Fuero Común y Federal, respectivamente, los cuales establecen:

Artículo 2o. Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal:¹⁷

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

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

¹⁷ LEGISLACIÓN FEDERAL, *Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal*, 4a. Ed., México 1999, ISEF, S. A. p. 1.

II. Velar por la legalidad y por el respeto a los derechos humanos en la esfera de su competencia, así como promover la pronta, completa y debida impartición de justicia.

III. Proteger los derechos e intereses de los menores, incapaces, ausentes, ancianos y otros de carácter individual o social, en general, en los términos que determinen las leyes.

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

V. La que en materia de seguridad pública le confiere la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal.

VI. Participar en la instancia de coordinación del Distrito Federal en el Sistema Nacional de Seguridad Pública, de acuerdo con la Ley y demás normas que regulen la integración, organización y funcionamiento de dicho sistema.

VII. Realizar estudios y desarrollar programas de prevención del delito y facilitar su coadyuvancia.

VIII. Promover la participación de la comunidad en los programas de su competencia en los términos que los mismos señalen.

IX. Auxiliar a otras autoridades en la persecución de los delitos de la competencia de éstas, en los términos de los convenios, bases y demás instrumentos de colaboración celebrados al efecto; y

X. Las demás que señalen otras disposiciones legales.

Por su parte, el mismo artículo de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, señala:

Artículo 2.- Corresponde al Ministerio Público de la Federación:

I. Vigilar la observancia de la constitucionalidad y legalidad en el ámbito de su competencia, sin perjuicio de las atribuciones que legalmente correspondan a otras autoridades jurisdiccionales o administrativas;

II. Promover la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia;

III. Velar por el respeto de los derechos humanos en la esfera de su competencia;

IV. Intervenir ante las autoridades judiciales en todos los negocios en que la Federación sea parte, cuando se afecten sus intereses patrimoniales o tenga interés jurídico, así como en los casos de los diplomáticos y los cónsules generales.

V. Perseguir los delitos del orden federal;

VI. Intervenir en el Sistema Nacional de Planeación Democrática, en lo que hace a las materias de su competencia.

VII. Participar en el Sistema Nacional de Seguridad Pública de conformidad con lo establecido en la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, éste ordenamiento y demás disposiciones aplicables.

VIII. Dar cumplimiento a las leyes así como a los tratados y acuerdos internacionales en los que se prevea la intervención del Gobierno Federal en asuntos concernientes a las atribuciones de la Institución y con la intervención que, en su caso, corresponda a las dependencias de la Administración Pública Federal.

IX. Representar al Gobierno Federal en la celebración de Convenios de Colaboración a que se refiere el artículo 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

X. Convenir con las autoridades competentes de las Entidades Federativas sobre materias del ámbito de su competencia.

XI. Las demás que las leyes determinen.

Por otra parte, el Ministerio Público tiene asignadas funciones específicas en:

a) *Derecho Penal.* -

Primordialmente, debe preservar a la sociedad del delito y en ejercicio de sus atribuciones como representante de la misma ejercitar las acciones penales. Dentro de este campo realizará las siguientes funciones específicas:

- Investigadora
- Persecutoria

Asimismo, durante el proceso pasará hacer parte en el juicio, caracterizado principalmente como la parte acusadora,

Especial importancia tienen, en el proceso, las etapas de conclusiones (acto preparatorio del juicio) y de juicio. Las conclusiones del Ministerio Público, en las que éste precisa su posición, suelen ser acusatorias (y han de formularse en términos estrictos, de acuerdo a la ley), pero pueden ser inacusatorias y determinantes, entonces del sobreseimiento. Otra proyección, ésta, de la buena fe que está obligado el Ministerio Público.

En el juicio, la función del Ministerio Público, es la de una parte que alega conforme a Derecho. En el juicio puede, por tal título, solicitar la práctica de pruebas. Fallada la causa en primera instancia, el Ministerio Público, puede interponer recursos.

Finalmente en la sede ejecutiva el Ministerio Público, habrá de cuidar el debido cumplimiento de las sentencias judiciales, tal y como se menciona en el artículo 5o. de la Ley Adjetiva Federal, a saber:¹⁸

¹⁸ LEGISLACIÓN FEDERAL, Código Federal de Procedimientos Penales, 4a. Ed., México 1999, ISEF, S. A. p. 3.

Artículo 50. "En el procedimiento de ejecución, el Poder Ejecutivo, por conducto del órgano que la ley determine, ejecutará las penas y medidas de seguridad decretadas en las sentencias de los tribunales hasta su extinción; y el Ministerio Público cuidará de que se cumplan debidamente las sentencias judiciales.

Interviene, además, en incidentes ejecutivos, como es el caso de la rehabilitación, hipótesis en que expresa su parecer, de acuerdo al artículo 573 y 574 del ordenamiento antes mencionado, a saber:¹⁹ de igual manera, el artículo 608 de la Ley Adjetiva del Fuero Común.

De igual manera, en el Capítulo VII, REHABILITACIÓN, en los Artículos siguientes:

Artículo 573.- Recibida la solicitud del tribunal, a instancia del ministerio público o de oficio, si lo creyere necesario, recabará informes más amplios para dejar perfectamente precisada la conducta del reo.

Artículo 574.- Recibidas las informaciones, o desde luego si no se estimaren necesarias, el tribunal decidirá dentro de tres días, oyendo al Ministerio Público y al peticionario, si es o no fundada la solicitud. En el primer caso remitirá las actuaciones originales, con su informe, al Ejecutivo de la Unión, por conducto de la Secretaría de Gobernación, a efecto de que resuelva en definitiva lo que fuere procedente. Si se concediere la rehabilitación se publicará en el Diario Oficial de la Federación; si se negare, se dejarán expeditos al reo sus derechos para que pueda solicitarla de nuevo después de un año.

Amplia función en esta fase le confía el artículo 529 de la Ley Adjetiva Penal, que contempla que el Ministerio Público debe practicar todas las diligencias conducentes a que las sentencias sean estrictamente cumplidas; lo hará así gestionando cerca de las autoridades administrativas lo que proceda o exigiendo ante los tribunales la supresión o represión de los abusos que aquéllos o sus subalternos cometan, cuando se aparten de lo prevenido en las sentencias, en pro ó en contra de los individuos que sean objeto de ellas.

¹⁹ *Ibidem*, p. 100.

Sin embargo, en estas gestiones, previamente debe el Ministerio Público, recabar acuerdo expreso y escrito del Procurador General (artículo 530). También le atañen funciones de comunicación a las autoridades ejecutoras de sanciones precisamente para fines ejecutivos (artículos 531 y 532).

Como órgano del Estado (autoridad instructora ó parte procesal, en ambos casos de buena fe; y luego como custodio de la constitucionalidad y la legalidad en el trato a los reclusos, esto es, vigilante de la debida ejecución de las sanciones), el Ministerio Público se haya comprometido a participar, en alguna medida, en el proceso de individualización penal. En efecto, le atañe, al igual que al juzgador y a diferencia del defensor, el conjunto de la política de la defensa social.

6) Derecho Civil.-

Tienen encomendada fundamentalmente, una función derivada de leyes secundarias en aquellos asuntos en los cuales el interés del Estado debe manifestarse para la protección de ciertos intereses colectivos o cuando estos mismos requieren por su naturaleza y trascendencia, de una tutela especial.

En el juicio civil, la intervención del Ministerio Público versan en intereses de carácter privado, y su intervención se reduce tan sólo a representar y defender el interés público - y de manera principal- velando por los intereses particulares de quienes por alguna circunstancia no están en aptitud de defenderse (ausentes, incapaces y desvalidos, menores de edad e inimputables).

Demostrando que el interés general se establece también en esos casos que persiguen el interés privado, viniendo a llenar el Ministerio Público la función altísima de síntesis coordinadora e integradora de los intereses sociales e individuales.

c) *En el Juicio Constitucional y como consejero y auxiliar del ejecutivo.* -

Estas funciones solamente podemos referirlas en forma concreta al Ministerio Público de la Federación, aunque es pertinente hacer notar que el Procurador de Justicia del fuero común en algunas entidades federativas, tiene también asignadas las funciones de consejero jurídico del ejecutivo local.

Otra función destacable del Procurador General de la República en los juicios de amparo se contiene en el artículo 195 de la Ley, respecto a la atribución allí reconocida al Procurador para denunciar la existencia de tesis de jurisprudencia contradictorias, por criterios tomados en las distintas Salas o bien en los Tribunales Colegiados de Circuito.

Por su parte, el Artículo 5o. Fracción IV de la Ley de Amparo, señala:²⁰

“El Ministerio Público de la Federación, quien podrá intervenir en todos los juicios e interponer los recursos que señala esta Ley, inclusive para interponerlos en amparos, penales cuando se reclamen resoluciones de tribunales locales, independientemente de las obligaciones que la misma Ley le precisa para procurar la pronta y expedita administración de justicia. Sin embargo, tratándose de amparos indirectos en materia civil y mercantil, en que sólo afecten intereses particulares, excluyendo la materia familiar, el Ministerio Público Federal no podrá interponer los recursos que esta Ley señala”.

El artículo 180 de la propia Ley de la Materia, señala²¹ también una intervención -que no puede entenderse más que en calidad de parte legitimada-, al “Ministerio Público que haya intervenido en el proceso en asuntos del orden penal”, que obviamente puede ser el Ministerio Público del orden común- tratándose de los que están jerárquicamente vinculados con las Procuradurías de Justicia del Distrito Federal o de los Estados-, o bien el Ministerio Público Federal que haya intervenido como acusador en los procesos penales instaurados contra los involucrados en delitos federales,

²⁰ LEGISLACIÓN FEDERAL, *Ley de Amparo*, México, 1999, PAC, S.A. de C. V., p. 4.

²¹ *Ibidem*, p. 125.

Esta hipótesis de intervención bajo lo dispuesto en éste artículo, lo es para el sólo efecto de presentar alegaciones en los amparos directos.

El Procurador General de la República, puede interponer acción de amparo, como quejoso, con arreglo a lo dispuesto en el cuarto párrafo del artículo 102 constitucional, que dispone que debe intervenir en todos los negocios en que la Federación fuese parte; en la fracción V, inciso c), segundo párrafo, del artículo 107, que dispone que las sentencias definitivas dictadas en los juicios civiles del orden federal podrán ser reclamadas en amparo por cualquiera de las partes, incluso por la Federación, en defensa de sus intereses patrimoniales; y en el artículo 9o. de la Ley de Amparo que dispone que las personas morales oficiales como se debe considerar a la Federación, podrán ocurrir en demanda de amparo, por conducto de los funcionarios o representantes que designen las leyes, cuando el acto de la ley que reclamen afecte los intereses patrimoniales de aquéllas.

Es así como el Ministerio Público de la Federación puede ubicarse dentro de lo dispuesto en la fracción I del artículo 5o. de la Ley de Amparo, a saber:²²

Artículo 5o. - Son partes en el juicio de amparo:

I. El agraviado o agraviados.

El Ministerio Público de la Federación, no puede impugnar como quejoso en vía de amparo las sentencias absolutorias de segunda instancia en materia penal, pero bajo la misma motivación y fundamentación puede intervenir en los juicios de amparo bajo la figura procesal prevista en la fracción III del propio artículo 5o. o sea como tercero perjudicado, ya que así le señala al Procurador en las demandas pertinentes, como representante de la Federación, en aquellos casos en que se pueden afectar los intereses patrimoniales de ella con la concesión del amparo a un quejoso, pudiendo en tal forma el Procurador llevar a cabo la defensa de dicho patrimonio en riesgo de lesión.

Por supuesto el Procurador General de la República, los funcionarios dependientes de él, los Agentes del Ministerio Público que intervienen en diferentes

²² *Ibid.*, p. 3.

etapas de averiguación de los delitos, en los procesos penales, y en otras funciones pertinentes, los funcionarios y agentes de la Policía Judicial Federal, pueden intervenir en los juicios de amparo en que sean señalados como autoridades responsables, bajo lo dispuesto en la fracción II del artículo 5o.

En resumen, el Ministerio Público de la Federación puede intervenir en los juicios de amparo como quejoso agraviado, como autoridad responsable, como tercero perjudicado, y como parte representativa del interés público y de la pureza de los procedimientos que se lleven a cabo en los propios juicios.

VI.- Característica

a) Jerarquía o Unidad.-

El Ministerio Público está organizado jerárquicamente bajo la dirección y estricta responsabilidad del Procurador General de Justicia, en quien residen las funciones del mismo.

Las personas que lo integran, no son más que una prolongación del titular, motivo por el cual reciben y acatan las órdenes de éste, porque la acción y el mando en su materia es de competencia exclusiva del Procurador.

González Bustamante,²³ señala que la unidad consiste en que haya una identidad de mando y de dirección, en todos los actos en que intervengan los funcionarios del Ministerio Público; las personas físicas que forman parte de la institución, constituyen una pluralidad de funcionarios, pero su representación es única e invariable.

²³ *Op. cit.*, GONZÁLEZ, Bustamante, *Derecho Procesal Penal Mexicano*, p. 59.

b) Indivisibilidad.-

Esto es nota saliente en las funciones del Ministerio Público, porque quienes actúan no lo hacen a nombre propio, sino representándolo; de tal manera que, aun cuando varios de sus agentes intervengan en un asunto determinado, éstos representan en sus diversos actos a una sola institución y el hecho de separar a la persona física de la función específica que le está encomendada, no afecta ni menoscaba lo actuado.

Por su parte, González Bustamante, señala ²⁴ en que cada uno de los funcionarios del Ministerio Público, representa la institución y actúa de una manera impersonal; la persona física que representa a la institución, no obra en nombre propio, sino en nombre del órgano del que forma parte, puede ser libremente substituida por otra, sin que sea necesario hacer saber al inculpado el nombre del nuevo Agente del Ministerio Público.

c) Independencia.-

La independencia del Ministerio Público es en cuanto a la jurisdicción porque si bien es cierto, sus integrantes reciben órdenes del superior jerárquico, no sucederá lo mismo en relación a los órganos jurisdiccionales. Esto se explica sin mayores complicaciones, si para ello hacemos notar la división de poderes existente en nuestro País y las características que le singularizan, de tal manera que concretamente, la función corresponde al ejecutivo, depende del mismo, no pueden tener injerencia ninguno de los otros en su actuación.

d) Irrecusabilidad.-

El fundamento jurídico sobre la irrecusabilidad del Ministerio Público, radica en los artículos 60 y 54 de las Leyes Orgánicas de la Procuraduría General de

²⁴ *Ibidem*

la República y General de Justicia del Distrito Federal, respectivamente:

El Artículo 60 de la Ley orgánica de la Procuraduría General de la República, establece:²⁵

“Los Agentes del Ministerio Público de la Federación no son recusables, pero bajo su más estricta responsabilidad deben excusarse del conocimiento de los negocios en que intervengan, cuando exista alguna de las causas de impedimento que la ley señala en el caso de Ministros de la Suprema Corte de Justicia, Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito y las demás disposiciones aplicables, haciéndolo del conocimiento por escrito de su superior inmediato.

Si el Agente del Ministerio Público de la Federación, sabedor de que no debe conocer del asunto, aún así lo hiciera será sancionado conforme a lo que establezca la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y la legislación penal.”

El artículo 54 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal contempla:²⁶

“Los Agentes del Ministerio Público y los Oficiales Secretarios no son recusables pero deben excusarse del conocimiento de los asuntos en que intervengan cuando exista alguna de las causas de impedimento que la Ley señala en los casos de los Magistrados y Jueces del orden común”.

Ambos ordenamientos señalan que el Ministerio Público, cuando exista alguna de las causas de impedimentos que la ley señala para las excusas de los Magistrados y Jueces, deberán excusarse del conocimiento de los negocios en que intervengan, situación en la que se confiere al Presidente de la República la facultad de calificar la excusa del Procurador General y éste la de los funcionarios del Ministerio Público Federal.

²⁵ LEGISLACIÓN Federal, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, 1a. Ed., México, 1996, p. 50.

²⁶ LEGISLACIÓN FEDERAL, Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 4a. De., México, 1999, Físcales 1sef, p. 16.

El primer mandamiento del abogado (Dr. Eduardo J. Couture) dice:

Estudia

El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado.

CÁPITULO SEGUNDO

*COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO Y
PROBABLE RESPONSABILIDAD COMO BASE DEL
EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.*

CAPITULO SEGUNDO

COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO Y PROBABLE RESPONSABILIDAD COMO BASE DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

I.- Cuerpo del Delito

El cuerpo del delito (corpus delicti) consiste¹ en un añejo concepto, que ubica la doctrina su raíz en las leyes germánicas de la Edad Media, las cuales contemplaban huellas del examen del cuerpo de la víctima. En Inglaterra se legisló de manera especial. Más tarde, las legislaciones de todos los países aceptaron la necesidad de la comprobación del cuerpo del delito, lo cual provocó que dicho concepto sufriera variaciones sujetas a diversas influencias, algunas derivadas del paso del tiempo y otras propiciadas por la cultura inmersa en el país en el cual se adopto.

En el siglo XX el concepto de cuerpo del delito, se tradujo en una expresión de uso común por los prácticos europeos e incluso por las legislaciones americanas, a tal nivel que representó, en su momento, un papel verdaderamente trascendente por su importancia en el Estado de Derecho, especialmente derivado del principio de legalidad, el cual ahora asume el tipo penal.

La doctrina ha discutido desde el origen del concepto en torno a su naturaleza, por un lado, existen autores que le atribuyen un contenido material y, por el otro, los que consideran aspectos tanto materiales como subjetivos en su contenido.

También hay posturas que nos permiten identificar a la expresión corpus delictis empleada en tres sentidos distintos:

¹ CASCINO, Antonio José, "El Cuerpo del Delito, Conceptos Generales. Su aplicación al Derecho Colombiano", La Justicia, México, T. XXVI, núm. 430, noviembre 1967, p. 60.

En primer lugar, es empleada la expresión corpus delicti como el hecho objetivo, permanente como transitorio, inserto en cada delito, es decir, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción un incendio, un homicidio, un fraude, etc.

En segundo lugar, se emplea como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración, un cadáver, un edificio incendiado, una puerta rota.

Finalmente, como cualquier huella o vestigio de naturaleza real, que se conserve como reliquia de la acción material perpetrada, un arma, una joya, un frasco con residuos tóxicos, una llave falsa, etc.

Se trataba de identificar al cuerpo del delito con la materialidad del delito, lo cual resulta congruente con la idea expresada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al interpretar el texto constitucional y considerarlo de la manera siguiente:

²CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE. Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.

³CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE. Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal, y la determinación que tiene por acreditado el cuerpo del delito debe apoyarse en la demostración de la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley al considerarlo como delictivo y señalar la pena correspondiente.

² SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Quinta época, suplemento de 1956, p. 178. En el mismo sentido, Semanario Judicial de la Federación, Séptima época, Vol. 58, p. 27, y Semanario Judicial de la Federación, Sexta época, segunda parte, vol. XIV, p. 86.

³ SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Séptima época, segunda parte, Vol. 58, p. 27, y Semanario Judicial de la Federación, Séptima época, Vol. 79, p. 16.

⁴*CUERPO DEL DELITO Y RESPONSABILIDAD.* - El concepto de cuerpo del delito se refiere a cuestiones impersonales, independientemente de la autora de la conducta; comprobar que hubo alteración en la salud a virtud de conducta humana es acreditar la materialidad del hecho; atribuir la acusación del resultado a una persona es problema de responsabilidad.

⁵*CUERPO DEL DELITO.* - Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refiere solo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito.

⁶*CUERPO DEL DELITO.* - su comprobación constituye la base de todo procedimiento penal y sin ella no puede declararse la responsabilidad del acusado, ni imponérsele pena alguna.

Sin embargo, dicha idea aportaba serias dudas pues era fácil confundir al juez, o bien a la autoridad investigadora en la comprobación del cuerpo del delito, ya que en el conjunto de elementos físicos o materiales se encuentran los resultantes del hecho, los medios que lo producen, los vestigios y las huellas dejadas por el sujeto activo que despliega el comportamiento.

Es decir, alrededor de la comisión de un delito, antes ó bien después de consumado, existen una serie de elementos físicos o modificaciones al mundo exterior, que entrañan una manifestación exterior material, que bien podrían confundirse con el cuerpo del delito, que ameritan una delimitación.

A partir de la idea anterior surgía la duda en torno a los elementos del cuerpo del delito en el supuesto de los delitos que no producen manifestación material

⁴ SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Apéndice 1917-1975, Tesis de Jurisprudencias, segunda parte, p. 201.

⁵ SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Quinta Época, Primera Sala, Apéndice 1995, Tomo 11, Parte IIC, Tesis 845, p. 544.

⁶ SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Quinta Época, Pleno, Apéndice 1995, Tomo 11, Parte IIC, Tesis 846, p. 544.

tangible exterior, este problema se pretendía resolver con la distinción entre delicta facti permanentis y delicta facti transeuntis, según sea que dejen huellas, rastros o vestigios, o bien, que no los dejen.

Por lo anterior, era necesario distinguir entre el cuerpo del delito y el delito, entendiéndose por el primero la materialidad considerada en sus elementos externos, lo cual resultaba congruente con las definiciones que lo consideran un conjunto de elementos externos o materiales que constituyen al delito en sí mismo, en tanto el segundo era la resultante de la suma de un comportamiento antijurídico, culpable y punible.

Por su parte, en su obra Principios de Derecho Procesal Mexicano, González Bustamante,⁷ señala que el cuerpo del delito ha sido definido según distintas posturas, ejemplo los clásicos lo entendieron como el delito mismo, D'Aguesseau afirmaba que el cuerpo del delito no era otra cosa que el delito mismo, cuya existencia estuviera establecida por el testimonio de personas dignas de fe, acordes entre sí y perseverando en sus disposiciones incapaces de variar y afirmando a la justicia que se ha cometido un crimen,

En tal sentido, los elementos del cuerpo del delito se encuadraban en tres grupos: corpus criminis, corpus instrumentorum y corpus probationem.

- *Corpus criminis. Es la persona o cosa sobre la cual se han cumplido o ejecutado los actos que la ley menciona como delitos, o la persona o cosa que ha sido objeto del delito (sujeto pasivo-objeto material).*
- *Corpus instrumentorum. Son los instrumentos utilizados, las cosas con las cuales se cometió o intento cometerse el hecho delictuoso como medios destinados a facilitar la acción del delincuente (medios).*
- *Corpus probationem.- Son las llamadas piezas de convicción comprendiéndose todas aquellas huellas, rastros y vestigios dejados por el imputado en la comisión del hecho delictuoso.*

⁷ GONZÁLEZ, Bustamante, Juan José, Principios de Derecho Procesal Mexicano, 10ª. Ed., México, Porrúa, 1991, p.205.

*A su vez, resultaba factible enunciar los elementos del cuerpo del delito que a decir de Manzini eran:*⁸

- *Los medios materiales que sirvieron para preparar o cometer el delito;*
- *Las cosas sobre las cuales se cometió;*
- *Las huellas dejadas por el delito o por el delinciente;*
- *Las cosas cuya detención, fabricación o venta o cuya postración o uso constituye delito;*
- *Las cosas que representan el precio o el provecho del delito;*
- *Las cosas que son el producto del delito, aun indirecto, y*
- *Cualquier otra cosa (no el hombre viviente) en relación a la cual se haya ejercido la actividad delictuosa, o que haya sufrido las inmediatas consecuencias del delito.*

La idea del cuerpo del delito se enfocaba al aspecto externo material excluyendo los elementos normativos y subjetivos, que también son de relevancia para efectos de la función de garantía de la ley penal y para permitir sus efectos en atención a estas circunstancias, así como a otras tantas críticas, el concepto de corpus delicti fue superado a principios de siglo por el de tipo penal, que permitió una concepción mas amplia en la cual guardan cabida elementos de toda índole y no exclusivamente materiales.

A continuación citaremos definiciones de cuerpo del delito por otros procesalistas mexicanos:

Julio Acero,⁹ nos dice que el cuerpo del delito es el conjunto de los elementos materiales que forman parte de toda infracción. Si se quiere insistir en identificarla, con ellas aclaramos cuando menos el delito mismo, pero considerando en su aspecto puramente material, de hecho violatorio de actos y omisiones previstos por la ley, prescindiendo de los elementos morales, intención delictuosa, descuido de la gente o lo que sea, que haya ocurrido en tal acto y que son parte también de la infracción pero no solo para constituir la responsabilidad y no el cuerpo.

⁸MANZINI, Vincenzo, *Tratado de procedura penale e di ordenamento giudiziario*, Milán, Fratelli Bocca Editor, 1920, p. 500.

⁹ADATO Green, Victoria, *Conferencias publicadas en el libro Dinámica del Derecho Mexicano*, Edición de la Procuraduría General de Justicia, 1973, p. 203.

Francisco Sodi, admite además de los elementos objetivos o materiales propiamente hablando, los normativos y los subjetivos. Lo que en última instancia quiere decir en lenguaje técnicamente penal, que el cuerpo del delito esta constituido por todos los elementos del tipo.

Victoria Adato,¹⁰ se niega a si mismo, preocupado porque en alguna ejecutoria de la Corte se establece a manera de excepción que cuando el dolo entra como elemento esencial constitutivo del delito, su comprobación es indispensable para decretar el auto de formal prisión, porque entonces el dolo forma parte del cuerpo del delito, en el caso de difamación, y concluye afirmando que no puede admitirse que sea necesario comprobar el dolo cuando este se contenga como elemento destacado en la definición del delito, pues aun cuando así sea, (es decir aun cuando aparezca expreso en la definición) siempre seguirá siendo una forma de culpabilidad y no elemento del tipo, jamás será necesario elemento constitutivo del delito.

Otros autores como Rivera Silva y Guillermo Colín Sánchez identificaban el cuerpo del delito con la tipicidad. Don Mariano Jiménez Huerta, quizás por su formación hispano-mexicana es quien mejor ha comprendido la íntima relación entre cuerpo del delito y elementos del tipo.

Jiménez Huerta¹¹ dice:

"Que el concepto de corpus delicti es medular en el sistema mexicano, pues sobre el descansa el enjuiciamiento punitivo y sus criterios científicos rectores. Añade el maestro que es preciso subrayar que este concepto es trascendente no solo en el Derecho Procesal Penal, sino también en el Derecho Sustantivo Penal. Se trata de un concepto medular inherente a todo el sistema.

Al respecto el propio Jiménez Huerta señala, de manera específica, que el conjunto de corpus delicti también es fundamental estudiar la tipicidad, y cita al profesor Franco Sodi cuando afirma que para madurar el concepto de cuerpo del delito, es muy útil estudiar la teoría de la tipicidad el prestigiado tratadista añade que González Bustamante también reconoce, la influencia que la teoría de la

¹⁰ *Ibidem*, p. 195

¹¹ JIMÉNEZ Huerta Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, Tomo I, México Porrúa, 1980, p. 30.

tipicidad ejerce para la debida comprensión del concepto de cuerpo del delito, ya que afirma que este se encuentra constituido por el conjunto de elementos físicos o materiales que se contienen en la definición del tipo.

Bentham ¹² sostiene que cuerpo del delito es:

“ El estado de la cosa que ha sido objeto del delito. Esto comprende no solamente las cosas propiamente dichas, sino también las personas, en cuanto pertenecen a la categoría de las cosas, a su estado físico, independientemente de las facultades intelectuales, como en el caso de marcas producidas por enfermedad o por violencia externa”.

De acuerdo a las reformas procesales de 1993, el cuerpo del delito se constituye con todos los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal.

Alguna jurisprudencia indica lo siguiente:

¹³CUERPO DEL DELITO. El conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.

Comprobarlo es demostrar la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos tal como lo define la ley, al considerarlo como delito y señalar la pena correspondiente. Debe considerarse el precepto legal cuya infracción se imputa al acusado.¹⁴

El instrumento del delito es el objeto con el cual se realiza la conducta captada por el núcleo de la figura delictiva, o que está vinculado inmediatamente con ella.¹⁵ En el mismo sentido a propósito de un inmueble utilizado para la siembra de marihuana;¹⁶

¹² ROMERO Tequeztle, Gregorio, *Cuerpo del Delito o Elementos del Tipo*, Ed., 2a., México, 1999, T.º 9, p. 95

¹³ *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis 86.

¹⁴ *Ibidem*, Quinta Época, Tomo XXXIX, página 1566, Paphan Arturo F.

¹⁵ *Ibid.*, 83, 1a. A.D. 5176/82, Javier García Breniz.

¹⁶ *Ibid.*, 86, col. 17o Cto. A. R., 471/85, Antonio Quezada Fornelli, y A.R., 78/86, José Armando Luján Villarreal.

En Alemania, antes que, Ernest Beling¹⁷ teorizara sobre el tipo penal, al aludir al cuerpo del delito se incurria en graves confusiones, identificando a éste con el objeto, el instrumento y el resultado del hecho ilícito, por ejemplo, se afirmaba: el cuerpo del delito es la cartera sustraída por el ladrón, el arma empleada para privar de la vida a una persona, el cuerpo del occiso, en el caso de un homicidio”, etc. Partiendo de semejante idea habría que concluir que tratándose de atentados al pudor, el cuerpo del delito sería “la mano tentona”.

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

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

Beling rectificó en 1930, consideró necesario separar el tipo de la especie delictiva, porque a través del primero se logra destacar lo segundo.

Las especies delictivas están integradas por un conjunto de elementos objetivos y subjetivos, orientados hacia una figura rectora (leitbild), en torno a la cual se agrupan todos los elementos de la especie; de tal manera que, la figura rectora (objetiva y descriptiva) rige cada especie delictiva, y ésta agrupa el tipo de lo injusto y de la culpabilidad, por ejemplo: en el delito de robo, el apoderamiento de la cosa ajena mueble es el tipo rector, tiene un carácter descriptivo; esto permite que se reúnan en torno a él los tipos internos: lo injusto y la culpabilidad. En resumen, según Beling, todos los elementos del delito son de carácter descriptivo.

Desde la expedición de la Constitución de 1917, el artículo 16 no había sufrido modificación alguna en 1993, se transformó substantivamente, imponiéndose a las autoridades encargadas de la procuración de justicia, mayores requisitos para obtener de la autoridad judicial, el libramiento de ordenes de

¹⁷ BELING, Ernest, *Tratado de Derecho Penal* 1, 2. Ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, p. 70.

aprehensión.

Dicha reforma considero posiciones y teorías de escuelas que han tenido éxito en otras naciones. Sin embargo, hoy queda claro que no correspondían plenamente al desarrollo del derecho penal mexicano.

Antes de 1993, para que la autoridad judicial librara una orden de aprehensión se requería que el Ministerio Público acreditará la probable responsabilidad del indiciado con la reforma, se impuso el requisito de acreditar los elementos del tipo penal- objetivos, subjetivos y normativos, así como la probable responsabilidad del indiciado.

El Dr. Sergio García Ramírez, en su obra El nuevo Procedimiento Penal Mexicano,¹⁸ señala: que el sistema penal mexicano jugó un papel primordial el concepto de "cuerpo del delito", en los términos del artículo 19 constitucional, hasta antes de la reforma de 1993 a la Ley Suprema - que en este punto fue, a nuestro juicio, innecesaria y desafortunada-, se entendió que la comprobación (plena) del cuerpo del delito constituía un elemento de fondo del auto de formal prisión y por ende, del procesamiento.

En realidad, ésta destacada importancia se anticipó en el iter procesal. Efectivamente, la legislación secundaria resolvió, con acierto, que la averiguación previa tuviera por objeto acreditar, en su caso, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado - otro dato de fondo para la formal prisión -, y en tal virtud entendió que sólo era practicable el ejercicio de la acción penal, es decir, la consignación del caso ante la autoridad jurisdiccional, cuando se hallaban comprobados esos extremos.

Al llevarse a cabo la reforma constitucional de 1993, varío la terminología procesal de la Ley Suprema, se prescindió de la noción de cuerpo del delito y se opto por el giro "elementos que integran el tipo penal".

¹⁸ GARCÍA Ramírez, Sergio, *El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano*, 2a. Ed., México, Porrúa, 1995, pp. 154-155.

En algunos de los documentos preparatorios de esa reforma se adelantó la idea, verdaderamente inaceptable, de que "tipo penal" era un concepto menos complejo que cuerpo del delito. Asimismo, se dijo que con la nueva expresión acogida en la ley culminaba un esfuerzo científico a propósito de la teoría general del delito.

Lo que pretendía el legislador con esta reforma era tratar de dar una guía demasiado simplista que sirviera de orientación para todos aquellos que están encargados tanto de la impartición como de la procuración de justicia como puede ser el Juez o el Ministerio Público, de igual manera, para los Defensores a fin de que supieran exactamente que eran los elementos del tipo o que los conforman y la probable responsabilidad, es decir, lo que pretendía, el ánimo que dio al legislador en los años de 1993 y 1994 fue un principio de seguridad jurídica, pero ocurrió, que hubo desacuerdo entre los Ministerios Públicos y los Jueces, ocasionando con ello que dichas reformas dieran origen a la impunidad.

En este sentido, el Juez decía el Ministerio Público no me ha acreditado los elementos del tipo penal, por tanto no le otorgó la orden de aprehensión que me está solicitando y el Ministerio Público, por su trabajo deficiente, no podía entonces obtener esa orden de aprehensión y aquellas ocasiones en que lo conseguía muchas veces terminaba en una sentencia absolutoria y rara vez llegó a terminar en una sentencia condenatoria, haciéndose un cuestionamiento, ¿Que paso con la reforma?.

Después de cuatro años de aplicación del nuevo texto constitucional se advierte que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados. Por el contrario, este ha permitido que frecuentemente, por tecnicismos legales, probables defincuentes evadan la acción de la justicia, basta decir que en 1997 de todas las averiguaciones consignadas ante la autoridad judicial, no se obsequiaron órdenes de aprehensión en más del 20 por ciento.

La criminalidad en México ha crecido, esto todos lo sabemos, el aumento se atribuye a las reformas constitucionales de 1993 y 1994, si leemos lo que dice una parte de la Exposición de Motivos de la última reforma que entró en vigor el 8 de marzo de 1999 y que a la letra dice:

"El análisis estadístico de nuestro sistema penal muestra una realidad alarmante, según un estudio realizado de las 232 mil 281 averiguaciones previas iniciadas por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en el año de 1996, únicamente se consignaron ante el Juez el 10% y exclusivamente en un 3.8% de los casos se logró una sentencia condenatoria.

En el ámbito federal en el año de 1996 la Procuraduría General de la República inició 74 mil 030 indagatorias de ellas puso a disposición de los jueces únicamente a 8940 probables responsables de delitos es decir, el 12% de los casos en el resto del país, las estadísticas de los delitos denunciados, investigados y perseguidos siguen los mismos parámetros, en virtud que de 1,491.860 averiguaciones previas iniciadas en 1996 por los Agentes del Ministerio Público del Fuero Común.

En relación, a las consignaciones con detenido el promedio por entidades solo llegaron a los tribunales aproximadamente el 10% del total de conformidad con los datos proporcionados por la Procuraduría General de Justicia de los Estados, datos más recientes proporcionados por el Secretario de Gobernación Lic. Francisco Labastida Ochoa, en la ceremonia de la presentación de la Cruzada Nacional contra el crimen y la delincuencia en esta ocasión se afirmó en el año pasado 1997, se denunciaron ante el Agente del Ministerio Público a 1400,000 delitos y solo fueron consignadas 240,000 se libraron 140,000 órdenes de aprehensión pero solo se ejecutaron 85,000 mil el número de delincuentes detenidos es una proporción muy baja, consecuentemente, el número de delincuentes que ésta libre es muy alto.

Es importante hacer un cuestionamiento, es vigente el principio de presunción de inocencia, que dice nadie puede ser culpable hasta que no se demuestre lo contrario, y demostrar lo contrario significa que lo demuestre en un juicio debidamente seguido con las formalidades que marca la ley.

Continuando con la exposición de motivos, señala que se inician 232,821 averiguaciones previas en el Distrito Federal en 1996, el primer paso de esas averiguaciones previas solamente se consignan ante el Juez un 10%, es decir, el ministerio público puede acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad en un 10% de casos y en ese 10% de casos obtuvo una orden de aprehensión lo cual supone que pudo detener a 23,282 personas no es cierto, si, esto

es un 10% de 232,000.000 entonces obtiene esa orden de aprehensión para 23,282 personas la sorpresa es la siguiente:

Exclusivamente en un 3.8% de casos se logró la sentencia condenatoria esto supone que el 23,282 ciudadanos del Distrito Federal fueron detenidos, procesados, en un tiempo menor de 6 meses y al final resultaron culpables 3.8%; fueron detenidos 22,282 inocentes y solamente 884 eran culpables la relación en esta proporción es de 22 inocentes detenidos por un culpable en su Estado de Derecho, cuando de 5 sujetos que son detenidos, uno era inocente y ese sistema se cuestiona, ahora imaginen que aquí según los datos oficiales que ellos mismos nos dan señalan a 22 inocentes para poder llegar a detener, procesar y sancionar a un criminal.

De lo anterior se concluye que no existe ningún Estado de Derecho, pues ahora lo peor es que si esta reforma del 94 tenía como fin proteger la garantía del ciudadano, es decir, que a nadie se le pudiera llegar a procesar o que se les pudiera detener hasta que no se les demostrará que efectivamente había elementos, para que se determinará si el había actuado con una conducta típica y que además era probable responsable, ahora lo que dicen, como no se ha concedido el otro 90% de ordenes de aprehensión y se le ha cargado al ministerio público las obligaciones probatorias de los elementos del tipo penal, lo que se va hacer únicamente, requerir a la representación social acreditar los elementos del cuerpo del delito, solamente datos objetivos y si acaso datos normativos, es decir, éstos dos elementos integran el cuerpo del delito, pero lo demás, es de sorprenderse porque de acuerdo a las reformas solamente lo tendrá que presumir y manifestarlo el ministerio público, quedando la reforma del artículo 168 en la Ley Adjetiva Penal Federal de la siguiente manera:

"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".

Pero aquí está lo interesante, por cuerpo del delito se entiende:¹⁹

¹⁹ LEGISLACIÓN FEDERAL, Diario Oficial de la Federación, Primera Sección, publicado el 18 de mayo de 1999, p. 6.

El conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado que se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley,

Para interpretar el artículo 168 es necesario remitirnos al artículo 134 de la Ley de la Materia que establece lo siguiente:²⁰

“En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado en los términos del artículo 168 el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante los Tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de la realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos, cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea.

No obstante lo dispuesto por la Fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio Público podrá ejercer la acción penal en los términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizados por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio de su derecho del inculpadado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo.

Para el libramiento de la orden de aprehensión, los tribunales se ajustarán a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 16 constitucional y en el 195 del presente código.

²⁰ *Ibidem*, p. 4.

Aún falta un artículo más el 135 que a la letra dice:²¹

"Al recibir el Ministerio Público de la Federación diligencias de la averiguación previa si hubiere detenido y la detención fuere justificada hará inmediatamente la consignación a los tribunales, si se cumple lo previsto en el párrafo primero del artículo 134, si tales requisitos no se satisfacen podrá retenerlos ajustándose a lo previsto en los artículos 193, 194 y 194 bis. Si la detención fuere injustificada, ordenará que los detenidos queden en libertad."

De la lectura del párrafo primero del artículo 134, se aprecia claramente que ya no dice acreditará sino expresará, únicamente basta con que lo manifieste, ya no hay necesidad que el Ministerio Público acredite nada más, sólo el cuerpo del delito y de ahí en adelante expresar y este termino expresar da lugar a la imaginación de cada quien.

- *En la parte final del primer párrafo del Artículo 134, señala que una vez acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercitará la acción penal y expresará, sin necesidad acreditarlo plenamente:*
- *La forma de realización de la conducta,*
- *Los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera,*
- *Así como las circunstancias que la ley prevea.*

Cabe señalar, que si los requisitos antes mencionados no se satisfacen, de acuerdo al artículo 135 en su parte final, el Ministerio Público podrá retenerlos ajustándose a lo previsto en los artículos 193, 194, 194 bis, y en su caso, si la detención fue injustificada ordenará que los detenidos queden en libertad.

Ante este tipo de reformas, las cuales admitirán que se pueda detener a muchas personas para ver si alguna de ellas es un delincuente, porque actualmente significa que no se presume la inocencia de todos, sino que nos tienen a todos por

²¹ *Ibid.*, p. 5

criminales para llegar a justificar una supuesta cruzada contra el crimen organizado.

La cruzada contra el crimen organizado se gana, pero a través de órganos más eficientes, de una impartición de justicia más efectiva, cuando el Ministerio Público consigna bien, garantiza siempre una sentencia condenatoria; sin embargo, tiene que ir la averiguación previa debidamente integrada, no se puede concretar a que nos digan para combatir y luchar contra la delincuencia nos van a tener a todos por criminales, lo que significa una problemática grave, ante la cual todos somos culpables, ya no es aplicable debidamente el principio de presunción de inocencia y es importante decirlo, para al menos sembrar una semilla de inquietud y tener una respuesta inmediata ante tal situación.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

a).- Elementos del tipo. -

Como ya se mencionó al hablar del causalismo y el finalismo, el tipo es un concepto jurídico moderno, creado en 1906 por el alemán Beling. Para este autor, el fundamento de la tipicidad yace sobre la esfera objetiva; es decir, en esta primitiva concepción del tipo se le asigna una función descriptiva objetiva, lo subjetivo pertenece al mundo subjetivo o psicológico, a la culpabilidad. a partir de Welzel, el tipo deja de ser una mera descripción objetiva del delito, se convierte, en un fenómeno complejo, comprensivo de la voluntad, de la manifestación de la voluntad y del resultado, al que define como "una acción antijurídica, plasmada en una figura enlazada al resultado"

García Ramírez, en su obra, El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, señala: ²²

²² Op. cit. *El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano*, p. 156.

Los artículos 168 y 122 de la Ley Adjetiva del Fuero Federal y Común respectivamente, antes de las reformas de 1993, establecían 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 hecho delictuoso, según lo determina la ley penal".

Posterior a las reformas, disponían que El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos:

- *Necesarios, pues concurren invariablemente en el tipo penal, bajo la perspectiva adoptada por la reforma:*

1.- Acción u omisión, y lesión o en su caso, peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido,

2.- Forma de intervención de los sujetos activos (se entiende que aquí vienen al caso las formas de autoría o participación delictuosas, así llamadas por el primer párrafo del artículo 13 del Código Penal reformado en 1993, y antes denominadas formas de responsabilidad; y,

3.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión (así se incorpora el dato subjetivo que había permanecido fuera del concepto de cuerpo del delito).

- *Contingentes, en cuanto su presencia depende de los requerimientos específicos de tipos determinados:*

1.- Las calidades del sujeto activo y del pasivo;

2.- El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión;

3.- El objeto material;

4.- Los medios utilizados;

5.- *Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;*

6.- *Los elementos normativos;*

7.- *Los elementos subjetivos específicos y,*

8.- *Las demás circunstancias que la ley prevea.*

Siguiendo Eugenio Raúl Zaffaroni manifiesta: "que el tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptivo, que tiene como función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes.

De esta nueva concepción del tipo, se deducen los elementos objetivos, normativos y subjetivos que constituyen el tipo.

En relación con los elementos del tipo, la doctrina actual no adopta una postura que plenamente conteste en torno a esto, por lo que existen diversas variantes; así existe una distancia entre los autores defensores de la teoría de la acción causal y los que adoptan la teoría final de la acción, derivado de su concepción sobre el delito y los elementos incluidos.

Muñoz Conde²³ señala que los elementos esenciales del tipo penal son el sujeto activo, la acción y el bien jurídico, postura similar a la expresada por Carranca y Trujillo autor para el cual los elementos característicos del tipo son el sujeto activo, la acción y el objeto material del delito, o sea, aquel sobre el que recae la acción típica.²⁴

Por otra parte, con una tendencia adecuada a la teoría final de la acción Jescheck²⁵ considera al tipo con un origen emanado de la conjunción de los elementos que fundamentan el contenido del injusto de la correspondiente especie de delito e identifica como pilares básicos de éste a:

²³ MUÑOZ Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*, Bogotá, Temis, 1990, p. 49.

²⁴ CARRANCA y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal Mexicano. Parte General*, 7a. Ed., México, 1965, p. 160.

²⁵ JESCHECK Hans, Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, Trad. Santiago Mir Puig, 1978, p. 160.

- *El bien jurídico;*
- *El objeto de la acción;*
- *El autor;*
- *La acción.*

Lo anterior significa que en cada uno de dichos pilares básicos deberán de integrarse otros elementos que servirán de base para establecer los elementos del tipo, lo cual Islas de González Mariscal, Márquez Piñero, Maurach, Roxin, Mir Puig, Rodríguez Devesa, Cerezo Mir, interpretan en el sentido de caracterizar al tipo penal con los conjuntos siguientes:

- *El deber jurídico penal;*
- *El bien jurídico;*
- *El sujeto activo;*
- *El sujeto pasivo;*
- *El objeto material;*
- *La voluntad dolosa o culposa, la actividad o inactividad corporal, el resultado material, los medios, las referencias de tiempo, espacio y ocasión.*

El Dr. Raúl Plascencia Villanueva,²⁶ en su obra Teoría del Delito manifiesta que los elementos del tipo penal, aluden aspectos de subjetividad, normatividad y descriptividad, en términos amplios; sin embargo, en particular guardan un contenido vinculado íntimamente a los conceptos de acción, sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico, objeto material, dolo, culpa, actividad o inactividad corporal, resultado, medios y referencias de tiempo, lugar u ocasión.

Menciona que en nuestro país, los códigos dan muestra de una clara tendencia hacia la postura defendida por la teoría final de la acción, en tal virtud, integran al tipo penal los elementos consistentes en:

²⁶ PLASCENCIA Villanueva, Raúl, *Teoría del Delito*, 1a. Ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998, pp.

I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, la puesta en peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y

III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere:

- *Las calidades del sujeto activo y del pasivo;*
- *El resultado y su atribubilidad a la acción u omisión;*
- *El objeto material;*
- *Los medios utilizados;*
- *Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;*
- *Los elementos normativos;*
- *Los elementos subjetivos específicos;*
- *Las demás circunstancias que la ley prevea.*

En donde apreciamos con claridad, como en la fracción III del artículo 168 y 122 de la Ley Adjetiva Penal, del Fuero Federal y Común respectivamente que la acción se envió al tipo penal y dentro de ésta se colocó al dolo y a la culpa, postura claramente finalista, la cual rompe con la concepción tradicional que veía a la culpabilidad con sus dos especies o grados (culpa y dolo) y que ahora se establece como un juicio de reproche en contra del autor del delito, en el mismo sentido al hacer referencia la primera fracción a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, se invoca la "antijuridicidad" en su aspecto material, y en el contenido del inciso b) se refiere nuevamente a la antijuridicidad enfocada al aspecto formal.

6).- Elementos objetivos o externos

Jiménez Huerta señala²⁷, que para que la ley penal moderna se repunte correctamente confeccionada, no bastará con que diga "el ladrón sufrirá tal pena",

²⁷ JIMÉNEZ, Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, México, Porrúa, 1980, p. 37.

sino que deberá definir la acción, que constituye al sujeto en ladrón, mediante la descripción de las peculiaridades en que consiste la acción de robar”

Por su parte, Jiménez de Asúa ²⁸ afirma que la descripción objetiva, tiene como núcleo la determinación del tipo por el empleo de un verbo principal: MATAR, APROPIARSE, etc.; pero el tipo (sin abandonar su carácter descriptivo) presenta casi siempre referencias y modalidades de la acción, que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al tiempo, al lugar, al objeto y al medio.

Por tanto afirmamos que los elementos objetivos del tipo podemos clasificarlos en la forma siguiente:

- *En cuanto, al sujeto activo, el tipo exige en algunas veces que se señale con precisión su calidad, por ejemplo, si se trata de un servidor público, un militar, un conductor, ó que se trate de un mexicano, etc.*
- *Respecto, al sujeto pasivo, a veces el tipo requiere que se precise determinada edad (menor de doce años en el delito de violación equiparada); parentesco (en el parricidio, en el abandono de hijo), etc.*
- *En relación, al lugar, el tipo exige como en el delito de asalto, lugar despoblado o paraje solitario; en cuanto a determinados robos, en casa habitación, vehículos, etc.*
- *En cuanto al tiempo había delitos que como el infanticidio, se requiere que la muerte del niño acontezca durante las primeras 72 horas de vida.*
- *En tanto, al objeto, en el robo, el tipo exige que la cosa sea mueble; en el despojo, que se trate de bien inmueble etc.*
- *Por su parte, los medios de comisión, el tipo exige que se utilicen ciertos medios de ejecución: como la violencia en el delito de violación; por medio de un incendio, explosión o inundación en el delito de daños en propiedad ajena; las armas en*

²⁸ JIMÉNEZ de Asúa, Luis, *La Ley y el Delito*, Buenos Aires, Sudamericana, 1978, p. 253.

determinados robos calificados, etc.

Mir Puig,²⁹ en su obra Derecho penal, Parte general señala que la parte objetiva del tipo abarca el aspecto externo de la conducta. En los delitos de resultado, es preciso además que éste se produzca en términos tales que pueda ser imputado objetivamente a la conducta. En este sentido, el resultado se entiende como un efecto separado de la conducta y posterior a ella.

Los elementos objetivos se entienden como aquellos que proceden del mundo perceptible por los sentidos, es decir tiene la característica de ser tangibles, externos, materiales, por lo que también podríamos decir que son objetivos los que representan cosas, hechos o situaciones del mundo circundante.³⁰

Por otra parte, el aspecto objetivo del tipo penal, traducido en sus elementos nos recuerda - y de hecho coincide claramente- con lo que añejamente se entendía como el cuerpo de delito, éste se definía a partir de los elementos materiales del delito, como la objetividad jurídica, que está formada por un objeto irreal, de indiscutible repercusión sistematizada e interpretativa: el objeto de ataque es un trozo del mundo físico; pertenece al mundo de la realidad, y no es otra cosa sino el objeto sobre el que se dirige la acción.

El individuo en el homicidio, o la cosa mueble en el robo, constituyen los llamados bienes jurídicos protegidos en el tipo penal. En tanto que la vida o la propiedad son las subjetividades jurídicas integrativas del llamado bien jurídico. Al primero se refiere el precepto; en tanto que el segundo deberá obtener de la interpretación de los tipos. Y, a veces, es de difícil captación, a pesar de la inserción del tipo en un determinado título del código.

Por lo que los elementos objetivos, serán las exigencias de índole material, previstas por el tipo penal.

²⁹ MIR Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 3a. Ed., Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1990, p. 212.

³⁰ RODRÍGUEZ Devesa, José María, *Derecho Penal Español*, Madrid, Artes Gráficas Carasa, 1981, p. 399.

c).- Elementos Normativos

A veces los tipos contienen otros elementos distintos a los puramente descriptivos u objetivos, estos son los denominados normativos; elementos que establece el legislador para tipificar una determinada conducta en la que se requiere no sólo describir la acción, sino la realización de un juicio de valor sobre el hecho.

Márquez Piñero afirma:³¹ "frente a los elementos normativos, la actividad del Juez no es, como en los elementos descriptivos u objetivos, meramente cognoscitiva (es decir, dejar establecidos en los autos las pruebas del hecho, que acrediten el mecanismo de subsunción en el tipo legal), sino que se trata de una actividad de carácter valorativo, la cual no debe realizarse, sin embargo, desde el punto de vista subjetivo del Juez, sino con criterio objetivo, o sea, según la consciencia de la comunidad.

Jiménez Huerta señala:³² "que los verdaderos elementos normativos (contenidos en los tipos legales) son aquellos que, por tener desvalor jurídico, destacan específicamente la antijuridicidad. Cada vez que el tipo penal contenga una especial alusión a la antijuridicidad de la conducta descrita en él, incluirá una específica referencia al mundo normativo, en el que la juridicidad se basa.

Jiménez de Asúa no comparte la idea de que haya elementos normativos, porque abren una peligrosa facultad discrecional del Juez al apreciar estos elementos, ampliando sus potestades ordinarias, lo cual en un régimen no muy liberal, puede prestarse a abusos del poder.

Los elementos normativos son aquellos que requieren valoración por parte del intérprete o del juez que ha de aplicar la ley. Esta valoración puede proceder de diversas esferas y tener por base tanto a lo radicado en el mundo físico como perteneciente al mundo psíquico.

³¹ MÁRQUEZ Piñero, Rafael, *Derecho Penal, Parte General*, Trillas p. 220.

³² Op. cit., Jiménez Huerta, Mariano, p. 48.

Juan del Rosal, penalista español los expone de la manera siguiente:³³:

Elementos normativos necesitados de complementación.- son todos aquellos en los cuales el tribunal de justicia no se satisface con una simple contratación de la descripción efectuada en la ley, sino que se ve obligado a realizar otra, para concretar más de cerca la situación del hecho. Aquí cabe distinguir: elementos puramente cognoscitivos, en los que los tribunales valoran de acuerdo con datos empíricos, y elementos del tipo valorativos o necesitados de valoración en que el tribunal adopta una actitud valorativa emocional.

Ejemplo: "cosas muebles ajenas", en donde la ajenidad se ha de establecer teniendo en cuenta las normas del derecho civil.

Este tipo de elementos se refieren a hechos o circunstancias que sólo pueden pensarse e imaginarse bajo el presupuesto lógico de una norma, por lo que incluyen los conceptos jurídicos propios, los conceptos referidos a valor y los conceptos referidos al sentido.

Ejemplos:

- 1. Conceptos jurídicos : matrimonio, deber legal de dar alimentos, documentos, funcionario, cheque, concurso, quiebra.*
- 2. Conceptos referidos a valor : móviles bajos, medidas violentas o arbitrarias.*
- 3. Conceptos referidos a sentido : ataque a la dignidad humana, acción sexual.*

En efecto, los elementos normativos tendrán como característica el predominio de una valoración que no resulta factible de percibir por medio de los sentidos.

³³ ROSAL, Juan del, *Tratado de Derecho Penal Español*, Madrid 1978, pp. 781.

II.- Probable responsabilidad

En cuanto a la probable responsabilidad cabe decir que con las reformas de 1993, cambio drásticamente a la noción que prevaleció, asociada a la participación delictuosa, aun cuando no hubo modificación constitucional a este respecto. Por otra parte, las reformas uniforman la terminología de la ley secundaria. Anteriormente se utilizaban indistintamente las expresiones "probable" o "presunta" responsabilidad.

Los textos legales anteriores construyeron el concepto de probable responsabilidad precisamente a partir de la norma penal que aludía en forma específica y directa al tema de la responsabilidad.

A la cabeza del artículo 13 del Código Penal se decía: "Son responsables del delito", y en seguida aparecían los extremos de la autoría y la participación delictuosas. Por ello - pero también obviamente, por el sentido sustancial de la responsabilidad que enuncian las normas procesales-, el tercer párrafo del artículo 168 determinó en las reformas de 1993, que "la presunta responsabilidad del inculpaado se tendrá por comprobado cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en la conducta o hecho constitutivos del delito demostrado.

Bajo la reforma de 1993, el artículo 13 no decía quienes "son responsables" del delito, sino quienes son "autores o partícipes" de éste. Ha desaparecido pues, la liga explícita entre la probable responsabilidad" que aún establece el texto constitucional, y las formas de participación delictuosa que contuvo el artículo 13 del Código Penal. Ahora bien, es evidente que el legislador reformista tiene una idea diferente de la que tuvo el legislador acerca de esta cuestión. como recordamos, supra, la llamada "forma de intervención de los sujetos activos", figura entre los elementos del tipo penal.

En cambio, el penúltimo párrafo del artículo 168, que también será fuente de dudas y confusiones, requiere dos extremos uno positivo y otro negativo.

En primer término, para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpaado es preciso que "obren datos suficientes para acreditar su probable

culpabilidad", de donde se advierte que el legislador prácticamente está haciendo sinónimos "probable responsabilidad" y "probable culpabilidad", no parece fácil, en la práctica, deslindar entre este extremo asociado a la probable responsabilidad, y la realización dolosa o culposa de la acción u omisión", que se vincula al tipo penal. En este punto es donde viene a tener presencia el asunto de la imputabilidad, que debe resolverse como presupuesto de la culpabilidad.

En segundo, término, es necesario "constatar si no existe acreditada en favor del inculpado alguna causa de licitud": sólo se alude, pues, a excluyentes por licitud o justificación, no a otro género de eximentes (aunque las relativas a la culpabilidad se hallan implícitamente descartadas cuando se afirma la "probable culpabilidad").

En lo que atañe a la prueba sobre estos asuntos, la reforma sostiene dos preceptos. Pudo evitarse la doble regulación y reunirse ambas prevenciones en un solo artículo. El último párrafo del artículo 168 dispone que: "los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley", y el artículo 180 permite al Ministerio Público y a los Tribunales el empleo de medios de investigación diferentes de los que menciona la ley, siempre que no sean contrarios a derecho.

La probable responsabilidad se presenta cuando el inculpado al momento de cometer el hecho delictivo no está amparado por una causa de exclusión del delito, siendo además imputable, pues no padece trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, teniendo capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho típico y no haber actuado en un ámbito de restricción de la voluntad provocado.

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

Tanto en la práctica como en la doctrina se habla indistintamente de responsabilidad probable o presunta; ambos términos son sinónimos, significan; lo fundado en razón prudente o, de lo que se sospecha por tener indicios; en consecuencia, existe probable responsabilidad, cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, por lo cual debe ser sometido al proceso correspondiente.

En este sentido, se hace una importante aclaración, a fin de no confundir la probable con la presunta responsabilidad, cuando afirma: ³⁴ "es indebido usar el vocablo "presunta", ya que esta expresión contradice abiertamente el texto fundamental pues deviene en un problema de principios y no meramente terminológico, porque probable proviene del latín "probabilis" y significa aquello de que hay buenas razones para creer, lo que es verosímil, lo que se funda en razón prudente; esto es, lo probable es un posible que más fácilmente puede ser o no ser. En cambio el término presunción deviene del latín "presunto" y es la acción o efecto de presumir, sospechar (imaginar una cosa fundada en apariencias, conjeturar.."

Existe otra tesis que complementa lo dicho y precisa lo siguiente:³⁵ "cierto es también que esa probable responsabilidad implica la existencia de datos que, en un examen preliminar, lleven a estimar con un grado aproximado de certeza, la participación del inculpado en la ejecución del delito que se le imputa, que precisamente por ese grado de convicción, hagan razonable y justo someterlo, mediante el dictado del referido auto, a formal procesamiento, para que posteriormente se dicte sentencia en la que en definitiva se establezca la plena culpabilidad o, en su defecto, se le absuelva.

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

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

³⁴ Tesis que se cita en octavo lugar, emitida en 1990 por el Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, ponente el Magistrado Enrique Dueñas Sarabia.

³⁵ Tesis relacionada con el número 9, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, ponente la Magistrada Ana María Yolanda Ulloa de Rebollo.

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

Es útil también aclarar que, en repetidas ocasiones, el juez penal dicta orden de aprehensión, por estimar que de la averiguación previa se deducen elementos suficientes para hacer probable la responsabilidad penal de una persona; no obstante, posteriormente, al determinar la situación jurídica del procesado, dentro del término de setenta y dos horas, resuelve que no está demostrada.

Aparentemente se está en una situación contradictoria; sin embargo, las resoluciones dictadas en tal sentido son estrictamente apegadas a derecho, porque la probable responsabilidad, es lógico que pueda destruirse, como ocurre con frecuencia, si dentro del plazo constitucional mencionado se practican diligencias suficientes para desvirtuar el material probatorio presentado por el Ministerio Público. a mayor abundamiento, una vez dictado el auto de formal prisión, pudiera ser que se desvanecieran los elementos en que se hubiera apoyado, y la consecuencia sería la libertad del procesado.

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

- 1.- En cuál de las formas de culpabilidad (dolosa o culposa), debe situar al probable autor de las mismas, y*
- 2.- La ausencia de la probable responsabilidad por falta de elementos o la procedencia de una "causa de justificación" ó cualquiera otra "eximente".*

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado

alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

a).- Participación en el delito

El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, define la participación criminal en un doble sentido; uno amplio y otro estricto.

La participación criminal lato sensu, se refiere a todas y cada una de las formas de intervención personal en la realización de un hecho delictuoso; comprende, por tanto, las diversas formas que integran la autoría y la participación estricto sensu.

En este sentido amplio, es equivalente a "concurrencia de personas en el delito", "codeinfluencia" o "coparticipación criminal", entrando con ellas autores, (coautores), instigadores y cómplices.

Strictu sensu, en cambio, la participación comprende únicamente la instigación y la complicidad; es decir, aquellos que intervienen y no son autores.

El Código Penal, hasta antes de las reformas planteadas en diciembre de 1983, se refiere a la participación criminal lato sensu en el Capítulo III del Título Primero, utilizando la expresión "personas responsables de los delitos", con lo que se abarca ó por lo menos, eso trata de hacer, las distintas formas de intervención en la realización de un hecho delictivo: coautoría, autoría mediata, instigación y complicidad, pero sin aclarar quiénes son autores y quiénes partícipes, dando a todos un trato igual en cuanto a la punibilidad. En nuestra legislación se sigue el criterio de la participación criminal, conforme al cual personas distintas a las consideradas en cada uno de los tipos penales de la parte especial del código penal, es decir, a los autores, pueden ser considerados igualmente responsables si tienen alguna intervención, cualquiera que sea, en la realización del hecho punible, aun cuando su actividad no se produzca en la concretación por lo menos parcial de la acción descrita en el tipo, es decir, aun cuando la actividad desplegada por ellos no caiga

dentro del marco de la tipicidad, lo cual resulta de la regulación contenida en la parte general del Código Penal (artículo 13), dándose lugar a los distintos conceptos de "autor", según el criterio que se maneje.

En la Legislación Sustantiva Penal vigente, a saber, Personas responsables de los delitos.

Art. 13. Son autores o partícipes del delito:

I.- Los que acuerdan o preparen su realización;

II.- Los que lo realicen por sí;

III.- Los que lo realicen conjuntamente;

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

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

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

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

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

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

Para los sujetos o partícipes a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 Bis de este código.

Con la nueva regulación, es palpable la mayor claridad y la posibilidad de una mejor interpretación; la jurisprudencia podrá ahora siguiendo los criterios adecuados, sin dificultad determinar quien es autor y quien partícipe; la ciencia del

derecho penal encuentra ahora un campo fértil; para desarrollarse provechosamente.

I.- Los que acuerdan o preparan su realización; aquí centra la atención en el que la autoría y la participación sólo son dables a partir del injusto típico, necesariamente se refieren al delito cometido.

II.- Los que lo realicen por sí; aquí aparece previsto el concepto de autor, (es la producción del acto propio)

En el marco de la teoría objetiva del autor tradicionalmente la doctrina ha manejado dos conceptos acerca de la figura del autor, una restrictiva y otra extensiva.

El concepto extensivo de autor considera como tal a quien causa el resultado típico. El concepto restrictivo del autor se refiere a quien realiza la acción típica.

Existe la Teoría subjetiva del autor, la cual señala que la distinción entre autor y partícipe depende exclusivamente de la actitud personal frente al hecho. si el sujeto quiere el hecho como autor, como hecho propio, debe ser considerado autor, cualquiera que sea la especie y la extensión de su aportación. Por el contrario, si quiere el hecho como hecho ajeno, debe ser tratado como partícipe. Las consecuencias de la nueva interpretación se hicieron pronto evidentes frente al exceso en que podía incurrir.

Por otro lado, ante la insuficiencia de las posiciones señaladas y el riesgo de la última, para determinar la figura del autor ha resultado decisivo tener en cuenta el criterio objetivo de la producción del hecho típico, que respeta la legalidad, pero asimismo, atendiendo al concepto de la acción en un sentido final. Es decir, para definir quién es el autor es indispensable tener presente la real aportación al hecho de quién interviene en la comisión y, en este sentido, reconocer que autor es quien tiene el dominio del acto.

Así, se ha observado, que autor es quien tiene el dominio final del hecho; es quien manifiesta tener el "señorío sobre el acto", con lo que se superan las inconveniencias que plantea el conceptuar al autor a partir de la causalidad.

III.- Los que lo realicen conjuntamente; regula el caso de la coautoría al respecto cabría observar si con esta fórmula es necesario que cada uno de los coautores realice por sí el hecho típico o bien, si es factible la división del trabajo en esa realización del delito (coautoría sucesiva).

Se considera que con apoyo en la teoría objetiva final, a partir del concepto del dominio del hecho, no existe dificultad en entender que el delito aparece cometido en todo su conjunto y así, son responsables como autores, quienes intervienen en la realización, que no necesariamente ha de ser completa de cada uno, sino que permite la división.

Hay coautoría cuando dos o más personas llevan a cabo o conjuntamente la realización típica, de manera que cada uno de ellas, realiza la acción típica en su totalidad.

IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; claramente se refiere a la figura del autor mediato, sin dejar dudas acerca de su concepción y alcance, como la persona que utiliza a otra como instrumento, para realizar el injusto típico. Quien actúa como instrumento puede ser un imputable o inimputable y sólo se requiere su obvio desconocimiento acerca del fin delictivo en que interviene.

Cuando el autor puede valerse de un tercero para la comisión de su conducta o hecho injusto. Así es "autor mediato", el que se vale de otro.

V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo, hace referencia a la figura del instigador (autor intelectual) que con claridad queda identificado en esta fórmula. Esta forma de participación sustituye a la del texto reformado que hablaba de "inducir o compeler a otro", con lo que confusamente parecía ocuparse de los casos del participe instigador y del autor mediato.

El instigador es el que determina dolosamente a otro a la comisión de un delito doloso, es decir, su intervención es determinando el hecho delictivo de otro. La instigación es referida frecuentemente "como autoría intelectual".

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión, refiere a la figura del cómplice como forma de participación en la comisión del delito, son

los cómplices y los auxiliadores que dolosamente participan en el hecho ajeno, observándolo precisamente como el acto de otro y no la ejecución de un acto propio. Son personas que no tienen el dominio del acto, pero sí intervienen para su realización.

La doctrina ha observado al cómplice como la persona que presta dolosamente auxilio o cooperación en el injusto doloso de otro. Asimismo, la doctrina hace referencia a los cómplices primarios y secundarios, naturalmente en relación con lo dispuesto en las respectivas leyes de los países.

Se dice que es "cómplice primario" el que presta auxilio o cooperación materialmente necesario para la comisión del hecho lo que genera confusión entre la complicidad primaria y la coautoría.

En la "complicidad secundaria", que sólo puede consistir en cooperación, se puede dar en dos formas: la cooperación a la ejecución y la cooperación posterior a la ejecución, por acuerdo anteriormente prometido .

El auxilio es una prestación de ayuda en tanto que la cooperación es la prestación de ayuda tácita o expresamente aceptada.

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, se refiere a una forma particular de la complicidad caracterizada por su manifestación de auxilio posterior a la ejecución del hecho típico, si bien en cumplimiento de una promesa anterior, con lo que obviamente queda en claro su conocimiento, desde un inicio, acerca del hecho delictivo.

Naturalmente el auxilio posterior, sin conocimiento previo, origina no la participación sino el encubrimiento.

La doctrina ha observado al cómplice como la persona que presta dolosamente auxilio o cooperación en el injusto doloso de otro.

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

Otro tema relacionado con esta fracción es el vinculado con la persona del encubridor. En términos de la ley penal, el encubrimiento aparece en el artículo 400, así como un delito autónomo e independiente respecto de la responsabilidad de quienes intervienen en la comisión de un delito, en la medida en que el encubridor ya no interviene en la comisión del delito, como ocurre con el partícipe o el autor, sino que su conducta es posterior, si bien relacionada con el delito cometido, sin que exista acuerdo previo.

Así la ley lo prevé como delito independiente, denominado "encubrimiento", que si bien puede aparecer relacionado con aquél, dentro de una concepción amplia de la secuela del iter criminis en una perspectiva criminológica; sin embargo, desde la perspectiva penal, implica la comisión de un delito ajeno e independiente.

El delito de encubrimiento aparece previsto en dos formas básicas de regulación:

- El encubrimiento por receptación (artículo 400, fracción I), se refiere a la conducta de quien, con ánimo de lucro y con posterioridad a la ejecución del delito, sin haber participado en aquél, adquiere o recibe el producto a sabiendas de la circunstancia de ser un objeto robado, y
- El encubrimiento por ocultamiento o cooperación (artículo 400, fracción II, III y IV), es relativo a quien oculte o favorezca el ocultamiento del responsable del delito, le preste auxilio o cooperación de cualquier especie o requerido por las autoridades no preste el auxilio para la investigación de tales delitos y la persecución de los responsables. También abarca el caso de quien oculta los objetos robados.

b).- Comisión dolosa o culposa

El dolo según Eugenio Cuello Calón, consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso.³⁶

³⁶ CUELLO Calón, Eugenio, *Derecho Penal*, Tomo I, 8a. Ed., p. 302.

*Luis Jiménez de Asúa*³⁷ lo define como la producción de un resultado antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber, conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.

*Fernando Castellanos Tena*³⁸, manifiesta que el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

Por su parte, *Gustavo Malo Camacho*,³⁹ en su obra *Derecho Penal Mexicano*, señala: que para que una persona pueda ser responsabilizada de la comisión de un hecho delictivo es indispensable que, desde el punto de vista psicológico, haya actuado con dolo es decir, que haya querido la realización del hecho delictivo, en la inteligencia de que el querer implica el conocimiento, o bien, que ese hecho hubiese sido cometido en forma culposa, es decir, que siendo previsible no haya sido previsto, o previo confiando en que no se produciría, violando un deber de cuidado.

En síntesis, y de acuerdo a la teoría finalista el dolo es el conocimiento y el querer la conducta típica, o lo que es lo mismo, en la perspectiva del análisis normativo del tipo, el dolo como elemento del tipo penal es el conocimiento y el querer de la parte objetiva y normativa del tipo dolo es querer el resultado típico, en todo su ámbito: es la voluntad de realizar el tipo objetivo o parte objetiva del tipo, guiada por el conocimiento.

Es una voluntad que presupone el conocimiento, por esto, con razón, se afirma que dolo es representación y voluntad.

³⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el Delito*, Caracas, 1945, p. 459.

³⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 29a. Ed., México, Porrúa, 1991, p. 239.

³⁹ MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, 2a. Ed., México, Porrúa, 1998, p. 355.

El modelo sistemático que nos parece resuelve mejor los problemas y que es adoptado por el autor, es el que reconoce al dolo en la tipicidad, como su elemento subjetivo.

Esto permite analizar la conducta de una manera completa resolviendo la problemática de la tentativa, de la participación y, en general, un más depurado y congruente análisis es tratado del delito en términos generales las diferentes sistematizaciones que reconocen esta afirmación inicial del modelo finalista, como en general lo son las orientadas hacia el funcionalismo político criminal, reconocen, este orden de ideas.

Elementos.-

El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la consciencia de que se quebranta el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico.

Cada tratadista establece su propia clasificación de las especies dolosas. Así se habla en la doctrina de dolo directo, simplemente indirecto, eventual, indeterminado, alternativo, genérico, específico, calificado, etc.

Clases.-

Por su parte Castellanos Tena, establece la clasificación siguiente:⁴⁰

El dolo directo es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado. Según Cuello Calón el dolo directo se da cuando el resultado corresponde a la intención del agente.⁴¹

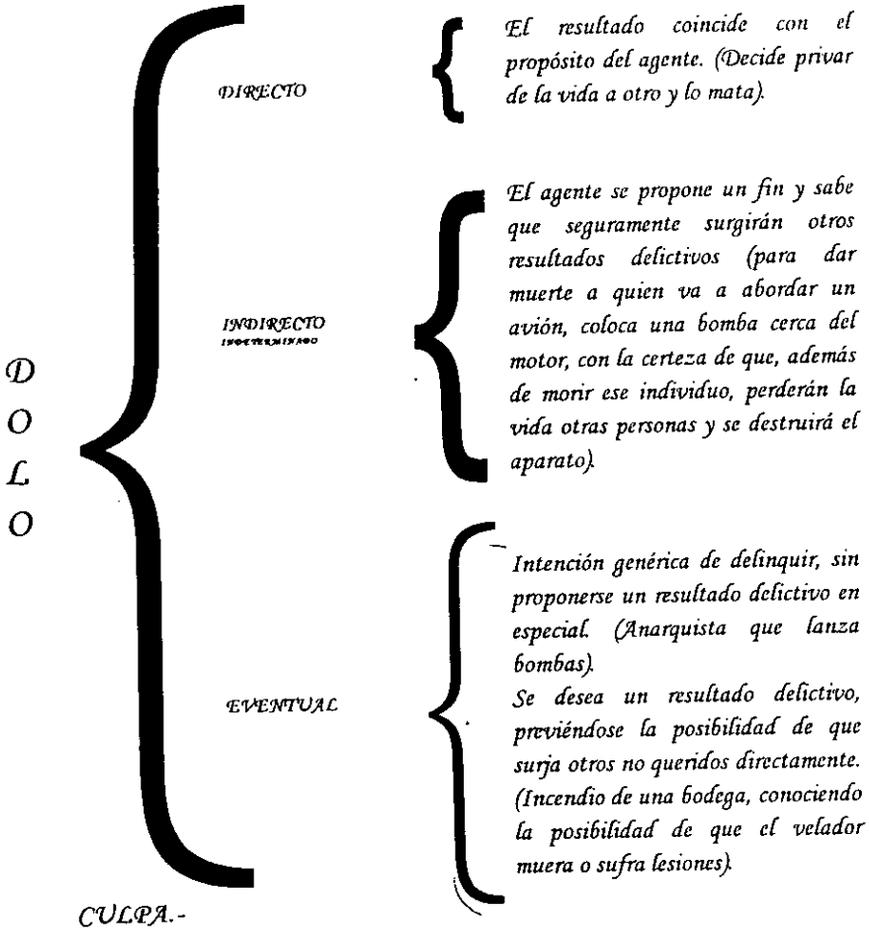
El dolo indirecto, conocido también como dolo de consecuencia necesaria, se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro

⁴⁰ *Ibidem*, p. 241.

⁴¹ *Op. cit.*, *Derecho Penal*, Tomo I, p. 307.

acaecimiento ejecuta el hecho.

El dolo eventual, existe cuando el agente se representa como posible un resultado defectuoso y a pesar de tal representación no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias. Hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere directamente, pero tampoco se deja de querer, se menosprecia, que en última instancia equivale a aceptarlo.



La palabra **CULPABLE**, etimológicamente hablando viene del latín **CULPABILIS**, se aplica a quien se puede echar o se echa la culpa.

Culpabilidad es un **SUSTANTIVO**, que indica calidad o atribución de culpable que tiene la persona.

Cuello Calón menciona que existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.⁴²

Por su parte, Edmundo Mezger, actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever.⁴³

Elemento de la culpa.-

Por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito, ella constituirá el primer elemento; es decir, un actuar voluntario (positivo o negativo);

- En segundo término que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado.

- Tercero.- los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente.

- Cuarto.- se precisa una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido. (Si el resultado es querido o aceptado, sea directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, se estará en el caso de la imputación dolosa).

Clases.-

Dos son las especies principales de la culpa:

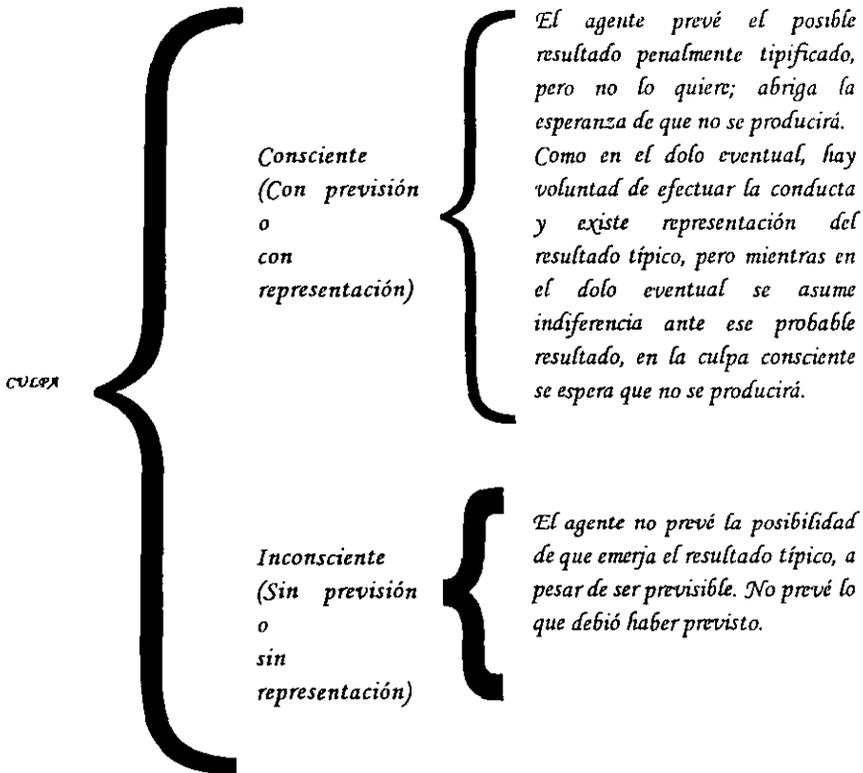
- Consciente con previsión o con representación.- Existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino abliga la esperanza de que no ocurrirá.

⁴² *Ibidem*, p. 325

⁴³ *MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, 2a. Ed., Madrid, p. 171.*

Hay voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere, se tiene la esperanza de su no producción. Como ejemplo de esta especie de culpa, puede citarse el caso del conductor de un vehículo que desea llegar oportunamente a un lugar determinado y conduce su vehículo a sabiendas de que los frenos funcionan mal; no obstante representarse la posibilidad de un atropellamiento, impulsa velozmente la máquina, con la esperanza de que ningún transeúnte se cruzará en su camino. Existe en su mente la previsión o representación de un posible resultado tipificado penalmente y a pesar de ello, confiado en la no realización del evento, desarrolla la conducta.

- Inconsciente, sin previsión o sin representación. Cuando no se prevé un resultado previsible (penalmente tipificado). Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible. Para Soler se da esta clase de culpa, cuando el sujeto no previó un resultado por falta de diligencia. Es pues, una conducta en donde no se prevé lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia penalmente tipificada. Puede imaginarse el caso de quien limpia una pistola en presencia de otras personas sin medir el alcance de su conducta; se produce el disparo y resulta muerto o lesionado uno de los que se hallaban en el lugar. El evento era indudablemente previsible, por saber todos lo peligroso del manejo de las armas de fuego; sin embargo, el actuar del sujeto fue torpe al no prever la posibilidad de un resultado que debió haber previsto y evitado.



Como es del conocimiento el cometer un hecho delictuoso puede ser dolosa o culposamente, con fundamento en lo dispuesto en los preceptos siguientes:

Artículo 8.- Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente. ⁴⁴

Artículo 9.- Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico quiere o acepta la realización del hecho

⁴⁴ LEGISLACIÓN FEDERAL, Código Penal, Compendio de Leyes Penales 99, 4a. Ed., México, Grupo ISEF, 1999, pp. 7-12.

descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previo siendo previsible o previo 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.⁴⁵

Artículo 60 .- En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos para los que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de diez años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

Las sanciones por delito culposo sólo se impondrán con relación a los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167 fracción VI, 169, 199 Bis, 289 parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397 y 399 de este Código.

Cuando a consecuencia de actos u omisiones culposos, calificados como graves, que sean imputables al personal que preste sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera o de a cualesquiera otros transportes de servicio público federal o local, se causen homicidios de dos o más personas, la pena será de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza. Igual pena, se impondrá cuando se trate de transporte de servicio escolar.

La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52, y las especiales siguientes:

I.- La mayor o menor facilidad de preveer y evitar el daño que resultó;

II.- El deber del cuidado del inculpado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan;

⁴⁵ *ibidem.*

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 las circunstancias y condiciones personales.

El dolo ha constituido durante el transcurso de la historia uno de los elementos subjetivos de mayor relevancia, sus antecedentes podemos ubicarlos en el derecho romano, siendo una de las grandes aportaciones del período tardío de la antigua Roma, el incluirlo como uno de los presupuestos de los llamados delitos graves.

En los inicios de la teoría el dolo se le concibió a partir de la teoría de la voluntariedad, desarrollándolo como una consecuencia directa que el autor ha previsto y deseado; sin embargo, esta idea fue superándose, hasta que se sustituyó por la representación bajo la base de que no permitía definir el dolo eventual.

Las ideas expuestas por Mayer permitieron resolver el dilema del dolo eventual mediante la teoría de la representación, al señalar que la producción contraria al deber de un resultado típico es dolosa, no sólo cuando el autor se representa el resultado que sobrevendrá al emprender la acción, sino también cuando esa representación no le movió a cesar de su actividad voluntaria.

El cuarto mandamiento del abogado (Dr. Eduardo J. Couture) dice:

Lucha

Tu deber es luchar por el derecho; pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia.

CÁPITULO TERCERO

*EL PLAZO PARA QUE EL MINISTERIO PÚBLICO
EJERZA ACCIÓN PENAL.*

CÁPITULO TERCERO

I.- El ejercicio de la acción penal.

a) Concepto

La acción es la posibilidad o facultad de hacer alguna cosa, la manera de poner en marcha el ejercicio de un derecho. Esta constituida por el acto o conjunto de actos por los cuales se recurre al poder jurídico para pedir alguna cosa en juicio.

Puede afirmarse, con Sabatini,¹ que el concepto de acción "es uno de los temas más complicados de la teoría general del proceso, porque se le ha definido de diversas maneras en la doctrina y la definición resulta escabrosa"

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

Chiovenda Giuseppe,² señala que la acción es "el poder jurídico de hacer efectiva la condición para la actuación de la voluntad de la ley"

Ernesto Beling, precisa el derecho de la acción penal como la facultad de provocar la actividad de la jurisdicción penal mediante la declaración de un órgano público (Ministerio Público) o privado, según esta facultad sea conferida a dichos órganos privados exclusivamente (delito de acción privada) o en concurso con el órgano público (acción pública), es decir, mediante una oferta o proposición se

¹ Cit. por GONZÁLEZ Bustamante, Juan José, Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, 8a. Ed., México, Porrúa, 1985, p. 36.

² CHIOVENDA, José, Principios de Derecho Procesal Civil, Madrid, Reus, 1977, Tomo I, p. 69.

actuará la voluntad de la ley aplicable al caso.³

Para Francesco Carnelutti, *“la acción es un derecho al juicio y no un derecho al juicio favorable; es el derecho que tiene todo individuo para solicitar a la función jurisdiccional competente que inicie un proceso judicial en orden a declarar si tuvo o no derecho subjetivo material violado que reclamar, es decir, entiende a la acción como un derecho subjetivo procesal de las partes frente al juez, frente al titular del órgano jurisdiccional.*

Hugo Rocco ⁵ nos dice que el derecho jurisdiccional del Estado, aparece también como una obligación jurídica, esto es, como la obligación que compete al Estado de ejercer y prestar la jurisdicción civil, y define a la acción como : *“Un derecho público subjetivo del ciudadano frente al Estado a la prestación de la actividad jurisdiccional, perteneciente a los derechos cívicos”.*

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

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

³ Cit. por ESPENOS, MacLean, *El Proceso Penal en el Derecho Comparado*, Buenos Aires, Librería jurídica Valerio Abeledo, Editor Lavalle, 1328, 1946, p. 79.

⁴ CARNELUTTI, Francesco, *Vestiones Sobre el Derecho Penal* (trad. de Santiago Sentés Melendo), Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1961, pp. 31 y 32.

⁵ Cit. por Guerrero V., Walter, *Derecho Procesal Penal, La acción penal*, Tomo II, De. Universitaria, 1978, pp 86 y s.

⁶ FLORIAN, Eugenio, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, (trad. de L. Prieto Castro), Barcelona, Librería Bosch, Ronda de al Universidad. 11, 1934, pp. 172 y s.

Francisco Sodi⁷ dice que la acción es un derecho; pero como su ejercicio tiende a la realización del derecho de penar, resulta al mismo tiempo un deber, por lo que parece más acertado considerarla como un poder jurídico. Ahora bien, el uso de ese poder pone invariablemente en movimiento al juez, quien no puede actuar si la acción penal no se ejercita ante él, y, por último, permite al mismo juez aplicar en forma definitiva la ley al caso concreto de que se trate.

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

En este sentido, es importante hacer el cuestionamiento siguiente: ¿Cuál es el objetivo de la acción penal?

De acuerdo, a las definiciones citadas, los autores consideran a la acción como un poder, como un derecho o como una facultad. Pero, ¿ que es en realidad?

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

Si seguimos basándonos en las definiciones mencionadas, con esa idea de "poder jurídico otorgado al Ministerio Público", creemos que no progresaríamos, pues, como dice Tolomei, no se puede comprender "en qué consiste la libertad y discrecionalidad del Estado en la promoción de la acción penal, cuando por el contrario se obliga a ejercitarla al único órgano destinado a ello".

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

⁷ FRANCO Sodi, Carlos, *El Procedimiento Penal Mexicano*, 4a. Ed., México, Porrúa, 1957, p. 28.

De cualquier forma, ese poder otorgado al Ministerio Público lo faculta para disponer a su arbitrio de la acción, lo que es congruente debido a que "poder" significa, conforme al Diccionario de la Lengua Española, facultad o potencia de hacer una cosa. En cambio, si no hubiera esa facultad o potencia para decidir, ya no podríamos hablar de poder, sino de obligación. Sea poder, sea derecho, su titular, el Ministerio Público, dispone de la acción a su arbitrio, sin que nada ni nadie lo remedie, porque tiene ese poder para actuar, ya que no representa para él una obligación.

La ley le otorga ese derecho, de la misma manera la doctrina habla de ese poder jurídico de "excitar y promover" y, por último, la jurisprudencia de la Corte lo reconoce y convierte al Ministerio Público, en un ser omnipotente "tendiente a restringir las facultades omnímodas al Ejecutivo a través del Ministerio Público, al que administrativa y políticamente controla".

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

Ángel Martínez Pineda,⁸ define a la acción penal como "el deber jurídicamente necesario del Estado que cumple el órgano de acusación con el fin de obtener la aplicación de la ley penal de acuerdo con las formalidades de orden procesal".

Asimismo, Walter Guerrero la define como:⁹

⁸ MARTÍNEZ Pineda, Ángel, *Estructura y Valoración de la Acción Penal*, México, Ed. Azteca, 1968, p. 37.

⁹ Op. cit.

Institución de orden público y procesal establecida por el Estado, a través del cual el Ministerio Público y los individuos pueden llevar a conocimiento de la función jurisdiccional competente el cometimiento de un ilícito, a fin de que el órgano correspondiente inicie el proceso en contra del supuesto infractor.

a. 1 Antecedentes Históricos. -

La acción penal, en el devenir histórico, ha atravesado por tres periodos: el de acusación privada, el de la acusación popular y el de la acusación estatal.

Para poder comprender a la institución que nos ocupa (la acción penal) es imprescindible examinarla a través del desenvolvimiento histórico que ha tenido en estos periodos.

1.- Acusación privada

En esta etapa el individuo que resentía el daño ejercitaba la acción penal. Fue en los tiempos de la venganza privada, cuando el hombre defendía por sí mismo sus derechos - Ley del Talió - , "tal pena cual delito" esto es lo que quiere decir la palabra "talió", alma por alma, ojo por ojo, diente por diente, quemadura por quemadura, llaga por llaga, mano por mano, cardenal por cardenal."¹⁰

Es éste el principio de la Ley del Talió en que se creyó que todos los problemas estaban resueltos; lo único que se debía hacer era aplicar al transgresor lo mismo que él había hecho al ofendido; sin embargo, poco después empezaron serias dificultades, pues no siempre se podía aplicar el principio, ya que, como nos dice Bernaldo de Quirós:

"La riqueza de casos, comenzó a demostrar que no siempre era aplicable el

¹⁰ DE QUIROS, Constancio Bernaldo, *Lecciones de Legislación Penal Comparada*, Ciudad Trujillo, Universidad de Santo Domingo, Ed., Montalvo, 1944, p. 16.

principio del talión ya que en determinados delitos como los de lascivia, delitos contra la honestidad, el dimorfismo sexual, hace completamente imposible su aplicación, de la misma manera en los delitos contra la propiedad; no siempre se le podía quitar al ladrón lo mismo que él había robado y definitivamente se consideró que únicamente la ley del talión se limitaba a los delitos contra las personas, al homicidio y a las lesiones.

Surgieron, no obstante, otros problemas; por ejemplo: si el transgresor fuere tuerto y el ofendido tuviere los dos ojos, y a la inversa.

En Grecia, en el siglo XII A. de C. Dracón optó por imponer una pena única: la pena de muerte, para todos los delitos, fueren éstos graves o leves. Por eso fue que en su tiempo, jugando con las palabras, a Dracón se le considerara como un dragón, y por ello es que hoy en día a una ley excesiva se le conoce como draconiana. Hubo períodos en que se prescindió de la Ley del Talión; pero un siglo después Solón la volvió a restablecer resolviendo el problema del tuerto, no con arreglo a la letra de la ley, sino de acuerdo con su espíritu, porque, conforme a la ley, si el que había saltado el único ojo que le quedara al tuerto, a él no podían quitarle más de uno, aunque tuviera dos; pero con arreglo al espíritu había que dejarlo ciego.

En Roma volvió a aparecer la Ley del talión, pero con un sentido más jurídico, propio del pueblo romano: "si membrum rupit ni cum eo pacit, talio esto" (si alguno rompe un miembro a otro y no se arregla con él hágase con él otro tanto); con esto, la fórmula quedó subordinada a la composición de las partes.

2. Acusación Popular.-

A través de esta figura los ciudadanos tuvieron en sus manos el ejercicio de la acción, pues no sólo el ofendido, sino también los ciudadanos, solicitaban a la autoridad la represión del delito.

Se pensó que los delitos engendraban un mal a la sociedad, por lo que los ciudadanos, fueran o no víctimas, eran los encargados de ejercitar la acción.

Esta figura tiene su origen en Roma, en la época de las delaciones. Se nombrará a un ciudadano para que éste llevará ante el tribunal del pueblo la voz de la acusación; como ejemplo de ello citamos a Cicerone, quien tuvo a su cargo el ejercicio de la acción penal representando a los ciudadanos; en Grecia existían los temosteti, que tenían el deber de denunciar los delitos ante el Senado, y, durante la edad Media, a los señores feudales, quienes ejercitaban dicha acción.

Al abandonarse la idea de que fuese el ofendido por el delito el encargado de acusar, y al poner en manos de un ciudadano independiente el ejercicio de la acción, se introdujo una reforma sustancial en el procedimiento, haciendo que un tercero despojado de las ideas de venganza y de pasión que insensiblemente lleva el ofendido al proceso, persiguiese al responsable y procurase su castigo o el reconocimiento de su inocencia, como un doble tributo de justicia social.

3. Acusación Estatal

En ésta, son los órganos del estado los que ejercitan la acción al cometerse un delito, y el Estado es el que debe reprimirlos, velando así por el interés general, en este sistema tiene intervención el Estado por medio del Ministerio Público, que tiene el deber de ejercitar la acción penal cuando se han reunido los requisitos indispensables para ello; así cuando se presenta un hecho con las características de delito, es el Estado el que debe velar por el orden público mediante órganos predispuestos para ello: Ministerio Público y el Juez.

a.2 Diferencias entre Acción Civil y Acción Penal.

En primer lugar debemos señalar que aun cuando se hable de acción penal y acción civil, la acción siempre será pública. Sin embargo, para efectos distintivos, la doctrina dice que cuando se presenta la comisión de un hecho ilícito, se derivan dos acciones: una, puede generar peligro para los bienes o intereses jurídicos colectivos de la sociedad, y la otra, puede dañar y lesionar bienes o intereses jurídicos particulares.

En el primer aspecto el daño causado es público y se manifiesta la exigencia de la acción penal, en cuanto al segundo, ya que produce un daño privado y lesiona los intereses particulares, surge entonces la necesidad de la reparación y, por lo mismo de la acción civil

Para Devis Echandía, según el concepto que puede llamarse clásico la diferencia consistía en la naturaleza pública o privada del interés protegido por la norma penal o civil. Y como diferencia sustancial entre las dos jurisdicciones:

La acción civil persigue la realización de los múltiples derechos otorgados a particulares o entidades públicas o privadas, por el derecho objetivo, la penal realiza el derecho subjetivo que tiene el estado de imponer penas y medidas de seguridad en la lucha contra el crimen y garantiza la libertad, lo cual si constituye una diferencia verdadera.¹¹

Las diferencias entre la acción civil y la acción penal son las siguientes:

- La acción civil se instituye a cargo de la persona lesionada, ya sea esta física o moral; el daño causado es moral y material y puede operar el desistimiento, la transacción, arbitraje, convenios extrajudiciales y la renuncia.*
- La acción penal se encomienda a un órgano del estado y su objeto es el de legitimar al Órgano Jurisdiccional para que tenga conocimiento de un hecho probablemente delictuoso, con el fin de que una vez ventiladas las pretensiones de las partes en el proceso penal, absuelva o condene al inculcado a sufrir una pena o una medida de seguridad.*

a.3 Titularidad de la Acción Penal.-

Conforme al artículo 21 de nuestra Ley fundamental, el ejercicio de la

¹¹ DEVIS Echandía, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso*, 3a. Ed., Bogotá, ABC, 1972, Tomo I, p. 78 y s.

acción penal se le encomienda a un órgano del Estado denominado Ministerio Público.

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

Bajo la vigencia de la Constitución de 1857, la investigación de los delitos correspondía exclusivamente a los jueces, quienes ejercían funciones de policía judicial. Y por cuanto al Ministerio Público, éste estaba impedido para practicar investigaciones por sí mismo y no tenía otra función mas que la de poner en manos del juez competente las averiguaciones que hubiere recibido y en el caso de que practicaré diligencias por falta del agente de la policía judicial, estaba obligado a remitirlas al juez competente, dentro de las 36 horas de haberlas analizado. Y cuando el detenido era puesto a disposición del juez, el mismo o agentes compelián a los reos a declarar en su contra, inclusive, aplicándoseles tortura.

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

No fue hasta la Constitución de 1917 cuando se implantó de manera definitiva al Ministerio Público con las funciones de persecución e investigación del delito, teniendo, bajo su mando a la policía judicial.

Así se privó a los particulares del derecho de acudir a los tribunales, lo mismo de su derecho público subjetivo de ejercitar la acción, pues ahora deberán hacerla valer ante el representante social, ante el único órgano legitimado para ello: el

Ministerio Público.

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

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

El artículo 110 Constitucional encontramos un caso de excepción tratándose del juicio político; la Cámara de Diputados procederá a la acusación respectiva ante la Cámara de Senadores, previa declaración de la mayoría absoluta del número de los miembros presentes en sesión, y conociendo de la acusación, la Cámara de Senadores erigida en jurado de sentencia aplicará la sanción correspondiente.

Asimismo, el artículo 97 Constitucional regula otro caso de excepción, al establecer en su párrafo segundo:

La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá nombrar alguno o algunos de sus miembros o algún Juez de Distrito o Magistrado de Circuito, o designar uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal o alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, o el Gobernador de algún Estado, únicamente para que "averigüe" algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual. También podrá solicitar al Consejo de la Judicatura Federal, que averigüe la conducta de algún Juez o Magistrado Federal.

La Suprema Corte, en dos ocasiones - una de ellas, en el incidente de ejecución de sentencia número 7/87, del juicio de amparo número 1944/87, del juicio de amparo número 1944/79 del índice del juzgado segundo de distrito en el estado de Veracruz, y la otra al finalizar el año de 1990 el pleno de la Corte decidió separar de su cargo y consignar ante el juez de distrito correspondiente, a la autoridad responsable, cuando se hubiere concedido el amparo e insistiere en la repetición del acto reclamado, o tratarse de eludir la sentencia, es decir, se ejercita la acción penal ante el Juez de Distrito sin la intervención del Ministerio Público.

No obstante, y excluyendo estos casos de excepción, en nuestro país el único órgano legitimado para ejercer la acción penal es el Ministerio Público.

a.4 Características de la Acción Penal

De las características o principios de la acción penal, únicamente haremos una síntesis de las ideas de autores destacados en el ámbito procedimental penal. Trataremos de compilarlos, pues de la investigación realizada se desprende una unanimidad de criterios.

1.- Carácter público de la acción penal.

En primer lugar, cabe señalar que la acción siempre es pública debido a que se dirige a poner en conocimiento del Estado, por medio del Ministerio Público, el cometer un ilícito, a fin de que se pueda aplicar una pena a quien ha cometido un delito, y aunque ese delito cause un daño privado, la acción siempre seguirá siendo pública porque se encamina a hacer valer un derecho Público del Estado.

Se ha afirmado que el principio de la publicidad sufre un duro golpe con la institución de la querrela, sin embargo; la excepción de la querrela no modifica de ninguna forma su carácter público pues únicamente queda condicionada a un requisito de procedibilidad y solo puede extinguirse de acuerdo con los requisitos que señala el artículo 93 del Código Penal para el Distrito Federal, esto es, el perdón del

ofendido extingue la acción penal respecto de los delitos de querrela siempre que se conceda antes de pronunciarse la sentencia de segunda instancia y no hubiere oposición del reo para su otorgamiento; el perdón solo beneficiará a quien se le otorgue, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos; en tal caso, el perdón beneficiará a todos los inculpaados y al encubridor.

Hay determinados delitos (robo entre cónyuges) donde el ofendido debe dar su consentimiento para que el Ministerio Público pueda ejercitar la acción penal; asimismo, puede suspenderse por el perdón del ofendido. En estas condiciones, la querrela es una mera condición de procedibilidad para el ejercicio de la acción y una vez interpuesta, el Ministerio Público debe verificar si están reunidos los requisitos legales para su ejercicio. Así, no es el ofendido quien tiene en sus manos el derecho de castigar, sino sigue siendo el Estado mismo, el ofendido es quien únicamente debe dar su consentimiento.

2.- Carácter único de la acción penal

Esto significa que solo hay una acción penal para todos los delitos, no hay una acción especial, sino que envuelve en su conjunto a todos ellos.

No puede haber una acción para cada delito que hubiere cometido un sujeto determinado. De este modo, es inadmisibile aceptar una acción para cada uno de los delitos que integran el catálogo penal. No podemos sostener que exista una acción por robo, otra por homicidio, otra por estupro, etcétera, sino una sola acción penal para perseguir las diferentes categorías de actos delictivos, porque la acción es única para todos los procesos, por lo que no trasciende la gran cantidad de tipos penales.

3.- Carácter indivisible de la acción penal

Es indivisible porque su ejercicio recae en contra de todos los participantes del hecho delictuoso (autores o partícipes). No se puede perseguir solo a uno o

algunos de los responsables; esto obedece a un principio de utilidad práctica y social por la necesidad de perseguir a todos los que participaron en el hecho, no sustrayéndose, de esta forma, a la acción penal. Del mismo modo, el perdón del ofendido solo favorecerá a quien se le otorgue, no a todos los partícipes o responsables.

4.- Carácter intrascendente de la acción penal

Consideramos que este carácter intrascendente del que habla la doctrina, no es de la acción, sino de la sanción pues el ejercicio de la acción penal únicamente se limita a afectar a la persona responsable por el delito y nunca a sus familiares o terceros, de acuerdo con el artículo 22 Constitucional, que prohíbe las penas trascendentales. Sin embargo; el artículo 10 del Código Penal Federal, en forma contraria señala: "la responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley".¹²

La reparación del daño en nuestro sistema tiene su fundamento en el artículo 34 del Código Penal Federal, donde se eleva la reparación del daño a la categoría de pena pública, semejante contraposición nos hemos encontrado, ya que se llama pena a lo que no es pena y público a lo que es privado, pues el artículo 91 del ordenamiento citado señala: ¹³ que la muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubiesen impuesto a excepción de la reparación del daño. Y si la reparación del daño es pena, la misma no puede pasar a los herederos del delincuente que ha muerto porque estaría en franca oposición al artículo 22 Constitucional.

La intención del legislador fue en el sentido de proteger a las víctimas y ofendidos por el delito, cuando por desconocimiento o por apatía no ejercitaban dicha reparación del daño, razón por la cual el Estado debía intervenir elevando la reparación del daño a la categoría de pena pública exigible a través de la acción

¹² LEGISLACIÓN FEDERAL, *Agenda Penal Federal*, Ed., 7a., CISIDA, México 2000, pp. 7-12

¹³ *Ibidem*, pp.- 90-92.

penal por el Ministerio Público, en este sentido, una acción que era privada se transmitió en pública, y con ello se priva al ofendido de su legítimo derecho de demandar esa acción.

El último párrafo del artículo 34 del Código Penal Federal, nos dice que:
¹⁴“Quien se considere con derecho a la reparación del daño que no pueda obtener ante el Juez Penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente” es decir, quien decida dar procedencia a la demanda entablada reclamando la reparación del daño, es necesario primeramente que haya sido declarada la existencia del delito o la declaración del daño en una sentencia penal.”

5.- Carácter irrevocable de la acción penal

Este consiste en que, una vez iniciado el ejercicio de la acción penal, poniendo en conocimiento al órgano jurisdiccional, no se tiene mas que un fin, la sentencia. El Ministerio Público no puede disponer de ella, ni desistir, como si fuera un derecho propio.

En nuestro sistema, el órgano encargado del ejercicio de la acción penal puede desistirse de su ejercicio en ambos fueros, previa la resolución del procurador respectivo. Esto es inadmisibles porque si quien ejercita la acción penal estuviera facultado para desistirse, equivaldría a convertirlo en arbitro del proceso.

González Bustamante ¹⁵ entiende a la irrevocabilidad en el sentido de que una vez deducida la acción ante el órgano jurisdiccional, no se puede ponerle fin arbitrariamente. En estos términos, el desistimiento de la acción penal por el Ministerio Público mina la base en que se sustenta el objeto del proceso, y en estricto derecho debe rechazarsele.

¹⁴ *Ibid.*, p. 30 BLS-34

¹⁵ *Cit.* por GONZÁLEZ, Bustamante, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, 8a. Ed., México, Porrúa, 1985, p. 41.

En el mismo sentido se manifiesta Tolomei,¹⁶ al señalar:

Si es obligatorio para el Ministerio Público provocar una sentencia jurisdiccional sobre la pretensión que surge del delito, no se ve como este deber pueda coexistir con la facultad de desistirse de la acción; precisamente porque tal deber se refiere, no a un mero acto introductivo, sino a una decisión del juez."

Bajo este supuesto, el desistimiento no puede realizarse ni aún en los delitos que se persiguen por querrela de parte, en los que se concede un margen de disposición al ofendido, pues en este caso no existe desistimiento, sino otorgamiento del perdón.

De la misma manera, el desistimiento, aunque ello suponga el reconocimiento de la inocencia del inculpado, se opone abiertamente al principio de la inmutabilidad del objeto del proceso; pero, como este será desarrollado en forma amplia a lo largo de esta investigación, se considera que lo expuesto hasta este momento es suficiente.

6.- Carácter necesario, inevitable y obligatorio de la acción penal.

Para que el órgano jurisdiccional pueda iniciar el proceso, es requisito indispensable que el Ministerio Público deba, necesaria, inevitable y obligatoriamente, ejercitar la acción cuando estén reunidos los requisitos o exigencias legales para su ejercicio plasmados en el artículo 16 Constitucional, los cuales consisten en:

- a) La existencia de un hecho u omisión que defina la ley penal como delito:*
- b) Que el hecho se atribuya a una persona física, ya que a una persona moral no puede enjuiciársele;*

¹⁶ DOMÉNICO Tolomei, Alberto, *Los principios fundamentales del proceso penal*, México, Jus, 1947, pp. 155 y s.

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

d) Que el delito que se impute se castigue con una sanción corporal;

e) Que la afirmación del denunciante o querellante este apoyada por declaración de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

Asimismo, el principio consiste en que no se puede aplicar ninguna pena si no es a través del ejercicio de la acción penal. En este sentido, la declaración del órgano jurisdiccional puede ser de absolución o de condena.

Es importante, mencionar lo que dice Tolomei: ¹⁷

"Debe ejercitarse la acción siempre que exista delito (principio de legalidad), no puede imponerse una pena sin que la acción se haya ejercitado (principio de inestabilidad). Por ello, un principio es el correlativo racional del otro. Por otra parte, no puede renunciarse, mediante la inactividad del órgano administrativo a la actuación jurisdiccional respecto a la pretensión punitiva, cuanto esta deba existir, sin que esa inactividad puede lograrse una acción eventualmente indebida. La acción es necesaria como para lograr una afirmativa respecto a la pretensión basada en un hecho delictuoso"

El particular, en este sentido, no puede voluntariamente someterse a la pena, sin que haya previamente un proceso, pues si se cometió un delito, será necesario e ineludible provocar al órgano jurisdiccional para que sea este el que defina su responsabilidad, porque al Ministerio Público sólo le encomienda su ejercicio y al no hacerlo rebasa sus funciones.

¹⁷ *Ibidem*, p. 158.

7.- Carácter inmutable de la acción penal

Este principio consiste en que, una vez constituida la relación procesal, la voluntad dispositiva de las partes se sustrae al desenvolvimiento del proceso. No existe pues la posibilidad legal de paralizar su marcha, y el principio actúa aún en los casos en que pudiera aparecer reconocida la disposición de las partes, como en la institución de la querrela, en la que opera el perdón del ofendido.

En efecto, nos dice Teófilo Olea y Leyva:¹⁸

"En estos casos, también se pronuncia un fallo, por el Juez, aunque sea sobre el fundamento de la causa extintiva que produce la absolución, una vez que haya comprobado que el perdón es formalmente perfecto y productor de efectos jurídicos. Resumiendo podemos decir que, normalmente, la relación de derecho penal, objeto del proceso, no puede tener otra definición que la que le da la sentencia"

a.5 Principios de Legalidad y de Oportunidad

El ejercicio de la acción penal, como hemos visto, corresponde al Ministerio Público, pero el hecho de que corresponda a éste su ejercicio, no lo faculta para decidir libremente de ella como si fuera un derecho de su propiedad. En estas condiciones, si el Ministerio Público no es dueño de la acción, tiene el deber ineludible de ejercitarla; no puede ni debe desistir de ella, pues priva el principio de legalidad, el cual consiste en que, cuando se verifique un hecho con apariencia delictiva, debe ejercitarse la acción penal, siempre que se hayan llenado los requisitos materiales y procesales que se requieren para su ejercicio.

A este principio se le contraponen el de la oportunidad, según el cual no es suficiente que se verifiquen los presupuestos indispensables para su ejercicio, sino

¹⁸ OLEA y Leyva, Teófilo, "El artículo 21 constitucional", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, tomo VI, Núms. 23 y 24, julio-diciembre de 1944, p. 283.

que es necesario que el órgano encargado considere conveniente su ejercicio, ya que puede abstenerse cuando vislumbre que el ejercicio de la acción pueda causar males mayores (escándalo público, peligro para la paz social, complicaciones internacionales, etcétera), basándose para ello en su propia valoración y, cuando así convenga en los intereses del propio Estado, atendiendo - se dice - el interés social. La mayoría de los países del mundo han aceptado el principio de legalidad.

La Ex Unión Soviética ha adoptado el principio de oportunidad, en donde solo se ejercitará la acción penal cuando se cometa una acción dañosa que pueda poner en peligro la estructura del Estado y cuando así convenga a los intereses del soviét supremo; de igual forma, cuando en ocasiones peligrosa la causa de la revolución.¹⁹

También en los Estados totalitarios priva este principio, en donde el interés del estado esta por encima del interés particular; en tanto que en los países democráticos es norma de acción el principio de legalidad.

Por lo anterior, resaltamos lo peligroso de este principio de oportunidad. Afortunadamente. México ha adoptado el principio de legalidad, con lo que se reconoce que la persecución de las acciones punibles es deber y obligación del Estado, por lo que, cuando el Ministerio Público se aparte de este principio, debe rechazársele porque dicho órgano tiene el ejercicio pero no la facultad de disponibilidad de la acción, aun antes de haberla intentado, mucho menos después que la ha puesto en movimiento.

Florian, con respecto a lo anterior, después de estudiar el derecho comparado y a los autores dice:²⁰

Creemos que sobre este punto conviene ser tradicionalistas y aceptar el principio de legalidad; la ley penal existe para fines de utilidad y por ello se debe aplicar en todos los casos en que se haya cometido un delito. La determinación de cuando una acción es dañosa o peligrosa (es decir, un delito) corresponde al

¹⁹ Op Cit., Castro Juventino, *El Ministerio Público en México*, p. 65.

²⁰ FLORJAN, Eugenio, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, (trad. de L. Prieto Castro), Barcelona, Libreria Bosch, Ronda de la Universidad, 11, 1934, pp 172 y s.

legislador, y cuando este haya expresado su convencimiento y establecido que sea delito, la acción penal debe de ejecutarse siempre. Al admitir el principio de oportunidad se substituye el convencimiento del legislador por el de Ministerio Público, que es por completo personal y por lo mismo expuesto a error, con lo que el fin de la defensa social puede frustrarse. Hay además que añadir a esto que la función represiva se debilitaría con semejante criterio y podría dar lugar a graves injusticias.

González Blanco,²¹ al respecto, considera que el principio de legalidad debe prevalecer, porque el de oportunidad contraviene la integridad de la función represiva, y debe ejercitarse siempre la acción en todos los casos en que se cometa un delito y no subordinarse a ninguna conveniencia de la índole que sea; porque, así se podría originar la impunidad de los delitos o prestarse a injusticias; además porque se implicaría una derogación del carácter público de la acción.

Camelutti,²² al reconocer el monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Público, considera que no implica que el ejercicio de la acción este regido por el principio de oportunidad en lugar del de legalidad, La ley no se fia del Ministerio Público, y tal desconfianza tiene la ventaja de garantizar lo mejor posible el respeto de la legalidad. su posición de parte pública le impone mas bien deberes que poderes para la vigilancia del orden social.

Por otra parte, el instituto de la gracia (amnistía, indulto, perdón legal) es una potestad que corresponde al órgano supremo del Estado. En tal sentido, acordar al ministerio Público el poder de obrar con discrecionalidad, equivale a conferirle también este instituto de la gracia o de perdón.

²¹ GONZÁLEZ, Blanco, *El Procedimiento Penal Mexicano*, México, Porrúa, 1975, pp. 52 y s.

²² Vid. de este autor: *Derecho Procesal Civil y Penal. Principio del Proceso Penal*, (trad. de Sentís Meléndez, Santiago), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, pp. 136 y s.

6) Análisis del artículo 16 Constitucional

6.1 Antecedentes

Primer antecedente

Elementos constitucionales elaborados por Ignacio López Rayón, de 1811:

“Cada uno se respetara en su casa como en un asilo sagrado, y se administrara con las ampliaciones, restricciones que ofrezcan las circunstancias, la célebre ley Corpus habeas de la Inglaterra”.

Segundo antecedente.-

Artículos 287, 292 y 306 de la Constitución Política de la monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812:

Artículo 287 Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión.

Artículo 292 In fraganti todo delincuente puede ser arrestado y todos pueden arrestarle y conducirse a la presencia del juez presentado o puesto en custodia, se procederá en todo como se previene en los dos artículos precedentes.

Artículo 306 No podrá ser allanada la casa de ningún español, sino en los casos que determine la ley el buen orden y seguridad del Estado.

Tercer antecedente.-

Sentimiento de la Nación o 23 puntos sugeridos por José María Morelos para la Constitución de 1814, suscritos en Chilpancingo el 14 de septiembre de 1813:

"Que a cada uno se le guarden las propiedades y respete en su casa como en un asilo sagrado señalando pena a los infractores".

Cuarto antecedente.-

Artículos 28, 32 y 166 del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingan el 22 de octubre de 1814:

Artículo 28.- son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de la ley,

Artículo 32.- La casa de cualquier ciudadano es un asilo inviolable: solo se podrá entrar en ella cuando un incendio, una inundación o la reclamación de la misma se haga necesario este acto. Para los objetos de procedimiento criminal deberán preceder los requisitos prevenidos por la ley.

Artículo 166.- No podrá el supremo gobierno: Arrestar a ningún ciudadano en ningún caso mas de 48 horas, dentro de cuyo término deberá remitir al detenido al tribunal competente con el que se hubiere actuado.

Quinto antecedente.-

Artículos 10, 11, 72 y 73 del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, suscrito en la ciudad de México el 18 de diciembre de 1822;

Artículo 10.- La casa de todo ciudadano, es un asilo inviolable. No podrá ser allanada sin consentimiento del dueño o de la persona que en el momento haga veces de tal, que no podrá negar a la autoridad pública para el desempeño de sus oficios. Esto se entiende en los casos comunes; pero en los delitos de esa majestad divina y humana, o contra las garantías, y generalmente en todos aquellos en que el juez, bajo su responsabilidad, califique que la ligera tardanza que demandan estas contestaciones puede frustrar la diligencia, procederá al allanamiento del modo que estime mas seguro, pero aún en esta calificación quedará sujeto a la misma responsabilidad.

Artículo 11.- La libertad personal es igualmente respetada. Nadie puede ser preso ni arrestado, sino conforme a lo establecido por la ley anterior, o en los casos señalados en este reglamento.

Artículo 72.- Ningún mexicano podrá ser preso por queja de otro, sino cuando el delito merezca pena corporal y conste en el mismo acto, o el quejoso se obligue a probarlo dentro de seis días, y en su defecto a satisfacer al arrestado los atrasos y perjuicios que se le sigan de aquella providencia.

Artículo 73.- En caso de denuncia, que el que la diere no se ofrezca a probar, el juez pensando atentamente las circunstancias de aquel y del denunciado, la gravedad y trascendencia del delito, y el fundamento de la denuncia, formara proceso instructivo. Si de este resulta semiplena prueba o vehemente sospecha, procederá al arresto; así como si obrando de oficio teme fundadamente que se fugue el presunto reo antes de averiguar el hecho. In fraganti todo delincuente debe ser preso y todos pueden arrestarle conduciéndole a la a la presencia del juez.

Sexto antecedente.-

Artículos 112, fracción II; 150 y 152 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada por el Congreso General Constituyente el 4 de octubre de 1824:

Artículo 112, Las restricciones de las facultades del Presidente (de la República), son las siguientes:

Fracción II.- No podrá el Presidente privar a ninguno de su libertad, ni imponerle pena alguna; pero cuando lo exija el bien y seguridad de la Federación, podrá arrestar, debiendo poner las personas arrestadas, en el término de 48 horas, a disposición del tribunal o juez competente.

Artículo 150.- Nadie podrá ser detenido sin que haya semiplena prueba, o indicio de que es delincuente.

Artículo 152.- Ninguna autoridad podrá librar orden para el registro de las casas, papeles y otros efectos de los habitantes de la República, si no es en los casos expresamente dispuestos por la ley, y en la forma que ésta determine.

Séptimo antecedente.-

Providencia de la Secretaría de Hacienda, fechada el 20 de marzo de 1829:

"Respecto a que no hay disposición en que apoyar la practica de abrir la correspondencia que se encuentra en el buzón sin dirección alguna y con el sobre en blanco, según expone V. E., de acuerdo con el informe del contador de esa renta en carta de 13 de ese mes, el Presidente, conociendo que es absolutamente inviolable el secreto de una carta, y mucho menos debe quebrantarse por los empleados del ramo, se ha servido mandar que por un aviso permanente que se dé al Público, quede esto entendido de que no podrá darse curso a carta, paquete o pliego alguno cuyo sobre se reciba en blanco, y que las que de este modo caigan en el buzón se pasen al Juez de Distrito para que sin abrirse se quemem en público. Lo que de suprema orden digo a V.E. en resolución de su consulta de 2 del corriente para su inteligencia y efectos que le corresponden.

Octavo antecedente.-

Artículo 2o. fracciones I y II de la Primera; 18, Fracción II, de la Cuarta; 41, 42, 43 fracciones I, II y 44 de la Quinta, de las Leyes Constitucionales de la República Mexicana, suscritas en la ciudad de México el 29 de diciembre de 1836;

I.- No poder ser preso sino por mandamiento de juez competente dado por escrito y firmado, ni aprehendido sino por disposición de las autoridades que corresponda según la ley,²³

Exceptuase el caso de delito in fraganti, en el que cualquiera puede ser aprehendido, y cualquiera puede aprehenderlo, presentándole desde luego a su juez a otra autoridad pública.

²³ H. Cámara de Diputados de la LV Legislatura, *Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones*, Tomo III, 4a. Ed., México, Porrúa, 1994, p. 204.

II.- No poder ser detenido mas de tres días por autoridad ninguna política, sin ser entregado al fin de ellos, con los datos para su detención, a la autoridad judicial, ni por esta más de 10 días sin proveer auto motivado de prisión, Ambas autoridades serán responsables del abuso que hagan de los referidos términos.

Artículo 18. No puede el Presidente de la República;

II. Privar a nadie de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna; pero, cuando lo exijan el bien y la seguridad pública, podrá arrestar a los que le fueren sospechosos, debiendo ponerlos a disposición del tribunal o juez competente a los tres días a mas tardar.

Artículo 41. El mandamiento escrito y firmado del juez, que debe preceder a la prisión, según el párrafo I, artículo 2o. de la primera ley Constitucional, se hará saber en el acto al interesado; este y todos deberán obedecer, cumplir, auxiliar estos mandamientos, y cualquiera resistencia o arbitrio, para embarazarlos o eludirlos, son delitos graves, que deberán castigarse según las circunstancias.

Artículo 42.- En caso de resistencia o de temor fundado de fuga podrá usarse de la fuerza.

Artículo 43.- Para proceder a la prisión se requiere:

I. Que proceda información sumaria, de que resulte haber sucedido un hecho que merezca, según las leyes, ser castigado con pena corporal.

II. Que resulte también algún motivo o indicio suficiente para creer que tal persona ha cometido el hecho criminal.

Artículo 44. Para proceder a la simple detención basta alguna presunción legal o sospecha fundada, que incline al juez contra persona y por delito determinado. Una ley fijará las penas necesarias para reprimir la arbitrariedad de los jueces en esta materia.

Noveno antecedente.-

Artículo 90. fracciones I, II y III del Proyecto de Reforma a las Leyes Constitucionales de 1836, fechado en la ciudad de México el 30 de junio de 1840;

I.- Que nadie lo pueda aprehender ni detenerlo sino por disposición de las autoridades facultadas expresamente por la ley, y en virtud de indicios a lo menos, por los cuales se presume, que ha cometido, o intentaba cometer algún delito. Solo en el caso de que las circunstancias no den tiempo para ocurrir a las autoridades, cualquiera individuo podrá aprehender al delincuente, con tal que acto continuo lo presente a cualquiera de ellas, expresando los motivos, que lo hayan obligado al procedimiento.²⁴

II.- Que no pueda ser llevado a la cárcel a otro lugar de prisión, ni mantenerse en ella fuera de los términos que se expresarán adelante, sin que se expida al efecto mandamiento por escrito, firmado de la autoridad respectiva o se provea auto formal motivado y se de copia de uno y otro tanto al interesado, como al custodio o alcalde de la prisión. Estos no recibirán en ella ningún reo sin ese requisito.

III.- Que no pueda ser detenido mas de tres días por ninguna autoridad política, sin ser entregado al fin de ellos con los datos que hayan dado margen al procedimiento, a la autoridad judicial, ni por esta mas de ocho días, sin proveer auto motivado de prisión.

Décimo antecedente.-

Artículo 70., fracciones VI, VII, IX y XIV, del Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 25 de agosto de 1842;

La Constitución declara a todos los habitantes de la República el goce perpetuo de los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, contenidos en las disposiciones siguientes:

²⁴ *Ibidem*, p. 205.

VI.- Ninguno puede ser aprehendido, detenido, ni preso, sino por previo mandado o auto escrito de juez competente de su propio fuero; ni juzgado o sentenciado por otro; ni custodiado fuera de la residencia del que debe juzgarlo, ni preso en otro edificio que el que le señale su juez, conservándose en aquel a su absoluta disposición.

VII.- Ninguno será aprehendido, sino cuando contra el obren indicios por los cuales se presuma ser el reo de un delito que se ha cometido; no será detenido mas de tres días, a menos que subsistan las presunciones que dieron causa a su detención; ni mas de ocho, sin que se provea el auto motivado de su prisión.

IX.- Las autoridades políticas pueden mandar aprehender a los sospechosos y detenerlos por 24 horas; mas al fin de ellas deben ponerlos a disposición de las penas no pueden decretar otras que las pecuniarias o de reclusión, que en su caso establezcan las leyes.

XIV.- Solamente en los casos literalmente prevenidos en las leyes puede ser cateada la casa de un individuo, y solo puede catearla su propio juez en personas. Tampoco pueden serlo sus papeles, si no es en persecución de un determinado delito o de un hecho fraudulento, y solo cuando aparezca una sempiterna prueba de que aquellos pueden contribuir a su esclarecimiento.

Undécimo antecedente.-

Artículo 5o. fracciones VI, VII y XIV, del Voto Particular de la Minoría de la Comisión Constituyente de 1842, fechado en la ciudad de México el 26 de agosto del mismo año;

“La Constitución otorga a los derechos del hombre, las siguientes garantías:

Seguridad

VI.- Toda aprehensión debe verificarse por los funcionarios a quienes la ley confiera esta facultad, en virtud de indicios de que se ha cometido determinado delito de que sea responsable el aprehendido, y previa orden escrita de la autoridad judicial de su

propio fuero o de la política respectiva. Exceptúase el caso de delito in fraganti, en que cualquiera puede ser aprehendido y cualquiera aprehenderlo, presentándolo inmediatamente a su propio juez o a otra autoridad pública.

VII.- El aprehendido no podrá ser detenido mas de ocho días por la autoridad judicial sin proveer el auto de prisión, ni mas de 24 horas por la política, la cual lo entregara al fin de ellas a su juez con los datos que tuviere.

XIV.- Ninguna casa puede ser cateada sino de día, por los funcionarios a quienes la ley cometa esa atribución y previa la orden del juez competente, dada en virtud de una información de que resulte semiplena prueba de que en ella se oculta o comete algún delito. La correspondencia y los papeles privados, son inmunes de todo registro.

Duodécimo antecedente.-

Artículo 13 fracciones XII y XXIII, del Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 2 de noviembre de 1842:

“La Constitución reconoce en todos los hombres los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, otorgándoles en consecuencia, las siguientes garantías:

Seguridad

XII.- Ninguno será aprehendido, sino por los agentes o personas que la ley establezca y en virtud de orden escrita del juez de su propio fuero, o de la autoridad política respectiva y cuando contra el obren indicios por los cuales se presume ser reo de un determinado delito que se ha cometido, y no podrá ser detenido mas de ocho días por la autoridad judicial, sin proveer el auto de prisión, ni mas de veinticuatro horas por la policía, la cual lo entregará dentro de ellas a su juez con los datos que tuviere.

XXIII.- Ninguna casa puede ser cateada sino por los funcionarios a quienes la ley cometa esa atribución, y previa la orden por escrito del juez competente, dada en virtud de una información de que resulte sempiterna prueba de que en ella se comete algún delito, o se ocultan las pruebas de el o la persona del delincuente.

Decimotercer antecedente.-

Artículo 9o. fracciones VI, VII y XI, de las Bases Orgánicas de la República Mexicana, acordadas por la honorable junta legislativa establecida conforme a los decretos del 19 y 23 de diciembre de 1842, sancionadas por el Supremo Gobierno Provisional con arreglo a los mismos decretos del día 12 de junio de 1843 y publicadas por bando nacional el día 14 del mismo:

"Derechos de los habitantes de la república:

VI.- Ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente, dado por escrito y firmado, y solo cuando obren contra el indicios suficientes para presumirlo autor del delito que se persigue. Si los indicios se corroboraren legalmente, de modo que presten mérito para creer que el detenido cometió el hecho criminal, podrá decretarse la prisión.

VII.- Ninguno será detenido mas de tres días por la autoridad política sin ser entregado con los datos correspondientes al juez de su fuero, ni este lo tendrá en su poder mas de cinco sin declararlo bien preso. Si el mismo juez hubiere verificado la aprehensión, o hubiere recibido al reo antes de cumplirse tres días de su detención, dentro de aquel término se dará el auto de bien preso, de modo que no resulte detenido mas de ocho. El simple lapso de estos términos hace arbitraria la detención, y responsable a la autoridad que la cometa, y a la superior que deje sin castigo el delito.

XI.- No será cateada la casa, ni registrados los papeles de ningún individuo, sino en los casos y con los requisitos literalmente prevenidos en las leyes.

Decimocuarto antecedente.-

Artículo 40 al 43 y 59 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, dado en el Palacio Nacional de México el 15 de mayo de 1856:

Artículo 40. Ninguno será aprehendido sino por los agentes que la ley establezca, o por las personas comisionadas al efecto, y en virtud de orden escrita del juez de su propio fuero o de la autoridad política respectiva, y cuando contra el obren indicios por los cuales se presuma ser reo de determinado delito que se haya cometido.

Artículo 41. El delincuente in fraganti, el reo que se fuga de la cárcel o del lugar en que se ha cometido el delito, y el reo ausente que sea llamado por pregones públicos, pueden ser aprehendidos por cualquier particular, quien en el acto los presentara a la autoridad política.

Artículo 42. La autoridad judicial puede librar ordenes para la aprehensión de reos de otro fuero, siempre que aparezcan como cómplices de algún delito de su conocimiento, poniendo al detenido, dentro de 48 horas, a disposición del juez competente.

Artículo 43. La autoridad política deberá poner los detenidos a disposición del juez de la causa dentro de 60 horas. Pasadas estas, el juez podrá reclamar la entrega del detenido y de los datos que obren contra él; y si no los recibiere dentro de 24 horas después de pedidos, dará la orden de la libertad de aquel, la cual será obedecida por el encargado de la custodia del supuesto reo, sin oponer pretexto alguno, a no ser que antes haya recibido orden de dejar al reo a disposición de algún juez.

Artículo 59. El cateo de las habitaciones solo podrá hacerse por la autoridad política superior de cada lugar, o por el juez del fuero del que habita la casa, o en virtud de su orden escrita y mediante una formación sumaria o datos fundados para creer que en aquellas se encuentra algún criminal, o las pruebas o materia de algún delito.

Décimo quinto antecedente.-

Artículos 5o. y 27 del Proyecto de la Constitución Política de la República Mexicana fechado en la ciudad de México el 16 de junio de 1856.

Artículo 5o. Todos los habitantes de la República, así en sus personas y familias, como en su domicilio, papeles y posesiones, están a cubierto de todo atropellamiento, examen o cateo, embargo o secuestro de cualquier persona o casa, excepto en los casos prefijados por las leyes y con la indispensable condición de que se proceda racionalmente y de que la autoridad competente exprese en su mandato escrito la causa probable del procedimiento, sostenida por la afirmación, al menos de un testigo, señale y describa el lugar que debe ser registrado o la cosa o persona que debe ser encontrada. En el caso de delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

Artículo 27. A todo procedimiento del orden criminal debe preceder querrela o acusación de la parte ofendida o instancia del Ministerio Público que sostenga los derechos de la sociedad.

Décimo sexto antecedente.-

Artículo 16 de la Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857;

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandato escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento, en el caso de delito in fragante, toda persona puede aprehender al delincuente y a su cómplice, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata"

Décimo séptimo antecedente.-

Decreto del cuartel-maestre del Ejército que declara que nadie puede catear casas sin orden escrita del cuartel general, fechado el 28 de diciembre de 1860.

"Ignacio Zaragoza, general segundo en jefe y cuartel-maestre del ejército federal, a los habitantes de esta ciudad, hace saber:²⁵

"Que teniendo noticia de que algunas personas se han presentado en diversas casas, con el fin de catearlas, pretextando ocultación de armas o municiones en ellas, se hace saber, que nadie podrá cometer estos actos sin expresa orden firmada por este cuartel general, y el que lo hiciere, será castigado ejemplarmente, sea cual fuere su categoría."

Decimoctavo antecedente.-

Artículos 48, 60, 61 y 63 del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, dado en el Palacio de Chapultepec el 10 de abril de 1865:

Artículo 48.- La autoridad militar respetará y auxiliará siempre a la autoridad civil; nada podrá exigir a los ciudadanos, sino por medio de ella, y no asumirá las funciones de la misma autoridad civil, sino en el caso extraordinario de declaración de estado de sitio, según las prescripciones de la ley,

Artículo 60.- Ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente, dado por escrito y firmado, y solo cuando obren contra el indicios suficientes para presumirle autor de un delito. Se exceptúa el caso del delito in fraganti, en que cualquiera puede aprehender al reo para conducirlo a la presencia judicial o de la autoridad competente.

Artículo 61.- Si la autoridad administrativa hiciese la aprehensión, deberá poner dentro de tercero día al presunto reo a disposición de la que deba juzgarle, acompañando los datos correspondientes; y si el juez encontrare mérito para declararlo bien preso, lo hará a mas tardar dentro de cinco días; siendo caso de responsabilidad, la detención que pase de estos términos.

²⁵ *Ibid.*, p. 209.

Pero si la aprehensión se hiciere por delitos contra el Estado, o que perturben el orden público, la autoridad administrativa podrá prolongar la detención hasta dar cuenta al comisario imperial al Ministro de Gobernación, para que determine lo que convenga.

Artículo 63.- No será cateada la casa ni registrados los papeles de ningún individuo, sino en virtud de mandato por escrito y en los casos y con los requisitos literalmente prevenidos por las leyes.

Décimonoveno antecedente

Código Postal de los Estados Unidos Mexicanos vigente desde el 1o. de enero de 1884:

Capítulo VI. Inviolabilidad de la correspondencia.

Artículo 247. La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, este libre de todo registro. La violación de esta garantía es un atentado que la ley castigará severamente.

Artículo 248.- El respeto a la inviolabilidad de la correspondencia, es el primero y mas sagrado de los deberes de todo empleado de correos en el desempeño de su cargo.

Artículo 249.- Se ataca la inviolabilidad de la correspondencia por los particulares, en los casos siguientes:

I. Por abrir voluntaria y fraudulentamente alguna pieza cerrada de la correspondencia que se confía al correo.

II. Por destruir o sustraer de alguna oficina del ramo, o valija, cualquiera de los objetos a que se refiere la fracción anterior.

Artículo 250.- Se incurre en el mismo delito por los empleados del ramo, en los casos del artículo anterior, y además:

I. Por hacer saber maliciosamente que personas mantienen entre sí relaciones por el correo.

II.- Por consentir, pudiendo impedirlo, que alguno de los delitos a que se refieren este y el anterior artículo, se cometan por otras personas.

Artículo 251.- Cualquiera particular que cometa el delito de violar la correspondencia, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión.

Artículo 252.- Si algún funcionario público o empleado cometiere el delito mencionado en el artículo anterior, lo mandare cometer o consintiere en que otro lo cometa, sufrirá la pena de dos a seis años de prisión, y si fuere federal, quedará destituido de su cargo e inhabilitado para obtener algún otro empleo de la Unión, por un término que no baje de cuatro años ni exceda de seis.

Artículo 253.- Las penas de prisión a que se refieren los artículos anteriores, se duplicarán, en caso de reincidencia.

Artículo 254.- Si la violación de una carta o pliego cerrado tuviere por objeto apropiarse alguna libranza, letra de cambio o cualquier documento contenido en la carta, pliego, o cometer algún otro delito, se observarán las reglas de acumulación.

Artículo 255.- Los empleados y agentes del correo están estrictamente obligados, hasta donde alcance la órbita de su competencia a tomar toda clase de precauciones, a fin de que sea efectiva la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia; y cualquier negligencia trascendental en este respecto, será considerada como falta grave, que se castigará con la pena desde suspensión por tres meses hasta destitución del empleo, o hasta un mes de prisión, sin perjuicio de las penas a que el empleado se haya hecho acreedor en caso de delito.

Artículo 256.- Los mismos empleados y agentes, cuando supieren que alguna persona haya cometido un atentado contra la expresada garantía, están obligados a avisarlo desde luego a su inmediato superior, o al juez respectivo, para que se persiga y castigue al delincuente. Si no cumplieren con esta obligación, se les castigará con la pena señalada en el artículo anterior.

Artículo 257.- Si el caso a que se refiere el artículo que antecede, tuviere lugar de superior a inferior entre empleados del correo, esta circunstancia se considerará como agravante para calificar la falta de los primeros, por no haber dado cuenta del atentado que su inferior o subalterno hubiere cometido en contra de la inviolabilidad.

Artículo 25.- Los empleados del correo tienen absoluta prohibición de imponerse del contenido de las tarjetas postales, y están obligados a impedir que cualquiera otra persona se imponga de dicho contenido. La infracción de estas prevenciones se castigará con la pena que se señala en el artículo 255.

Vigésimo antecedente.-

Mensaje y Proyecto de la Constitución de Venustiano Carranza, fechados en la ciudad de Querétaro el 1o. de diciembre de 1916;

Artículo 16 del Proyecto, no podrán librarse ordenes de arresto contra una persona, sino por la autoridad judicial y siempre que se haya presentado acusación en su contra por un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal, y que este, además apoyada, por declaración bajo protesta de persona digna de fe, o por otros datos que hagan probable su responsabilidad, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

Solamente en casos urgentes podrá la autoridad administrativa decretar, bajo su más estrecha responsabilidad, la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente, a disposición de la autoridad judicial.

En toda orden de cateo se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse, y los objetos que se buscan a los que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose en el acto de concluir ésta, una acta circunstancial, en presencia de los testigos que intervinieren en ella y que serán cuando menos, dos personas honorables. La autoridad administrativa podrá

practicar visitas domiciliarias, únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de la policía. También podrá la misma autoridad exigir la exhibición de libros y papeles, para comprobar que se han cumplido las disposiciones fiscales.

Antes de desarrollar el análisis del presente artículo, se transcribirá de acuerdo a las últimas reformas, a saber:

“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 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 poner al inculpado 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 indicado 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, 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.

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

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial o federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente".²⁶

Podemos dividir el estudio del artículo 16 Constitucional en dos grandes partes. La primera, de carácter general, comprende el análisis de la garantía de legalidad de los actos de autoridad que establece el párrafo primero. En la segunda se deben contemplar las condiciones específicas que los párrafos siguientes señalan para determinados actos de autoridad: la privación de la libertad por causa penal, los cateos y las visitas domiciliarias.

La exigencia de un estudio cuidadoso es ahora mayor si se toma en cuenta que sólo los párrafos primero y cuarto del artículo 16 de la Constitución provienen, con sus modificaciones, del precepto equivalente en la Constitución de 1857. Los párrafos segundo y quinto tuvieron su origen en el Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, y su texto actual, al igual que el de los párrafos tercero, sexto y séptimo, obedece a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 3 de septiembre de 1993.

Los párrafos octavo y noveno también se originaron en el Proyecto de Carranza. Por último, los párrafos décimo y decimoprimeros provienen de los artículos 25 y 26 de la Constitución de 1857 y fueron trasladados al artículo 16 con motivo de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 3 de febrero de 1983.

La diversidad de los orígenes del artículo 16 y sus modificaciones le dan un contenido poco homogéneo y dificultan su examen general; sin embargo, es posible afirmar que los derechos fundamentales que establece se dirigen a asegurar la

²⁶ LEGISLACIÓN FEDERAL, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed., 4a., México, ISEF, S.A. 1999, p. 16.

legalidad de los actos de autoridad (primer párrafo); a proteger la libertad individual (párrafos primero a séptimo); y a garantiza la inviolabilidad del domicilio (párrafos primero, octavo, noveno y decimoprimer).

El primer párrafo del artículo 16 fue aprobado tanto por el Congreso Constituyente de 1856-1857 como por el de 1916-1917, pero lamentablemente en ninguno de ellos se debatió sobre su contenido.

Este primer párrafo del artículo 16 tuvo como finalidad original la de proteger a las personas frente a actos arbitrarios de la autoridad que pudiesen efectuar su libertad, su familia, su domicilio o sus derechos, actos que se vinculaban particularmente con el derecho penal, además el texto del Proyecto de 1856 y de las aclaraciones de Arriaga, se debe tener presente que en la Constitución de 1857 este párrafo agregaba a continuación que en caso de delito in fraganti, toda persona podía aprehender al delincuente y a sus cómplices, con el deber de ponerlos sin demora a disposición de la autoridad competente. Y aquí concluía todo el artículo 16.

No obstante, que en la parte inicial del artículo 16 de la Constitución de 1917 se limita a repetir textualmente el precepto equivalente de la Constitución de 1857, su significado y alcance va a ser mucho más amplio. Por un lado, en el nuevo artículo 16 se hace una regulación específica de la privación de la libertad mediante orden judicial de aprehensión y en casos de urgencia, así como de las visitas domiciliarias, lo que trae como consecuencia, que se considere al primer párrafo como una disposición general aplicable a cualquier acto de autoridad que pueda afectar derechos de los particulares.

La Suprema Corte de Justicia, al hacer referencia al primer párrafo del artículo 16, recoge el principio de legalidad de los actos de autoridad, que constituye una de las bases fundamentales del Estado de Derecho. Este principio, como es sabido, tiene sus orígenes modernos en el pensamiento de los filósofos y juristas de la Ilustración, para quienes la ley era la expresión de la voluntad general, de la razón y de la soberanía; y por lo mismo, a ella debían sujetarse los actos de autoridad. "La ley, en general afirmaba Montesquieu-, es la razón humana en cuanto se aplica a todos los pueblos de la Tierra; y las leyes civiles y políticas de cada nación, no deben

ser otra cosa sino casos particulares en que se aplica la misma razón humana.

6.2 Las condiciones que el artículo 16 impone a los actos de autoridad

son tres:

- 1.- Que se exprese por escrito;*
- 2.- Que provenga de autoridad competente, y*
- 3.- Que en el documento escrito en el que se exprese, se funde y motive la causa legal del procedimiento.*

1.- Mandamiento escrito.-

La primera condición que debe satisfacer el acto de autoridad de molestia, es que debe contar por escrito. Es una condición esencial para que pueda haber certeza sobre la existencia del acto y para que el afectado pueda conocer con precisión de cuál autoridad proviene el acto y cuál es su contenido y las efectos jurídicos de éste. La omisión de este requisito tiene como resultado, que el afectado por el acto de autoridad sólo no esté obligado a obedecerlo, sino que, además, debe ser protegido a través del juicio de amparo, por la inconstitucionalidad manifiesta del acto.

El mandamiento escrito debe contener la firma original o autógrafa de la autoridad competente que emita el acto de molestia, por ser sólo ese tipo de firma lo que le da autenticidad al documento en el que consta el acto; por la misma razón, cuando en el documento no aparezca la firma original o autógrafa de la autoridad, o aparezca pero en facsímil, impresa o en cualquier otra forma de reproducción, no se satisface la condición de que el acto conste por escrito.

2.- Autoridad competente.

En materia penal, la Primera Sala ha afirmado que "la competencia es un presupuesto sin el cual no puede existir el proceso", lo cual es acorde con la teoría de los presupuestos procesales, el artículo 16 de nuestra Constitución subordina la

eficacia de la actuación de las autoridades, a la competencia que solamente la ley puede conferirles.

La garantía constitucional del artículo 16 no puede, en cuanto a su validez y fiel observancia, condicionarse al previo requisito de la tramitación de los procedimientos inhibitorio o declinatorio estatuidos por la legislación procesal federal penal, sin desconocer la naturaleza sustancial o material del derecho en que consiste la garantía de que se trata.

3.- Fundamentación y motivación.-

El deber de expresar los motivos de hecho y las razones de derecho que tomó en cuenta la autoridad para emitir el acto de molestia.

La motivación de los actos de autoridad es una exigencia esencial para tratar de establecer sobre bases objetivas la racionalidad y la legalidad de aquéllos; para procurar eliminar, en la medida de lo posible, la subjetividad y la arbitrariedad de las decisiones de autoridad; para permitir a los afectados impugnar los razonamientos de éstas y al órgano que debe resolver la impugnación, determinar si son o no fundados los motivos de inconformidad.

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

El párrafo primero del artículo 16 Constitucional establece los requisitos generales, (mandamiento escrito, autoridad competente y fundamentación y motivación) que deben satisfacer todos los actos de autoridad que impliquen una molestia para los particulares. Los párrafos siguientes del propio artículo 16 prevén, además, requisitos específicos que deben cumplir determinados actos de autoridad;

los actos de privación de la libertad por causa penal la orden judicial de aprehensión, la detención en flagrante delito, la detención por orden del Ministerio Público y la orden judicial de cateo), así como las visitas domiciliarias.

Se puede afirmar que a estos actos de autoridad determinados les son exigibles los requisitos generales del primer párrafo y, además los requisitos específicos contenidos en los párrafos que les son aplicables, con excepción de la detención en flagrante delito, la cual sólo se encuentra sujeta a los que disponen los párrafos cuarto y sexto.

Los requisitos que el párrafo segundo del artículo 16 establece para que pueda expedirse la orden de aprehensión son los siguientes:

Que preceda denuncia o querrela. En el texto original y en el texto reformado se exigen que preceda denuncia, acusación o querrela. aunque un sector de la doctrina ha estimado que en el texto Constitucional se emplean como sinónimos las palabras "acusación o querrela", no lo fueron históricamente. La palabra acusación tuvo y tiene un significado más amplio que el de la querrela, se explicaba que acusación era "la reclamación que se hace para que se persiga un delito y se castigue un delincuente, formando parte en dicha persecución", y se aclaraba que dentro de este concepto quedaba comprendida tanto la acusación hecha por un particular para que se persiguiera un delito privado, en el que aquél fuera ofendido (equivalente a la querrela), como la reclamación que hacía el Ministerio Fiscal o cualquier persona capaz para que se persiguiera y castigará un delito público.

*Jacinto Pallares*²⁷ *señalaba que "se llama acusación al ejercicio judicial de la acción que tiene alguien para pedir el castigo de un delito"; y que los acusadores eran "verdaderos actores en juicio criminal que deducen una acción penal".*

En sentido estricto, el artículo 16 sólo reconoce como medios de iniciación del procedimiento penal la denuncia y la querrela. Al establecer esta limitación a la denuncia y querrela, el artículo 16 está prohibiendo en forma implícita que el

²⁷ PALLARES, Jacinto Eduardo, *El Poder Judicial o Tratado Completo de la Organización, Competencia y Procedimientos de los Tribunales de la República Mexicana*, México, Imprenta de comercio de Nabor Chávez, 1874. p. 234.

procedimiento penal se inicie por algunos de los otros medios que fueron característicos del sistema inquisitorio: la delación y la pesquisa (tanto general como particular)

4.- Denuncia.-

Es el acto por medio del cual la persona, haya o no resentido los efectos del delito, hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de hechos que pueden llegar a tipificar o constituir un delito. La función del denunciante se limita a dar parte a la autoridad investigadora de la comisión de tales hechos; pero una vez presentada la denuncia, será dicha autoridad la encargada de cumplir sus funciones de averiguar y, en su caso, ejercer la acción penal, sin que la voluntad del denunciante tenga legalmente relevancia alguna para suspender ni para poner término al procedimiento iniciado o al proceso promovido.

5.- Querrela.-

Al igual que la denuncia, también consiste en hacer del conocimiento del Ministerio Público la comisión de hechos que pueden llegar a constituir algún delito; pero, a diferencia de la denuncia, sólo puede ser presentada por la persona afectada por el delito, es decir, por el ofendido (o por su representante) y debe contener la expresión de voluntad de aquel para que se sancione al o a los responsables. A diferencia del denunciante, el querellante conserva un poder dispositivo sobre la averiguación previa y el proceso penal, pues su perdón extingue la pretensión punitiva, con tal de que se conceda antes de que se pronuncie sentencia de segunda instancia y el inculpado no se oponga a su otorgamiento, Artículo 93 del Código Penal Federal, que a la letra dice:

El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse.

Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por declaratoria de perjuicio o por algún otro acto equivalente a la querrela, siendo suficiente para la extinción de la acción penal la manifestación de quien está autorizado, para ello de que el interés afectado ha sido satisfecho.

El perdón sólo beneficia al inculcado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido el legitimado para otorgarlo, hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiará a todos los inculcados y al encubridor.

El perdón del ofendido y del legitimado para otorgar en delitos de los mencionados en los dos párrafo anteriores, también extingue la ejecución de la pena, siempre y cuando se otorgue en forma indudable ante la autoridad ejecutora.²⁸

Que la denuncia o la querrela se refieran a un hecho determinado que la ley señale como delito sancionado cuando menos con pena privativa de libertad. En el texto original de la Constitución de 1917 se hablaba sólo de "hecho determinado que la ley castigue con pena corporal". En el texto reformado se precisa, por una parte, que el hecho debe ser señalado por la ley como delito (reiterando el principio de legalidad penal contenido en el artículo 14, tercer párrafo, de la Constitución), y por la otra, se sustituye la expresión "pena corporal" por la más propia de "pena privativa de libertad". La indicación "sancionado cuando menos" con esta última pena, significa que, como lo habían previsto en el propio congreso constituyente y lo ha sostenido la Suprema Corte, no podrá librarse orden de aprehensión cuando la pena sea alternativa (prisión o multa) o no privativa de libertad, pues lo que procede en estos casos es dictar una orden de comparecencia.

Que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. La reforma de 1993 aclara, por un lado, que para que se pueda dictar la orden de aprehensión no es suficiente que se acredite la probable responsabilidad del indiciado, como llegó a sostener la Suprema Corte con base en el texto original, sino que además se requiere probar el cuerpo del delito, como lo

²⁸ Op. Cit., LEGISLACIÓN FEDERAL, Código Penal Federal, p. 25.

consideró un sector de la doctrina, con la importante modificación de que sustituye precisamente la expresión "cuerpo del delito", por la de elementos que integran el tipo penal, pero con las reformas del 99 se volvió a la denominación original de cuerpo del delito.

La doctrina se había orientado por considerar que el cuerpo del delito se componía por todos los elementos que en cada caso, integran el tipo, tanto los objetivos o materiales, pero también los subjetivos y los normativos. Y esta concepción encontró fundamento en las reformas de 1983 a los códigos de procedimientos penales: "El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal.

Por último, la orden de aprehensión debe ser dictada por la autoridad judicial competente, a solicitud del Ministerio Público, por ser éste el titular de la acción penal. Como acto de autoridad que es, la orden judicial de aprehensión también debe constar en mandamiento escrito con firma autógrafa, debe ser entregada físicamente a la persona afectada, y tiene que estar debidamente fundada y motivada.

Con la reforma de 1993 se derogó el tercer párrafo de la Fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución del que se hacía derivar un plazo máximo de 24 horas para que el responsable de una aprehensión ponga al detenido a disposición del juzgador. En su lugar, se adicionó el nuevo párrafo tercero del artículo 16, que ordena a la autoridad ejecutora de una orden judicial de aprehensión poner al inculcado a disposición del juzgador, "sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad".

Se prescinde así de un plazo máximo y se establece que la autoridad ejecutora deberá poner de inmediato al inculcado a disposición del juzgador, sin más diferencia de tiempo que la que implique el traslado físico del inculcado y los trámites necesarios para formalizar esa puesta a disposición.

6.- Flagrancia.-

Con motivo de la reforma de 1993 esta parte del artículo 16 ha pasado a ser su párrafo cuarto, con algunas precisiones. En el nuevo texto se deja de emplear el verbo "aprehender" - que se reserva para la ejecución de una orden judicial de aprehensión- y en su lugar se utiliza el de "detener"; y la acción de detener ya no se refiere "al delincuente y a sus cómplices", sino "al indiciado", pues aun en inocencia, hasta que no se dicte sentencia condenatoria; asimismo, los derechos que la Constitución y los tratados internacionales otorgan al inculpado. Por último, en el nuevo texto se prevé el deber de la autoridad inmediata que reciba al indiciado, de ponerlo a disposición del Ministerio Público, también sin demora "con la misma prontitud", textualmente.

Se considera que existe flagrancia cuando el indiciado es sorprendido en el momento mismo en que está cometiendo el delito. Flagrante es participio activo del verbo flagar, que significa arder o resplandecer como fuego o llama, y no deja de aplicarse con cierta propiedad al crimen que se descubre en el mismo acto de su perpetración. Se dice que un delincuente es cogido en flagrante cuando se le sorprende en el mismo hecho, como por ejemplo: en el acto de robar o con las cosas robadas en el mismo lugar en que se ha cometido, el robo, o en el acto de asesinar o con la espada teñida en sangre en el lugar del asesinato.

En el derecho procesal penal mexicano, se distinguen tres supuestos en los que procede la detención por flagrante delito:

- 1.- La flagrancia en sentido estricto, que ocurre cuando el indiciado es sorprendido en el momento en que está cometiendo el delito;*
- 2.- La cuasiflagrancia, que se manifiesta cuando inmediatamente después de ejecutado el hecho delictuoso, el indiciado es perseguido materialmente, y*
- 3.- La presunción de flagrancia, que se actualiza cuando también inmediatamente después de cometido el delito, alguna persona señala al indiciado como responsable y se encuentra en su poder el objeto del delito, el instrumento con que aparezca cometido, huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en la*

comisión del delito (Artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales y 267 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal).

Para cuando se detenga a una persona en alguno de estos supuestos de flagrancia (en sentido amplio), el nuevo texto del párrafo sexto establece que el juzgador deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de la ley. De este modo, es el juzgador quien en definitiva debe resolver si la detención se llevó a cabo en alguno de los supuesto de flagrancia que la ley prevé.

7.- Detención por orden del Ministerio Público.-

La facultad del Ministerio Público para ordenar la detención del indicado en casos urgentes, fue introducida en los párrafos quinto, sexto y séptimo del artículo 16, con motivo de la reforma Constitucional de 1993.

En el texto original de la Constitución de 1917 también se preveía la detención en casos urgentes, pero decretada genéricamente por "la autoridad administrativa", cuando no hubiera en el lugar ninguna autoridad judicial y se tratará de delitos que se persiguen de oficio. Esta fue la parte del artículo 16 que más se discutió en el Congreso Constituyente, en el texto del Proyecto de reformas de Venustiano Carranza, se prevé que "solamente en los casos urgentes podrá la autoridad administrativa decretar, bajo su más estrecha responsabilidad, la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

Pero la Comisión de Constitución del Congreso decidió suprimir esta parte del proyecto en el primer dictamen que sometió al Congreso:

Juzgamos peligroso - afirmaba la comisión -, dar facultades a la autoridad administrativa para ordenar aprehensiones, ni aun en casos urgentes. Por otra parte, la necesidad de dejar la calificación de la urgencia del caso a la misma autoridad ejecutora, puede dar lugar a abusos frecuentes, tanto más de temerse cuanto que es fácil muchas veces eludir la responsabilidad consiguiente y cuando la experiencia ha demostrado con cuanta frecuencia han abusado las autoridades administrativas de

las facultades que se les han concedido de ordenar aprehensiones.

Otros expertos consideraron que no se justificaba esta supresión, porque entendía que la facultad que el proyecto de Carranza otorgaba a las autoridades administrativas en casos de urgencia, era necesaria para poder detener al probable responsable en el momento de la comisión del delito, como ya estaba previsto en la Constitución de 1857, "sino porque se tiene conocimiento de que el delito se ha cometido y que el delincuente, después de ocho, diez días o un mes se encuentra en un lugar y es necesaria su aprehensión inmediata, porque se teme su fuga.

El debate se entablo sobre todo con Mugica, quien defendió el dictamen afirmando que la comisión había considerado que el único caso urgente en que se podía detener sin orden judicial de aprehensión era el de delito flagrante. después de otras intervenciones y a sugerencia de varios diputados, la comisión retiró su primer dictamen, y en el segundo recogió, el texto del Proyecto de Carranza, pero como tuvo que retirarlo porque fue rechazado por el Congreso, en el tercer y último dictamen introdujo dos requisitos: que no hubiera en el lugar ninguna autoridad judicial y que se tratara de delitos que se persiguieran de oficio.

En su parte conducente, el tercer dictamen expresaba:

Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

El tercer dictamen fue aprobado sin discusión. Este fue el texto que estuvo vigente hasta el 4 de septiembre de 1993.

El texto adolecía de cuanto menos dos graves deficiencias que finalmente lo hicieron inaplicable la primera fue su vaguedad en auto a la autoridad facultada para ordenar detenciones, pues la expresión "autoridad administrativa" se podían ubicar prácticamente todas las que dependieran de los gobiernos federal, estatales y municipales; la segunda fue la condición introducida en el tercer dictamen, de que no hubiera ninguna autoridad en el lugar, que impedía que la casi totalidad de las

autoridades administrativas pudieran ordenar detenciones en casos urgentes. Para complicar más las cosas, en el texto no se indicó qué debía entenderse por "casos urgentes", pero tampoco lo hizo el legislador ordinario, que no se ocupó de reglamentar esta parte del artículo 16.

En la práctica, lamentablemente, el propósito del Constituyente de sujetar la privación de la libertad por causa penal al cumplimiento de órdenes judiciales de aprehensión, no se logró, porque los Agentes del Ministerio Público, los agentes de la Policía Judicial y otras autoridades siguieron llevando a cabo detenciones o retenciones sin dichas órdenes y la jurisprudencia de los tribunales federales consideró válidas las declaraciones de los detenidos y los demás actos procesales, no obstante la inconstitucionalidad de las detenciones.

De esta manera se vino a producir una situación exactamente contraria a la buscada por el Constituyente, que en sus debates, manifestó su más abierta oposición a las detenciones arbitrarias y para ello estableció como regla general la orden judicial de aprehensión. Pero también la práctica imponía la necesidad de determinadas detenciones, sobre todo cuando existiese temor fundado de fuga, como lo había advertido Heriberto Jara. La ausencia de regulación efectiva propició la discrecionalidad y el abuso en este tipo de detenciones.

En este sentido, resulta muy interesante el comentario que el doctor Sergio García Ramírez, formulaba sobre esta "constante antinomia entre el Derecho y la Práctica": Mientras la legislación ordena que la aprehensión se realice sólo por mandamiento de la autoridad judicial, salvo los casos de flagrancia y de urgencia (esta última de difícil concreción en la realidad), constantemente se practican capturas por disposición del Ministerio Público o al menos, por obra directa de la Policía Judicial, movidas, en numerosos casos por la necesidad de asegurar la persecución de los delitos.

Para evitar esta constante antinomia y estas arbitrariedades, García Ramírez proponía reflexionar sobre la posibilidad y necesidad de incorporar reformas en la Constitución, que permitiese al Ministerio Público disponer la detención de una persona, cuando se compruebe su participación en la comisión de un delito.

Se trataría, en todo caso – sostenía –, de una captura por breve tiempo, legalmente determinada, rodeada de garantías y sujeta, claro está, a confirmación por parte de la autoridad judicial, el Ministerio Público procedería sólo en supuestos que permitieran presumir razonablemente, que la demora derivada de un procedimiento normal de consignación y obtención de captura haría probable la sustracción del indiciado a la acción de la justicia, quedaría sujeto el Ministerio Público a la obligación perentoria de consignar al responsable dentro de las veinticuatro horas siguientes a su aprehensión.

En buena medida, la nueva regulación de los párrafos quinto, sexto y séptimo del artículo 16 responde a estas reflexiones. De acuerdo con el párrafo quinto, para que el Ministerio Público pueda ordenar la detención de una persona se requiere que se satisfagan las siguientes condiciones:

1.- Que se trate de delito grave así calificado por la ley. Los artículos 194 del Código Federal de Procedimientos Penales y 268 del Código de Procedimiento Penales para el Distrito Federal, de acuerdo con el texto de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 10 de enero de 1994, califican cuáles delitos se consideran graves para este fin. Los códigos de cada Estado deben prever que delitos del orden común son considerados graves dentro de su territorio.

2.- Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia. Este riesgo tiene que fundarse en hechos o circunstancias objetivas de las que se deduzca efectivamente que aquél existe, por lo que no podrá basarse exclusivamente en apreciaciones subjetivas de la autoridad que ordena la detención.

3.- Que por razón de la hora, lugar u otra circunstancia, el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión. Esta condición se traduce en dos requisitos: uno de carácter negativo, consistente en que por la hora, el lugar o alguna otra circunstancia que efectivamente lo justifique, exista imposibilidad para que el Ministerio ocurra ante la autoridad judicial; el segundo requisito es de carácter positivo y consiste en que el Ministerio Público, fuera de estas circunstancias, esté en condiciones efectivas de solicitar la orden judicial de aprehensión, en los términos previstos en el párrafo segundo del artículo 16.

En el nuevo texto del artículo 16 se conserva la regla general de que sólo se puede privar de la libertad por causa penal, mediante una orden judicial de aprehensión; y que frente a esta regla general, la detención en delito flagrante o por orden del Ministerio Público, son las excepciones autorizadas por dicho precepto, el carácter excepcional de la flagrancia deriva de su propia naturaleza; lo normal no es que se sorprenda al indiciado en el momento de cometer el crimen o inmediatamente después, cuando es perseguido materialmente o cuando alguien lo señala como responsable y se encuentra en su poder el objeto o los instrumentos del delito indicios que hacen presumir su intervención. Lo normal es que el autor del delito no es sorprendido in fraganti.

Pero también la orden de detención por el Ministerio Público debe tener un carácter excepcional. Ello lo confirma el simple enunciado del párrafo quinto: "Sólo en casos urgentes..." y las tres condiciones a que nos hemos referido, especialmente la tercera. Si sólo por razón de la hora, el lugar u otra circunstancia el Ministerio Público no puede acudir a la autoridad judicial a solicitar la orden de aprehensión, ello significa, sin lugar a dudas, que debe tener satisfechos los requisitos que establece el párrafo segundo del propio artículo 16 para solicitar la orden de aprehensión, particularmente los datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, pues de otra forma no tendría para que acudir a la autoridad judicial o circunstancia.

La parte final del párrafo quinto impone el deber al Ministerio Público que ordene la detención, de fundar su resolución y expresar los indicios que motiven su parecer. Los actos de autoridad regulados de manera específica en el artículo 16 quedan sujetos a los requisitos generales previstos en el párrafo primero y a los particulares que establezca el párrafo o los párrafos que se les apliquen.

En este sentido, es evidente que la orden de detención del Ministerio Público debe constar en mandamiento escrito con firma autógrafa, debe provenir de autoridad competente, debe ser entregada físicamente a la persona contra la que se dirige y tiene que estar debidamente fundada y motivada. La motivación, en este caso, comprende la valoración de las pruebas que acrediten los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

La fundamentación específica que exige la parte final del párrafo quinto se refiere primordialmente a la primera condición que el mismo párrafo establece para que se pueda dictar la orden de detención: que se trate de delito grave así calificado por la ley. Por su parte, los indicios sólo conciernen a la segunda condición específica que dicho párrafo señala: exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia. Las circunstancias de hora, lugar o alguna otra que impidan al Ministerio público acudir a la autoridad judicial a solicitar la orden de aprehensión, debe quedar plenamente acreditada en la resolución pues de otra forma quedaría al arbitrio de dicho órgano decidir si solicita la orden de aprehensión o si ordena directamente la detención.

Seguramente habría resultado más claro que el propio párrafo quinto exigiese que para que el Ministerio Público pudiera ordenar la detención de un indiciado debía contar con datos que acrediten los documentos del tipo penal y la probable responsabilidad. Pero este requisito está implícito evidentemente en la tercera condición que dicho precepto estatuye y en el carácter excepcional de la orden ministerial de detención frente a la orden judicial de aprehensión.

La orden de detención que dicte el Ministerio Público sólo se justifica cuando se cumplen las tres condiciones que exige el párrafo quinto del artículo 16, y la tercera con toda claridad supone que el Ministerio Público cuenta con todos los elementos para solicitar la orden judicial de aprehensión, pero que no puede acudir a la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otra circunstancia.

Es obvio que dentro de la expresión "cualquier otra circunstancia" sólo pueden quedar incluidas circunstancias similares a las de hora y lugar y no circunstancias tales como que no tenga acreditados el cuerpo del delito, que no exista la denuncia o la querrela. La detención por orden del Ministerio Público tiene por objeto evitar la sustracción del indiciado a la acción de la justicia cuando se satisfagan las condiciones previstas en el párrafo quinto.

Una vez ejecutada la orden de detención, el Ministerio Público tiene un plazo de cuarenta y ocho horas para consignar al detenido a la autoridad judicial o, en su defecto, para ordenar la libertad. Este plazo puede duplicarse, señala el párrafo séptimo del artículo 16, en aquellos casos que la ley prevea como

delincuencia organizada. El artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales considera como casos de delincuencia organizada, a saber:

“En los casos de delito flagrante y en casos urgentes, ningún indicado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, quien transcurrido dicho plazo, deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse respecto a los delitos a que se refiere la ley federal en materia de delincuencia organizada.”²⁹ (en los mismos términos los define el artículo 268 del Código Adjetivo para el Distrito Federal). Sin embargo, es importante cuestionarse si este plazo es suficiente para una debida y correcta integración de la averiguación previa correspondiente, que garantice un auto de formal prisión y posteriormente una sentencia condenatoria.

Es claro que desde que se inicie la detención, se deberán hacer saber al indiciado los derechos que le confiere la Constitución y los Tratados Internacionales facilitándole las condiciones para su ejercicio, particularmente de los señalados en los artículos 128 del Código Federal de Procedimientos Penales y 269 del Código del Distrito Federal, ordenamientos que se transcriben a continuación:

Artículo 128.-³⁰

“Cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público de la Federación, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

I.- Se hará constar por quien haya realizado la detención o ante quien aquél haya comparecido, el día, hora y lugar de la detención o de la comparecencia, en su caso, el nombre y cargo de quien la haya ordenado. Cuando la detención se hubiese practicado por una autoridad no dependiente del Ministerio Público, se asentará o se agregará, en su caso, la información circunstanciada suscrita por quien la haya realizado o haya recibido al detenido.

²⁹ *Ibidem*, p. 48.

³⁰ *Ibidem*, p.25.

II.- Se le hará saber la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante o querellante.

III.- Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y, particularmente en la averiguación previa lo siguiente:

a) No declarar si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido por su defensor.

b) Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;

c) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación;

d) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación, para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el expediente de la averiguación previa;

e) Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca y que se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediéndosele el tiempo necesario para ello, siempre que no se traduzca en entorpecimiento de la averiguación y las personas cuyos testimonio ofrezca se encuentren en el lugar donde aquélla se lleva a cabo. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculcado o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas; y

f) Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución y en los términos del párrafo segundo del artículo 135 de este Código.

Para efectos de los incisos b) y c) se le permitirá al indiciado comunicarse con las personas que él solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de comunicación del que se pueda disponer, o personalmente si ellas se hallaren

presentes.

De la información al inculpado sobre los derechos antes mencionados, se dejará constancia en las actuaciones.

IV.- Cuando el detenido fuere un indígena o extranjero, que no hable o entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Si se tratare de un extranjero, la detención se comunicará de inmediato a la representación Diplomática o Consular que corresponda; y

V.- En todo caso se mantendrán separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de detención o reclusión.

Artículo 269.-³¹

“Cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público de la Federación, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

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

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

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

³¹ *Ibid.*, p. 25.

- a) *No declarar si así lo desea,*
 - b) *Que deba tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;*
 - c) *Ser asistido por un defensor cuando declare;*
 - d) *Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación, y éste tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera;*
 - e) *Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación previa, para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el acta de averiguación previa;*
 - f) *Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca, las cuales se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediendo el tiempo necesario para su desahogo, siempre que no se traduzca en dilación de la averiguación previa y las personas cuyos testimonio ofrezca se encuentren presentes en la oficina del Ministerio Público.*
- Quando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculpado y su defensor, el juzgador resolverá en su oportunidad, sobre la admisión y práctica de las mismas; y*
- g) *Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución Federal, y en los términos del artículo 556 de este Código.*

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

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

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

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

8.- Orden judicial de cateo

En el proyecto de Reformas de Venustiano Carranza se contemplaba la necesidad de precisar en la órdenes de cateo el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debía limitarse la diligencia; al concluir ésta, debía levantarse acta circunstanciada, en presencia de los testigos que intervinieran en ella, que serían cuando menos dos personas honorables.

La Comisión de la Constitución en su primer dictamen estimo necesario regular las órdenes de cateo. "Sin duda que las disposiciones que contiene el artículo -afirmaba-, en lo relativo a la práctica de los cateos, pueden estimarse como reglamentarias; pero creemos muy cuerdo establecerlas, porque en la práctica de esas diligencias se han cometido casi siempre no sólo abusos, sino verdaderos atropellos, que importa evitar en lo sucesivo, fijando las reglas esenciales a las que deberán sujetarse en esta materia las legislaciones locales.

Sin embargo, introdujo dos modificaciones fundamentales: la primera reservó de manera expresa a la autoridad judicial, la facultad de expedir órdenes de cateo; y la segunda, la de que los dos testigos ante los cuales se debía practicar la diligencia, debían ser propuestos por el dueño del lugar cateado. El diputado Recio explicó al

Congreso la finalidad de esta segunda modificación.

Por eso la comisión ha creído pertinente que sea el propietario de la casa cateada quien proporcione a los testigos, porque seguramente se fijará en las personas de más confianza para él y estos individuos no se prestarán gustoso a firmar una acta levantada al capricho de la autoridad que verifique el cateo, sino que sólo pondrán su firma en lo que verdaderamente les conste. Con esto se evitarán bastantes abusos y muchos atropellos.

En el segundo dictamen la Comisión de Constitución se refirió a la primera modificación, de la siguiente manera: "... nos parece oportuno reconocer terminantemente la inviolabilidad del domicilio, dejando a salvo el derecho de la autoridad judicial para practicar cateos, mediante los requisitos que la propia asamblea ha aceptado como necesarios, para librar así a los particulares de los abusos que suelen cometerse en la práctica de tales diligencias."

El texto que aprobó el Congreso Constituyente de 1916-1917 es el que se encuentra vigente y corresponde al párrafo octavo del artículo 16.

Es evidente que para que la autoridad judicial expida una orden de cateo que implique la aprehensión de una persona, deberá verificar que se encuentren satisfechos los requisitos establecidos en el párrafo segundo del mismo artículo 16.

9.- Visitas domiciliarias.-

En el proyecto de Reformas de Venustiano Carranza se facultaba a la autoridad administrativa para practicar visitas domiciliarias con la finalidad de cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y agregaba que dicha autoridad también podía exigir la exhibición de libros y papeles, para comprobar que se han cumplido las disposiciones fiscales.

En los debates, el diputado Mercado solicitó que se precisará que las visitas sólo podrían practicarse "cuando la ley lo ordene y, además, que (las autoridades) no

puedan exigir más papales que aquellos que tienen exacta relación con el objeto de la visita". En atención a esta observación, en el tercer dictamen de la comisión de Constitución se agregó al texto del proyecto, que la autoridad administrativa debía sujetarse "en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos". Esta parte del artículo 16 se conserva vigente y corresponde al actual párrafo noveno de dicho precepto.

La materia sobre la que puede recaer la visita domiciliaria no se limita a la verificación del cumplimiento de los reglamentos sanitarios y de policía, entendida esta última como vigilancia de orden público, y de las leyes fiscales. La Suprema Corte de Justicia ha sostenido que este párrafo se refiere a reglamentos de policía en sentido amplio y que los mismos abarcan "todas aquellas disposiciones dictadas con el objeto de que las autoridades administrativas vigilen la conducta de los particulares, a fin de que ésta se ajuste a las normas legales de orden público y de obediencia obligatoria, previniendo, en tal forma, la alteración de dicho orden..."

Por otro lado, la segunda Sala de la Suprema Corte ha establecido que, para que una orden de visita domiciliaria cumpla con lo dispuesto por el artículo 16, debe reunir los siguientes requisitos:

- 1.- Constar en mandamiento escrito;*
- 2.- Ser emitida por autoridad competente;*
- 3.- Expresar el nombre de la persona respecto de la cual se ordena y el lugar que ha de inspeccionarse;*
- 4.- Precisar el objeto que persiga la visita, y*
- 5.- Llenar los demás requisitos que fijen las leyes de la materia.*

En relación con el cuarto requisito, la propia Segunda Sala de la Suprema Corte ha considerado que cuando se trata de órdenes de visita que tengan por objeto verificar el cumplimiento de las obligaciones fiscales, aquellas deben expresar por su nombre los impuestos cuyo cumplimiento las autoridades fiscales pretenden verificar, pues ello permitirá que la persona visitada conozca cabalmente las obligaciones a su cargo que se van a revisar y que los visitadores se ajusten estrictamente a los renglones establecidos en la orden.

En cuanto a la práctica de las visitas domiciliarias, la Suprema Corte ha estimado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 16, los visitadores deben identificarse con su credencial vigente y que en el acta se deben asentar todos los datos necesarios que permitan una plena seguridad de que el visitado se encuentra ante personas que efectivamente representan a la autoridad que ordena la visita, incluyendo la fecha de las credenciales y el nombre de quien las expide.

Además de todos los datos relativos a la personalidad de los visitadores y su representación; que se entregue al visitado el mandamiento escrito que contenga la orden de visita, para que conozca pormenorizadamente su contenido y lo pueda confrontar con las disposiciones aplicables, a fin de preparar una adecuada defensa; que las visitas domiciliarias deben verificarse única y exclusivamente en el domicilio del visitado y la función del visitador debe limitarse a inspeccionar los papeles y libros, sin poder sustraerlos del domicilio en que se actúa, y en fin, que para que las actas de las visitas domiciliarias tengan validez y eficacia probatoria en juicio, deben haber sido levantadas en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar, en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

II.- Propuesta de ampliación del término del ejercicio de la acción penal

a) Problemática en la integración de la averiguación previa

¿Cuáles son las diligencias intempestivas que se practican en la Averiguación Previa?

Iniciamos con ésta interrogante para reflexionar el actuar del:

- Ministerio Público ya sea del fuero común o federal*
- Indiciado y su abogado defensor*
- Víctima u ofendido*

En relación a la Representación Social de cualquiera de los fueros se presentan las situaciones siguientes:

- Hoy por hoy se ha presentado en nuestro país un incremento demográfico, así como un fenómeno que atañe la economía de la sociedad en general, el desempleo, factores que han propiciado el aumento de la incidencia delictiva, ocasionando con ello una inseguridad pública; anteriormente se robaba por hambre, (robo famélico), actualmente el delincuente va más allá que el apropiarse de la cosa ajena, incluso hasta privar de la vida con la finalidad de lograr su cometido, y poder robar pertenencias de la víctima con el objeto, de compartirlo con la Representación Social, y obtener de inmediato su libertad para volver a delinquir.*
- En este sentido, las Agencias Investigadoras tienen una carga de trabajo muy grande, consecuentemente, un exceso de víctimas u ofendidos que quieren presentar denuncias o querellas; pero debido al tiempo perdido en dichas Agencias deciden retirarse y no interponer denuncia alguna, por ende, menos trabajo para el Ministerio Público y mejor cuando no hay personas detenidas, puesto que no es negocio, se puede decir que el trabajo no es bien remunerado.*

- *Por otro lado, las sociedades contemporáneas, incluida la nuestra, se transforman de manera constante y vertiginosa como consecuencia de una serie de factores económicos, sociales y culturales mal encaminados, los cuales desafortunadamente, traen consigo desequilibrios generando actos delictivos, en ocasiones impunes por el ejercicio indebido de quienes tienen la responsabilidad de procurar justicia en sus distintos niveles de autoridad o por la acción eficaz de organizaciones criminales.*

En este contexto, las Procuradurías, como Representante Social y del Estado Mexicano están obligadas a promover la Constitucionalidad y Legalidad, así como a redoblar esfuerzos para contribuir, de manera cada vez más significativa, al logro de los grandes propósitos nacionales, como son: consolidar un Estado de Derecho que garantice una paz social justa y democrática.

Esta obligación interpreta las legítimas demandas de la ciudadanía, las cuales deben atenderse mediante un desempeño eficiente y honesto de los servidores públicos. Para ello resulta indispensable la profesionalización de éstos llevar su sentido de pertenencia, garantizar su estricta observancia de la normatividad vigente y su actuación inspirada en valores éticos a toda prueba.

- *Respecto al indiciado y su abogado defensor, su finalidad es obtener la libertad del indiciado, ¿como se logra? con un soborno (billete), incluso hay Agencias Investigadoras que tienen tarifas por delito para cubrir su respectiva caución (mitad para el Ministerio Público y mitad para que conste mediante billete de depósito en la indagatoria), y posteriormente el indiciado pueda obtener su libertad y felizmente salir de esas galeras, para volver a delinquir.*

"Imposible" recibir pruebas al indiciado a través de su abogado defensor o persona de su confianza, es demasiado trabajo que tiene la Representación Social, para admitirlas además, únicamente tiene 48 horas para resolver si ejercita o no acción penal, es más lógico encontrar una solución breve, sencilla y negociar con la víctima, para que ninguna de las partes tenga problema alguno.

En este sentido, y si se analizan las averiguaciones previas existentes en algunas Agencias Investigadoras, podríamos hacer una interrogante:

¿En cuántas indagatorias se admiten pruebas al indiciado?; queremos pensar que no es difícil dar contestación a ésta interrogante, en virtud, que en la mayoría de los casos las pruebas no son admitidas, argumentado el Ministerio Público, que las pueden presentar, pero ante el Órgano Jurisdiccional, ó en su caso, "el indiciado ya esta confeso, cual es el objeto de presentar las pruebas".

Respuestas, que implican únicamente la falta de profesionalización y ética de los servidores públicos encargados de la procuración de justicia.

- *Finalmente, la víctima u ofendido, tras horas y horas de espera y al no obtener ninguna información concreta, tiempo después el Ministerio Público platica en privado con abogado y su persona de confianza del indiciado, con la finalidad de agilizar el trámite a través de actos de corrupción, prometiendo al indiciado su inmediata libertad.*

Por lo anterior, se puede señalar que la Representación Social del fuero común o federal, no práctica las diligencias necesarias e idóneas, para la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, factores jurídicos que son del total interés y obligación del Ministerio Público o Representación Social, tomar en consideración para que realice una correcta integración de la averiguación previa.

Sin embargo, únicamente piensa en que sólo tiene 48 horas para resolver si ejercita o no acción penal. Lo que se considera, tiempo insuficiente para llevar a cabo un trabajo digno y profesional, que permita una vez radicada la averiguación ante el Órgano Jurisdiccional que éste dicte un auto de formal prisión, como una buena calificación a su labor desempeñada y no dictar un auto de libertad con las reservas de ley, ocasionando que por una integración de la averiguación previa mal elaborada, se incremente de manera desmesurada el índice de delincuentes en libertad, lo que ocasiona una inseguridad nacional y pública en nuestro país.

Por las razones antes mencionadas es conveniente la ampliación del termino que tiene el Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal en delito flagrante, lo que permitirá una total garantía de seguridad jurídica en su actuación.

6) Ética y Profesionalismo

La palabra ética proviene del griego Ethos que significa morada, lugar donde se habita, noción que los griegos interpretaba como la raíz de la que brotan los actos humanos a través del hábito.

Tradicionalmente se ha entendido a la ética como la ciencia de la conducta, de los medios y del fin al que debe dirigirse la conducta de los hombres. Ambos conceptos tienen como factor común la búsqueda del bien, el cual varía según los individuos y las épocas y está en relación de lo que es bueno o lo que es malo para el hombre,

Por lo tanto, el único criterio de valor ético es el bienestar del hombre, pero no como ente aislado, porque el hombre encuentra su felicidad y la realización plena de sus facultades únicamente en su relación y solidaridad con sus semejantes.

Para Savater³², la ética es el arte de vivir, como proyecto razonable para armonizar las exigencias sociales de la libertad, como conciencia de la autonomía responsable, como reflexión crítica sobre los valores institucionalizados. Negar la ética equivaldría a negarnos como sujetos civilizados.

A diferencia de la conducta moral, que tiene su fundamento en el plano de los hechos, la ética se encuentra en el plano del derecho.

Los tres principios básicos, reconocidos en la lectura ética, son: el respeto a las personas, la beneficencia y la justicia. Estos tres supuestos asumen la igualdad de los seres humanos en cuanto tales y, por lo tanto, la necesidad de la no discriminación de algunos por el beneficio buscado para otros; además proponen la búsqueda social de beneficio para el mayor número posible de personas y el reconocimiento de la autonomía de los individuos, así como el apoyo a los que por alguna razón (incapacidad o falta de acceso a condiciones mínimas básicas) tienen menos autonomía.

³² Savater F. *El contenido de la Felicidad*. México: FCE, 1991; p. 466.

Ello sería llevando a la práctica el respeto a la dignidad de la persona en aquello que le es propio como ser humano y, en ese sentido, son relevantes las propuestas de la lógica de los derechos humanos, entendidos como los que tiene cada persona por el simple hecho de serlo.

Creemos que la combinación de esos principios con las áreas temáticas consideradas como necesidades básicas del ser humano, para su desarrollo en cuanto tal, pueden crear una matriz de gran riqueza para la construcción y revisión de las "reglas del juego y la convivencia social" y, en particular, para la población que ha permanecido más vulnerable en nuestra sociedad: las mujeres y los niños.

Por lo que respecta, a la ética profesional, se puede argumentar que todo profesionalista al recibir el patrimonio cultural y científico de la humanidad, asume una responsabilidad correspondiente que no debe estar condicionada a la moda, intereses personales, clasistas, étnicos, industriales o de cualquier otro tipo.

En este sentido, la ética profesional reside en los valores que un grupo de personas con la misma actividad detentan. Estos valores pueden ser el apego a la ley, la salud o cualquier otra cosa que evoque el bienestar humano en su totalidad, incluyendo el mejoramiento económico.

En relación al profesionalismo y algunos temas de ética, en el ámbito federal existe un Código de Ética Profesional para los Agentes del Ministerio Público de la Federación, mismo, que contempla en su artículo 2o. lo siguiente:

I.- Velar por el respeto permanente de los Derechos Humanos.

II.- Salvaguardar las huellas o vestigios del delito y la asistencia a las víctimas de los delitos.

III.- Aplicar estrictamente la ley, sin hacer discriminación alguna por razones de raza, sexo, religión, edad, apariencia; condición social, militancia política, sin perjuicio de otorgar los beneficios que la propia ley prevé para los grupos que lo requieran;

IV.- Hacer del conocimientos de sus superiores, de manera inmediata, cualquiera violación a los derechos humanos.

V.- Dar trato cortés y digno al público y a los detenidos, vigilando que en caso necesario, se les proporcione asistencia médica.

De igual manera, se cuenta con el Código de Conducta y Mística Institucional de la Procuraduría General de la República, la cual en su presentación señala.

Los valores institucionales se precisaron básicamente a partir de la Constitución de 1917. El espíritu de los mismos se puede apreciar en los brillantes conceptos expresados por el Lic. Emilio Portes Gil cuando ejerció el cargo de Procurador General de la República:

"Para los Gobiernos emanados de la Revolución el Ministerio Público es y debe ser, por definición una institución de buena fe y hasta de equidad, cuando sea preciso, entender ésta como complemento y realización de la justicia".

El presente Código define la Mística Institucional a través de un conjunto de normas de ética y conducta, que deberán ser observadas por todos los servidores públicos de la institución como son:

Legalidad y Respeto.- Consistente en que el personal de la Procuraduría deberá salvaguardar la Ley con un desempeño honrado e imparcial, apegándose en sus actos integralmente al Pacto Federal y el ejercicio de sus funciones se condicionará por el respeto, es decir por el reconocimiento de la dignidad de los individuos, independientemente de la situación jurídica que se encuentren.

Lealtad.- Entendiéndose como el sentimiento de adhesión a la Institución, dicho sentimiento debe llevar consigo el deseo de actuar en favor de sus estrategias y a programas, implicando la consagración voluntaria a la misión, objetivos y principios de la Institución.

Honestidad.- El servidor público debe tener un cumplimiento decoroso, claro y decente de las tareas que tenga encomendadas, por tanto, es su obligación evitar beneficios derivados del ejercicio de sus funciones, para el mismo o para otra persona con la que tenga relación directa.

Honor.- Con la conciencia del deber que tiene de proteger los intereses de la sociedad, quienes integran la Procuraduría, orgullosos de trabajar ante todo en beneficio de la colectividad sobre aspectos tan importantes como la vigilancia de la constitucionalidad, la aplicación correcta de las leyes, la preservación del orden público y la custodia de los más altos valores e intereses de la sociedad, están obligados a cultivar la virtud del "bien hacer" y a forjar su buena reputación y credibilidad ante la ciudadanía.

Conciencia de Estado y Patriotismo.- El amor a la patria es fundamental en la cohesión y defensa de pueblo y gobierno. La unidad en la diversidad y la vigencia del proyecto de nación que deseamos los mexicanos, en gran medida serán posibles si los servidores públicos inspiran sus acciones en este principio esencial.

Valor.- Los servidores de la Institución deben demostrar que el valor es parte de su formación individual y profesional, mismo que deberá estar basado en su disciplina y en sus conocimientos técnicos y académicos, pero sobre todo en el respeto a los derechos humanos.

Del compromiso y la responsabilidad.- El comportamiento del personal de la Procuraduría, tanto en su vida profesional como en la particular, debe ser congruente con los principios y objetivos de esta Institución, involucrándose con ellos y cumpliendo de la mejor manera posible con las tareas que le sean encomendadas.

Del principio de Autoridad, Disciplina y Discreción.-

Autoridad.- Un sistema de jerarquías respetado y un eficiente control ejercido por los superiores son necesarios para el éxito de la institución. El personal de la Procuraduría, al sujetarse a los niveles de autoridad y líneas de mando, garantizará una buena coordinación y la obtención de resultados adecuados en la ejecución de las adversas tareas asignadas, conforme a su competencia y atribuciones legales.

Disciplina.- El acatamiento de los principios y norma de la Procuraduría por parte de sus integrantes es base fundamental para su buen funcionamiento.

Discreción.- Por la naturaleza de las funciones que se desarrollan en la Procuraduría, sus integrantes tienen acceso a información que, manejada inadecuadamente, por su importancia y privacidad puede redundar en perjuicio de las Instituciones Nacionales, de la Procuraduría, de terceros e incluso de la propia seguridad personal de quien por ligereza, circunstancias particulares o mala fe, así lo hiciera. Al respecto la Procuraduría exigirá total reserva a su personal en todos los niveles, prohibiéndose comunicar, propalar o permitir que personas no autorizadas tengan acceso a todo aquello de lo que se tiene conocimiento por razón de las actividades profesionales.

De la Solidaridad de Grupo y Sensibilidad.-

Solidaridad de Grupo.- Cada elemento de la Procuraduría, en lo particular, debe reconocer que es parte del sistema nacional de procuración de justicia y que su cooperación constante y decidida con los demás integrantes de la misma permitirá cumplir los altos objetivos institucionales, para beneficio de la sociedad.

Sensibilidad.- Implica una capacidad de juicio y valoración de las actitudes ajenas con el fin de lograr su mayor comprensión y disponer de elementos suficientes para dirigir sus acciones con tolerancia y decisión.

De la Justicia, Imparcialidad y Neutralidad.-

Justicia.- Todos los actos del personal adscrito a la Procuraduría deberán realizarse con apego al Derecho, otorgando a cada quien lo que en equidad y razón le corresponde y evitando actos discriminatorios o preferenciales por motivos contrarios a la Ley.

Imparcialidad y Neutralidad.- Los servidores públicos de la Procuraduría deberán conducirse con rectitud, sin favoritismos hacia unos en perjuicio de otros. De esta manera podrán responder a la confianza que la sociedad deposita en ellos.

Del Profesionalismo y el actuar con Mesura y Pulcritud.-

Profesionalismo.- Un verdadero profesionalismo implica la voluntad permanente de superación personal, el anhelo inquebrantable de servicio y el deseo constante por cumplir lo mejor posible las tareas asignadas apegándose a criterios éticos y técnicos. Así, los nuevos conocimientos tendrán un sentido congruente con los grandes propósitos de la Institución.

Mesura.- Ningún miembro de la Procuraduría podrá rebasar sus atribuciones, más aún, el hecho de que existan jerarquías no significa la imposición de un nivel sobre otro sin reconocimiento de los límites de autoridad. Toda facultad encontrará en la Ley su fundamento, especificación y alcance; la utilización del principio de autoridad, fuera de las esferas señaladas por ésta constituye un exceso y uso desviado de poder.

Pulcritud.- El cuidado y decoro que se solicita a los integrantes de la Procuraduría se refiere no sólo a su apariencia física, sino a todas sus manifestaciones de conducta personal como la presentación y elaboración de documentos, trato con los compañeros, uso del lenguaje y, en general, en cada una de las actividades que realice de acuerdo a su función.

De la Confianza y Uso de la fuerza.-

Confianza.- La Procuraduría como depositaria de la confianza de la sociedad confía a su vez en que su personal desarrolle su empleo, cargo o comisión, acatando la Ley y respetando en todo momento los derechos humanos.

Uso de la Fuerza.- La fuerza sólo puede ser empleada en los casos que la Ley estrictamente marque, de no ser así se violenta la procuración de justicia y se pone en peligro la preservación de los derechos humanos.

Del Uso de los Instrumentos de Trabajo.- El personal de la Procuraduría deberá tener el cuidado necesario con las instalaciones, equipo, instrumentos y demás recursos de trabajo que le sean asignados, sin distraerlos para fines particulares o incongruentes con los propósitos de la misma.

En atención a los apuntamientos señalados, los servidores públicos de la Procuraduría General de la República, así como de cualquier otra institución gubernamental y no gubernamental estamos obligados a dar cabal cumplimiento a los citados principios, considerando que la mayoría de ellos son inherentes al ser humano, es decir son adquiridos en el núcleo familiar, consecuentemente, el ponerlos a la práctica no es tarea difícil y si muy fructífera para nuestra sociedad.

Por último, se considera relevante mencionar el pensamiento de un gran filósofo judío de la Edad Media, médico cordobés, discípulo intelectual de Séneca.

La oración de Maimónides, mismo pensamiento que fue invocado por el Dr. Ignacio Galindo Garfias en una ponencia sobre responsabilidad profesional, que incluye aspectos filosóficos, jurídicos y médicos, que a la letra dice:

Señor llena mi alma de amor por el arte y por todas las criaturas, Aparta de mí la tentación de que la sed de lucro y la búsqueda de la gloria me influencien en el ejercicio de mi profesión. Sostén la fuerza de mi corazón para que este siempre

dispuesto a servir al pobre y al rico, al amigo y al enemigo, al justo y al injusto.

Haz que no vea más que al hombre en aquel que sufre.

Haz que mi espíritu permanezca claro en toda circunstancia; pues grande y sublime es la ciencia que tiene por objeto conservar la salud y la vida de todas las criaturas.

Haz que mis enfermos tengan confianza en mí y en mi arte, que sigan mis consejos y prescripciones. Aleja de sus lechos a los charlatanes, al ejército de parientes con sus mil consejos y a los vigilantes que siempre lo saben todo; es una casta peligrosa, que hace fracasar por vanidad las mejores intenciones.

Concédeme, Dios mío, indulgencia y paciencia con los enfermos obstinados y groseros. Haz que sea moderado en todo, pero insaciable en mi amor por la ciencia. Aleja de mí la idea de que lo puedo todo. Dame la fuerza, la voluntad y la oportunidad de ampliar cada vez más mis conocimientos, a fin de que pueda procurar mayores beneficios a quienes sufren.

c) Corrupción

La corrupción es un fenómeno complejo que se presenta en todos los sectores sociales y surge cuando existe falta de transparencia, excesiva libertad en la toma de decisiones desconocimiento de los derechos ciudadanos, diferencias de opinión entre la población sobre el concepto de la corrupción, y la falta de control de los servidores públicos, de una legislación adecuada y de constantes reformas infructuosas a diversos ordenamientos jurídicos.

Asimismo, la corrupción no tiene nacionalidad ni fronteras y afecta a todos los países por la creciente Globalización de las economías, constituye el peor de los males de la gestión pública, ya que quebranta el principio de legalidad, es un desvalor que destruye la convivencia en la sociedad. El principal costo político de la corrupción no es la pérdida del poder, sino la pobreza, desempleo, subdesarrollo e inestabilidad social y política, a la cual los políticos corruptos, someten y condenan sus pueblos.

Algunos de los factores sociales y económicos de la corrupción son la injusta distribución del ingreso, bajos salarios, prácticas comerciales de algunas transnacionales de crédito, así como por aspectos históricos y culturales, que han heredado sistemas legales administrativos complejos. Otros factores que la fomentan, son la individualidad del hombre, la pérdida de principios morales en la sociedad, la sobrerregulación, la burocratización, la centralización absoluta, el desempleo .

En la VI Conferencia Internacional Anticorrupción ³³ efectuada en Cancún, Quintana Roo, del 22 al 25 de noviembre de 1993, se propusieron siete principios que deberían ser de aceptación general y servir de guía para desarrollar y redefinir la estrategia según las circunstancias de cada país. Estos principios básicos son :

Primero.- El combate a la corrupción debe ser prioridad del gobierno.

³³ SECRETARÍA, de la Contraloría General de la Federación, VI Conferencia, Nacional Anticorrupción, 1993, Cancún, México, LACC, Tomo I, p. 710.

Segundo.- Asignar fondos y personal suficiente a los órganos responsables del combate a la corrupción.

Tercero.- Involucrar otras estructuras y grupos de la sociedad en el combate a la corrupción.

Cuarto.- Revelar lo que es la corrupción, su costo y darlo a conocer a la sociedad.

Quinto.- Mejorar la integridad y probidad en todos los ámbitos gubernamentales a largo plazo llevando al cabo un trabajo preventivo y de investigación.

Sexto.- Dar mayor énfasis a la transparencia en las relaciones de negocios del gobierno con el sector privado.

Séptimo.- Se requiere que el liderazgo político esté sinceramente comprometido con la erradicación de la corrupción, se otorguen salarios altos a los servidores públicos y a los dirigentes políticos.

De igual manera, se llegaron a las conclusiones siguientes:

Corresponde a los gobiernos, reafirmar y continuar preservando el liderazgo moral que su alta responsabilidad les reclama, asegurando la conciliación plena e indiscutible entre los actos de la autoridad, la vigencia de los principios éticos y el respeto a los derechos que fundamentan la paz social.

La complejidad y alcance del fenómeno delictivo; su capacidad de reproducirse y penetrar cualquier punto de la trama social, la multiplicidad de facetas en que se manifiesta y su facilidad para abrirse paso ante los obstáculos, rebasan la posibilidad de las administraciones públicas para hacerle frente y hacen imposible aspirar a soluciones definitivas si no se incorporan todos los componentes del Estado.

Hay por tanto, una convicción clara y manifiesta de que esta defensa de la legalidad debe ser tarea compartida por pueblos y gobiernos. La realidad está demostrando el enorme potencial de la sociedad para asumir de manera responsable y

activa un papel preponderante para confrontar prácticas impermisibles, haciendo de la denuncia una de las principales armas.

Igualmente, importante es la lucha que se desarrolla desde diversos ámbitos de la acción civil, contra las desviaciones de la ley y el atropello de las garantías que protegen a cada individuo, a la que se están sumando cada vez más ciudadanos y organismos en numerosos lugares del mundo.

Ha surgido también en el ánimo de la reunión, la urgencia de revitalizar los mecanismos internacionales de cooperación y colaboración para hacer frente a la corrupción, a fin de evitar que las diferencias entre nuestros países abran cauces a la impunidad, u obstaculicen la atención oportuna y eficaz de las conductas delictivas.

Prevenir el delito es una de las tareas fundamentales de la procuración de justicia nacional. Evitar que se cometan asaltos, violaciones, ataques a los bienes y las garantías de los ciudadanos reviste importancia como una estrategia básica en la que los cuerpos policíacos, así como la sociedad, deben colaborar para disminuir las incidencias delictivas que la mayoría de las veces, ocurren porque no se toman las mínimas precauciones.

Si los ciudadanos se indignan ante los agravios cometidos por delincuentes comunes o por el crimen organizado, mas indignación causa que servidores públicos traicionen la confianza que se les ha encomendado. Este tipo de delitos, que podemos englobar en el concepto de corrupción, son los que tienen que prevenir los órganos de control interno de las dependencias públicas, esta imagen de la administración pública, lesiona la dignidad de miles de servidores públicos que realizan un trabajo eficiente y honesto. Se debe evitar que la sociedad opte por distanciarse de las instituciones de seguridad pública al percibir el incremento de la inseguridad, su relación con ineficiencias así como, desviaciones, lo que refleja su desconfianza y temor.

En este contexto, las Instituciones Federales y Estatales a las que la sociedad mexicana les ha encomendado preservar la seguridad pública, están obligadas a redoblar esfuerzos para contribuir de manera cada vez más significativa al logro de los grandes propósitos nacionales en defensa de la paz social a fin de

consolidar nuestro Estado de Derecho, de prevenir y combatir la impunidad.

Esta obligación interpreta las legítimas demandas de la ciudadanía, las que deben atenderse mediante un desempeño eficiente y una conducta honesta de parte de los servidores públicos. Para ello, resulta indispensable la profesionalización, elevar el sentido de pertenencia, garantizar la estricta observancia de la normatividad vigente, así como la actuación basada en valores éticos y morales.

En la actualidad se habla de la famosa profesionalización, la cual ha penetrado en diversas Instituciones, Federales, Estatales y Municipales, pero hablar y llevarlo a la práctica son polos completamente opuestos, en virtud que es un factor común, el tratar con servidores públicos que siempre tienen un precio, lo que conlleva a una utopía, el afirmar la existencia de una completa profesionalización.

Sin embargo, existen opiniones optimistas, como la de Alfredo González Becerra quien señala:

La corrupción si tiene remedio, el Estado debe estar cabalmente al servicio de la sociedad, y las buenas leyes respetadas y cumplidas constituyen un sistema para medir la capacidad de vida sana, madura y responsable en una nación.

¿Qué hemos hecho cuando desempeñamos un cargo público? ¿Qué clase de patria estamos haciendo cuando esperamos que el gobierno arregle los problemas? La distancia entre la realidad y la legalidad es el espacio permitido para la corrupción, esto es, para negar el Estado de Derecho que todos decimos querer y que no hacemos, porque las leyes no se cumplen, porque no bastan, porque son antiguas, ni cómodas, ni económicas ...Pero de muchas maneras no hemos querido hacernos responsables de ello.

Evolucionar de un Estado benefactor hacia un Estado promotor de valores sociales. En los últimos doscientos años han existido dos motivos fundamentales de Estado; el Estado liberal clásico y el Estado social benefactor.

A la par de ello se han dado movimientos de la democracia directa hacia la democracia representativa y de ésta a la democracia participativa, considerando que la democracia constituye, hoy por hoy, el método menos imperfecto para determinar las reglas básicas que establece quien está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimiento.

En tanto que el Estado liberal se ha caracterizado por la visión individualista de la sociedad y el juego libre de las élites, grupos e individuos; el Estado Social se distingue por una mayor intervención del poder público en la economía y por la planeación central y vertical de la dinámica social. Hagamos un trazo rápido, general y exagerado del Estado benefactor en muchos sentidos el nuestro ha sido un Estado omnipotente y dadivoso, paternalista, piramidal, populista, central, filántropo, prepotente y protector. Ha sido un Estado en el que los funcionarios han manejado el patrimonio público como si fuera privado, donde se han guardado las lealtades más al jefe que a las instituciones, donde los representantes de las autoridades se han comportado como si tuvieran la gentileza de gobernar y como si hicieran el gran favor de tomarse la molestia y la lata, que esta inconforme y es ingrata, que es desobediente y murmuradora.

En ese modelo de Estado es lógica y fácil la corrupción, pues la ley es disfraz y fachada y no vida cotidiana, en este caso existe una sociedad que permanece de brazos cruzados o con las manos extendidas ante un poder público que reparte peces, panes, hace y deshace, y donde el entramado de las leyes obedece a la visión individualista de la sociedad con una concepción del derecho protectora o represiva de los individuos o grupos que forman la comunidad, pero de una manera desarticulada, dispersa y parcial que subordina los valores sociales a los intereses de las élites.

En este punto caben dos reflexiones cruciales: una ¿cuál sería el papel de las leyes en una nueva configuración del estado promotor de valores sociales? dos, ¿en qué medida la corrupción ha sido una coartada para eludir la responsabilidad moral de ser una sociedad libre y desarrollada?.

La legalidad como la expresión de la vitalidad de un país.

Hemos dicho anteriormente que las leyes constituyen un sistema para medir la capacidad de vida sana, madura y responsable en una nación, con atributos de justicia, certidumbre, comodidad y economía. En estas condiciones, dentro de un modelo de Estado promotor de valores sociales, las leyes pueden jugar nuevas funciones, la orientación social, la solución pacífica de conflictos y la legitimación del poder.

El enfoque promocional del Estado permitiría una mayor riqueza de visión y sentido para el desahogo de las funciones públicas puesto que descansa en la corresponsabilidad y en la participación activa de los involucrados. El carácter promotor del Estado pondría en perspectiva la vida social y no simplemente en los dos planos del poder de imperio estatal y la obediencia de los gobernados. En este caso, las autoridades jugarían un papel de animación en lugar de la imposición del rumbo y el ritmo del tiempo de acciones comunitarias.

Si de lo que se trata es de romper las espirales de la pobreza y los círculos viciosos de la corrupción, las leyes constituyen las armas más poderosas y eficaces para replantear las nuevas normas, valores, recompensas y sistemas de medición en los, también nuevos, contratos sociales y naturales para la sobrevivencia.

¿No necesitamos ya celebrar un contrato con la naturaleza para asegurar que la barranca de oblatos, el lago de Chapala, el bosque de la Primavera nos den de comer y de respirar? Es tiempo de conciliar lo que dicen las leyes con los comportamientos públicos y privados para acortar los espacios y reducir las distancias que dan margen a la corrupción que es tan fácil, tan natural, en medio de la pobreza, la ignorancia y la impunidad. Para decirlo figurativamente, es tiempo de pasar de un Estado de esquemas piramidales a uno cuyos esquemas permitan horizontalidad y circularidad a la vida social.

La corrupción quizá constituya una coartada para eludir la responsabilidad de vivir bien y su origen pudiera estar en nuestras propias leyes cuando están son injustas, inciertas, incómodas y exorbitantes. La corrupción se genera con el olvido de la legalidad y así llega a ser la más clara falsificación de la vida pública.

Ha llegado a ser usual y tiene innumerables sentidos y facetas; para unos es un lugar común, algo cotidiano y normal, para otros es un negocio, un método de vida y una escalera al éxito. Es el mal de muchos, consuelo de tontos.

Esa falsificación de la vida pública ha desgastado la concepción del Estado y ha producido una costosa incredulidad por lo oficial y una lamentable desconfianza hacia el gobierno.

Sin embargo, la corrupción no somos todos. La primera gran derrota ante ese fenómeno sucede cuando la damos irremediablemente por hecha, generalizada y como un callejón sin salida, pues constituye un gran error creerla invisible, intuida, sin huella y sin pruebas porque eso impide su confrontación eficaz. Desde luego que sí existe la corrupción y es un problema muy grave, pero seamos capaces de discernir que la corrupción de las élites y la de las masas son abismalmente diferentes en cuantía y significación. Entre las propinas por la elaboración de un exhorto y la compra del poder por parte del crimen organizado, por ejemplo, hay un mar de distancia que debemos tener la sensatez de evaluar.

Cuando tenemos un enfoque soñador de la corrupción estamos poniendo escollos para enfrentarla y combatirla porque colocamos en un cajón de sastre todo lo que no nos gusta o nos afecta atribuyéndolo a ella. Si creemos que dicho fenómeno es un gigantesco montón de problemas sin principio ni fin, sin pies ni cabeza, no sabremos que hacer ni por donde comenzar porque habremos extraviado la capacidad crítica indispensable para distinguir y tomar decisiones radicales y efectivas en el control y abatimiento de cada uno de los tipos y modos de aquella.

No temblemos ante lo que hemos dejado de hacer, ataquemos las causas de la enfermedad y no nos quedemos paralizados en el señalamiento escandaloso y estéril de los síntomas. Poner el ejemplo es el camino más corto para resolver ese problema, es decir, querer hacer cumplir la ley y sentirnos satisfechos de que ella se cumpla siendo el método más claro, sencillo y eficaz para hacer que la corrupción sea la excepción y no la regla de nuestras vidas públicas y privadas.³⁴

³⁴ GONZÁLEZ Becerra, Alfredo, *Legalidad y Corrupción*, Tribunal Poder Judicial de Jalisco, pp. 80 y s.

Finalmente, es importante señalar que para desterrar la cultura de la corrupción, se requiere de la sistematización de medidas preventivas, el apoyo de la prensa libre y responsable, la desburocratización, la participación de los ciudadanos y el sostenido esfuerzo para educar a los individuos desde los niveles primarios de la enseñanza y en el seno de la familia.

La conducción y el liderazgo gubernamental, su calidad su oportunidad y sobre todo su fuerza moral es fundamental para orientar los procesos del cambio en la actualidad.

En este sentido, fortalecer los principios éticos de la función pública, combatir los fenómenos inherentes, y afirmar el reparto a la norma legal como eje central de todo acto de gobierno, es tarea obligatoria para todos los individuos integrantes de la sociedad.

III.- Garantía de Seguridad Jurídica

La garantía de seguridad jurídica la podemos entender como la garantía individual de los gobernados, consagrada a nivel de carácter Constitucional, de donde deriva el encauzamiento de la autoridad estatal dentro de los márgenes de la Constitucionalidad y legalidad, es decir, la obligación de que la autoridad se apegue en su actuación a leyes que le autoricen a actuar y solo dentro de los límites y ante los supuestos en donde se faculte esa actuación, sobre todo en la materia penal donde prevalece además el principio de plenitud hermética y el de última intervención.

En otras palabras, la garantía de seguridad jurídica implica el deber para la autoridad de actuar en riguroso acatamiento a lo establecido en la ley.

El ordenamiento 14 Constitucional es uno de los pilares sobre los que descansa el ordenamiento jurídico mexicano. No es una casualidad el que este precepto sea junto con el artículo 16 Constitucional, el más invocado en las demandas con las que se inician los juicios de amparo, en él se contienen cuatro de

las más importantes garantías de seguridad jurídica:

1. La de irretroactividad de la ley;
2. La de audiencia;
3. La de legalidad en materia civil, y
4. La de legalidad en materia penal.

Son cuatro garantías indispensables para dar firmeza y eficacia a los demás derechos fundamentales de la persona establecidos en la Constitución Política y en los Tratados y Convenios Internacionales suscritos y ratificados por los órganos competentes del Estado Mexicano.

Estas cuatro garantías Constitucionales condensan principios jurídicos esenciales que se han venido conformando a través de una larga evolución. Y si bien todos encuentran antecedentes remotos, la garantía de audiencia tiene en expresión moderna en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, promulgada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789, y en la enmienda V. (aprobada en diciembre de 1791) de la Constitución Norteamericana de 1787. En la Declaración Francesa también se formula la garantía de legalidad tanto de manera general (la ley como expresión de la voluntad general, ante la cual todos los ciudadanos son iguales) cuando en relación con la materia penal, en su clásica triple dimensión: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* y *nulla poena sine*. El principio de legalidad, tal como ahora lo entendemos fue una de las grandes aportaciones del pensamiento de la ilustración y de la Revolución Francesa.³⁵

En nuestro país, el primer texto constitucional que recogió la garantía de audiencia fue el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingan el 22 de octubre de 1814, cuyo artículo 31 disponía:

"Ninguno debe ser juzgado ni sentenciado, hasta después de haber sido oído legalmente". En esta breve y precisa fórmula el Constituyente de Apatzingan expresó el contenido esencial de esta garantía, con similar estilo, el artículo 19 del

³⁵ Cfr. CATANEI, Mario A. *Illuminismo legislaciones*, Milano, Edizione di Comunità, 1966; y Sergio García Ramírez, "Cesar Beccaria y la Declaración de Derechos de 1789", en varios autores *Bicentenario de la Revolución Francesa, México, UNAM, 1991*, p. 520.

Acta Constitutiva de la Federación Mexicana del 29 de diciembre de 1836 (artículo 20 fracción V de la primera ley) y el voto particular de la minoría de la Comisión Constituyente de 1842.

Pero el antecedente directo del artículo 14 proviene de la Constitución del 5 de febrero de 1857. En el proyecto de Constitución se contenían tres artículos que hacían referencia al contenido de aquél: el 40, que prohibía que se expidieran leyes retroactivas (ex post facto); el 21, que señalaba que la imposición de determinadas sanciones penales no podía hacerse "sino por sentencia, pronunciada según la forma y bajo condiciones establecidas en las leyes del país"; y el 26, de contenido más amplio, que expresaba: "nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de la propiedad, sino en virtud de sentencia dictada por la autoridad competente, y según las formas expresamente fijadas en la ley exactamente aplicada al caso".

En los debates en el Congreso Constituyente se cuestionó el primer artículo por el uso de la expresión ex post facto, que reiteraba en latín lo que ya decía en castellano, y porque hacía una referencia innecesaria a los contratos, presentando de nuevo el texto por la comisión, el Congreso lo aprobó como primera parte del que sería el artículo 14, en los siguientes términos: "No se podrá expedir ninguna ley retroactiva".

Cuando se puso a discusión del Congreso el artículo 21 del proyecto, el diputado Pérez Gallardo advirtió que el contenido de dicho precepto estaba mejor expresado en el artículo 26, por lo que la comisión decidió presentar a debate sólo este último. La parte inicial del artículo, que se refería a la prohibición de privar de la vida sin previo juicio, concentró la atención de los Constituyentes que se oponían a la pena de muerte. Los diputados Gamboa, Olvera, Romero Díaz, Ocampo, Mata, Arriaga y Guzmán se pronunciaron en contra de la pena de muerte. Sólo el diputado Cerqueda advirtió que, previendo que pudiera haber casos de arbitrariedad que no ataquen precisamente la vida, la libertad ni la propiedad, era conveniente que el precepto a discusión dijese que en materia criminal o civil no podía haber fallos sino con las garantías que la comisión estableciese.

La comisión decidió retirar el texto original y sometió al Congreso el siguiente:

"Nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho, y exactamente aplicadas a él por el tribunal previamente establecido por la ley", sin mayor discusión este texto fue aprobado y pasó a ser, por obra de la comisión de estilo (formada finalmente sólo por León Guzmán), con la aprobación del Congreso, la segunda parte del artículo 14 de la Constitución de 1857.

Con toda razón, Emilio Rabasa advirtió que con el cambio que hizo la comisión, este artículo "cuyo objeto era amparar al hombre contra el poder político, mediante la intervención forzosa de los tribunales, como depositarios de la ley y representantes de la justicia, se convirtió en garantía contra los abusos de malos jueces y las argucias más o menos importantes de la gente en la curia". Para el jurista chiapaneco el propósito del proyecto original del artículo 26 no era el de establecer una garantía ante el Poder Judicial, sino sobre todo frente al Legislativo y el Ejecutivo; y se consignaba de este modo "no porque los jueces hubieran antes condenado sin juzgar, sino porque los gobiernos y los cuerpos legislativos habían aplicado la confiscación, la prescripción, el destierro y la muerte sin someterse a la ley ni acordar a la víctima las formalidades protectoras de un juicio".

Con las modificaciones de la comisión, el artículo quedó dirigido fundamentalmente hacia la autoridad judicial como una norma de carácter procedimental.

En efecto, el artículo 14 aprobado por el Constituyente de 1856-1857 no recogió la garantía de audiencia conforme a la tradición hispánica como si lo hizo el Decreto Constitucional de Apátzingan, cuyo artículo 31 hemos transcrito, ni en su expresión angloamericana de debido proceso legal no obstante que en el proyecto del artículo 26 se percibía la influencia de la enmienda V de la Constitución Norteamericana.

En cambio, la condición que imponía para que los tribunales solo pudiesen juzgar y condenar con base en leyes "exactamente aplicables" al hecho o hechos objeto del proceso, fue entendida de muy diferentes maneras por los mas destacados juristas mexicanos del siglo XIX.

La interpretación de esta condición cobro gran relevancia porque en la propia Constitución de 1857 se consagro, a nivel nacional, la institución del juicio de amparo, este procedía entre otros casos, contra "leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales" (artículo 101, fracción 1). Como el artículo 14 consignaba una de la mas importantes garantías individuales, su interpretación resulto determinante en la evolución del amparo.

Conviene tener presente que en la primera Ley de Amparo, (1861), se autorizaba expresamente el juicio de amparo en contra de resoluciones judiciales, pero que en la Ley de Amparo de 1869 se estableció, en forma categórica, que no era "admisibile el amparo en los negocios judiciales" (artículo 80). Como señala Fix Zamudio, con la aprobación de este precepto no se puso término a la discusión sobre si debía proceder o no el juicio de amparo contra resoluciones judiciales, sino que, por el contrario, se despertó una apasionada polémica; y pronto se fue conformando entre abogados y tratadistas la opinión de que el artículo 80 de la Ley de amparo era contrario al artículo 101 de la Constitución que establecía las hipótesis en que procedía el juicio de garantías.

Este fue el criterio que sustento la Suprema Corte en la resolución de 29 de abril de 1969, en la que revoco el auto dictado por el Juez de Distrito en el Estado de Sinaloa, que había desechado una demanda de amparo con base en el citado artículo 80.³⁶

La polémica sobre la interpretación del artículo 14 Constitucional se inició y se desarrollo fundamentalmente durante y con motivo de la vigencia de la Ley de Amparo de 1869.

Tanto en la Ley de amparo de 1882 como en el Código Federal de Procedimientos Civiles de 1897 se reguló el juicio de amparo contra resoluciones judiciales, cuya práctica creció desmesuradamente. Fue esta situación de abuso del amparo contra resoluciones judiciales por "inexacta aplicación de la ley" y el considerar que la misma hacia "imposible" la tarea de la Corte, lo que condujo a

³⁶ FIX-ZAMUDIO, Hector, *La Suprema Corte de Justicia y el Juicio de Amparo*, en *Ensayos Sobre el Derecho de Amparo*, México, UNAM, 1993, pp 424 y s.

Rabasa a proponer una reforma sustancial al artículo 14 Constitucional.

*Es preciso expulsar de la Constitución este artículo y sustituirlo con otro que este en armonía con los demás. "Rabasa cuestionaba la exigencia de la aplicación "exacta de la ley" y sus consecuencias prácticas en el juicio de amparo; proponía acudir a las disposiciones del código civil de 1884, que permitían a los jueces, a falta de ley aplicable, atenerse a los principios generales del Derecho (artículo 20); y las del Código Penal de 1871, que prohibían imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no estuviese decretada en una ley exactamente aplicable al delito de que se trate, anterior a el y vigente cuanto este se cometiese (artículo 182)."*³⁷

*Para Rabasa la redacción del artículo 14 debía ser breve y clara, y su contenido debía recoger la fórmula sencilla del debido proceso legal norteamericano que habían adoptado en su proyecto los Constituyentes: "exigir como garantía de la vida, la libertad y la propiedad, la resolución judicial que resulta de un proceso".*³⁸

Bajo la influencia, en alguna medida, de las preocupaciones expresadas por Rabasa, pero sin acoger directamente sus propuestas, el 12 de noviembre de 1908 se promulgó una adición al artículo 102 de la Constitución, para limitar la procedencia del amparo en materia civil exclusivamente a la impugnación de la sentencia que pusiese fin al litigio y contra la que ya no pudiese interponer ningún recurso.

Pero las ideas de Rabasa hallarían cabida en el Congreso Constituyente de 1916-1917.

En el mensaje que el primer jefe del Ejército Constitucionalista, Venustiano Carranza, dirigió el 10. de diciembre de 1916 al Congreso, se reconoce que la interpretación que se dio finalmente al artículo 14 de la Constitución de 1857, permitió injerencia de la Suprema Corte en la acción de los tribunales comunes y que el abuso del amparo hizo que se recargasen las labores de aquella y se entorpeciese la marcha de los juicios comunes. Sin embargo, decía Carranza:

³⁷ RABASA, Emilio, *El artículo 14, Estudio Constitucional y el Juicio de Amparo; Orígenes, Teoría y Extensión*, México, Porrúa, 1984, pp. 102 y 114.

³⁸ *Ibidem*, p. 126

...hay que reconocer que en el fondo de la tendencia a dar al artículo 14 una extensión indebida, estaba la necesidad urgente de reducir a la autoridad judicial de los Estados a sus justos límites, pues bien pronto se palpó que convertidos los jueces en instrumentos ciegos de los gobernadores, que descaradamente se inmiscuían en asuntos que estaban por completo fuera del alcance de sus atribuciones, se hacía preciso tener un recurso, acudiendo a la autoridad judicial federal para reprimir tantos excesos”³⁹

Por estas razones, el proyecto de Carranza no eliminaba el amparo contra resoluciones judiciales, sino que proponía “limitarlo a los casos de verdadera y positiva necesidad, dándole un procedimiento fácil y expedito para que sea efectivo, como se servirá ver la Cámara en las bases que se proponen para su reglamentación”.⁴⁰

En el mensaje del primer jefe no se expresan los motivos que se tomaron en cuenta para redactar el proyecto del nuevo artículo 14; sin embargo, su lectura hacía evidente las ideas expresadas por Lozano y Vallara, referentes a limitar la garantía de aplicación exacta de la ley a la materia penal, y por Rabasa, en relación al contenido de las garantías de audiencia y de legalidad. El proyecto del artículo 14, que fue aprobado sin discusión y por unanimidad por el Congreso, expresaba:

Artículo 14 A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones y derechos, sino mediante juicio seguido antes los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

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

³⁹ Cfr. RAMÍREZ Tena, Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, Porrúa, 1973, p. 751.

⁴⁰ *Ibidem*.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta, se fundará en los Principios Generales del Derecho.

A continuación se analizará cada una de las garantías contenidas en el artículo 14 Constitucional.

a) Irretroactividad de la Ley

Una de las primeras cuestiones de interpretación que el nuevo texto planteo, consistió en determinar si la prohibición que contenía se dirigía tanto al legislador como al aplicador de la ley, o si bien solo regía para este último. Desde un principio la Suprema Corte de Justicia distinguió entre el Constituyente y el legislador ordinario y estableció el criterio de que "el Poder Constituyente de la Nación tiene facultades, por razones sociales, de política y de interés nacional, para expedir leyes retroactivas, las cuales deben aplicarse así retroactivamente".⁴¹

La prohibición de dar efectos retroactivos a las leyes se dirige tanto al legislador cuanto a los diversos órganos encargados de llevar a cabo su aplicación o ejecución, y se traduce en el principio de que las leyes solo deben ser aplicadas a los hechos ocurridos durante su vigencia. Su aplicación a hechos acontecidos con anterioridad a su vigencia, sería retroactiva a hechos posteriores, sería ultractiva. Cuando bajo la vigencia de una ley se realiza un hecho y se producen todas sus consecuencias jurídicas, la prohibición de dar efectos retroactivos a la ley se cumple aplicando exclusivamente la ley vigente.

⁴¹ *LEGISLACIÓN FEDERAL, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo XVIII, p. 1034. La tesis de jurisprudencia apareció publicada con el número 684 en el Apéndice al tomo XXXVI del Semanario Judicial de la Federación, p. 1288. En su parte conducente expresaba: "El legislador Constituyente, en uso de sus facultades amplísimas, pudo establecer casos de excepción al principio de no retroactividad, y cuando así haya procedido, tales preceptos deben aplicarse retroactivamente". Con el número 247 aparece publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Octava Parte, México, 1985, pp. 420 y 421.*

Las dificultades para aplicar dicha prohibición surgen respecto de hechos que acontecen al amparo de una ley o sin que este vigente alguna ley que lo regule directamente, y cuyas consecuencias jurídicas se continúan realizando cuando ha entrado en vigor una nueva ley.

Es en estos casos en los que se plantea la cuestión de si la aplicación de la nueva ley a las consecuencias jurídicas de hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia, tiene o no carácter retroactivo.

La Suprema Corte de Justicia ha tratado de responder a esta cuestión recurriendo a las teorías de los derechos adquiridos, de las situaciones jurídicas abstractas y concretas y de la aplicación inmediata de la ley. En efecto, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha considerado que "para que una ley sea retroactiva, se requiere que obre el pasado y lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores y esta última circunstancia es esencial. La propia Suprema Corte ha sostenido que el derecho adquirido:

...Es definible cuando el acto realizado introduce un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona, y el hecho efectuado no puede afectarse ni por la voluntad de quienes intervinieron en el acto, ni por una disposición legal en contrario; y la expectativa de derecho agrega, es una esperanza o una pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, de acuerdo con la legislación vigente en un momento dado. En el primer caso, se realiza el derecho y entra al patrimonio, en el segundo, el derecho esta en potencia, sin realizar una situación jurídica concreta, no formando parte del patrimonio.⁴²

En aplicación de esta teoría, la Suprema Corte ha determinado que son derechos adquiridos los que se obtienen por la celebración de un contrato⁴³ y por virtud de una sentencia con autoridad de cosa juzgada. En cambio, ha estimado que

⁴² LEGISLACIÓN FEDERAL, Apéndice al Tomo I del Semanario Judicial de la Federación, pp. 226 y s., Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo LXXI, p. 3496, Tomo LXXVIII, p. 8104.

⁴³ "Quienes celebran un contrato, crean para sí una situación jurídica concreta, dando lugar al nacimiento de derechos que entran a formar parte de su patrimonio, y si a ese contrato se aplica por los jueces, una ley expedida con posterioridad a su celebración se da a la misma, efectos retroactivos, violando el artículo 14 Constitucional", Semanario Judicial de la Federación Quinta Época, Tomo LXXIX, p. 2258; en el mismo sentido Tomo XIX, p. 380.

la prescripción no es un derecho existente y efectivo sino hasta que se consuma; y que las formas procesales para el ejercicio de los derechos no constituyen derechos adquiridos.

La teoría de los derechos adquiridos ha sido sostenida fundamentalmente por la Tercera Sala de la Suprema Corte. Pero esta Sala también ha recurrido a la teoría de las situaciones jurídicas abstractas y concretas para afirmar que la ley se aplica retroactivamente cuando afecta situaciones jurídicas concretas realizadas bajo la vigencia de la ley anterior.

En conclusión, una ley es retroactiva cuando modifica o restringe las consecuencias jurídicas de hechos realizados durante la vigencia de la anterior.

Por último, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha señalado que el artículo 14 Constitucional prohíbe aplicar retroactivamente la ley cuando cause perjuicio a alguna persona; por lo que ha deducido que "pueden darse efectos retroactivos a la ley, si esta no causa perjuicio"⁴⁴

También ha sostenido que no cabe la aplicación retroactiva de la ley cuando afecte derechos nacidos del procedimiento judicial mismo; pero que una vez respetados estos derechos, "la tramitación del juicio debe, desde ese punto, sujetarse a la nueva ley".⁴⁵

6) Garantía de Audiencia

La palabra audiencia tiene en el derecho mexicano, entre otros, los siguientes significados:

1.- En la etapa virreinal se le utilizó para designar a los órganos jurisdiccionales de niveles intermedios o superiores (las audiencias de Guadalajara y de la Ciudad de

⁴⁴ *LEGISLACIÓN FEDERAL, Tesis de jurisprudencia 248 del apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, octava parte, p. 423*

⁴⁵ *LEGISLACIÓN FEDERAL, Tesis de jurisprudencia 149 del apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, octava parte, p. 426.*

México), tal como ocurría y sigue ocurriendo en España (las audiencias provinciales y la Audiencia Nacional)

2.- También se emplea para denominar al acto procesal complejo y público, que se desarrolla en la sede y bajo la dirección del órgano jurisdiccional, y en el que intervienen las partes, sus abogados y los terceros cuya presencia sea necesaria para la realización del acto (en este sentido se habla de la audiencia previa y de conciliación, la audiencia de pruebas y alegatos, la audiencia constitucional, etc.).

3.- Se denomina garantía de audiencia al derecho que el artículo 14 Constitucional otorga a toda persona que pueda llegar a ser privada de sus derechos o posesiones por un acto de autoridad, a que previamente se le de una oportunidad razonable de defenderse en juicio, de alegar y de probar, ante tribunales independientes, imparciales y establecidos con anterioridad en la ley.⁴⁶

Para examinar la garantía de audiencia, se tiene que analizar, el presupuesto o condición que la hace exigible, es decir, el acto de autoridad privativo de derechos o posesiones; y por la otra, los requisitos o condiciones intrínsecas que debe cumplir dicha garantía; el juicio, los tribunales y las formalidades esenciales del procedimiento.

c) El Acto Privativo

Al igual que los demás derechos fundamentales que confiere la Constitución a las personas frente a las autoridades, la garantía de audiencia se otorga frente a actos de autoridad, es decir, que sean unilaterales, imperativos y coercibles. Pero la característica de esta garantía, es que solo se concede frente a actos de autoridad que tengan como consecuencia privar definitivamente a las personas de derechos o posesiones. Esta garantía, por tanto, no protege contra actos de autoridad que afecten de manera provisional determinados derechos o posesiones.

⁴⁶ Cfr. OVALLE Favela, José, *Teoría General del Proceso*, México, Harla, 1991, pp. 285 y 286.

Por lo que se refiere al contenido del acto privativo, el texto del segundo párrafo del artículo 14 es muy amplio y comprende prácticamente cualquier derecho: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos..." La Suprema Corte también ha interpretado este párrafo con amplitud: "El espíritu de este precepto - ha dicho- es que los individuos sean amparados siempre que, de una manera arbitraria, se le prive de sus propiedades, posesiones o derechos, cualquiera que éstos sean, y sin limitación alguna"⁴⁷

Finalmente, se debe tener en cuenta que si bien normalmente los actos privativos de derechos o de posesiones deben satisfacer la garantía de audiencia, existen determinados actos privativos a los que la propia Constitución o la interpretación judicial de ella, eximen por excepción del cumplimiento de dicha garantía. En este sentido, podemos mencionar los siguientes actos:

- 1.- La expropiación por causa de utilidad pública.⁴⁸
2. La expulsión, por parte del Ejecutivo Federal, de extranjeros cuya permanencia juzgue inconveniente (artículo 33 de la Constitución).⁴⁹
- 3.- El ejercicio de la facultad económico - coactiva para el cobro de los impuestos y demás créditos fiscales.⁵⁰
- 4.- La expedición y ejecución de órdenes judiciales de aprehensión y de cateo, así como, las medidas cautelares previstas en la Constitución que privan al inculpaado de su libertad. (artículos 16, 18 y 19)

⁴⁷ LEGISLACIÓN FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo III, p. 1163

⁴⁸ *Tesis de jurisprudencia 33 y 368 del Apéndice del Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Primera Parte, Tribunales Pleno, p. 70 y Tercera Parte, Segunda Sala, p. 626, respectivamente.*

⁴⁹ El acto tiene que provenir del presidente de la República y tiene que estar fundado y motivado legalmente. La Suprema Corte ha estimado que, fuera de la expulsión citada, la expatriación de extranjeros que han ingresado al país con la visa respectiva, sólo puede llevarse a cabo cumpliendo la garantía de audiencia. *Cfr. Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo XCIX, p. 2254.

⁵⁰ *Cfr. Tesis de Jurisprudencia 8 del Apéndice del Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Primera Parte, Tribunal Pleno, pp. 26 y s., Tesis de Jurisprudencia 227-228 del mismo apéndice, Tercera Parte, Segunda Sala, pp. 410 y s.*

Es claro que si bien los actos privativos mencionados están exentos de la garantía de audiencia, si están sujetos al cumplimiento de las demás Garantías Constitucionales, particularmente a la de fundamentación y motivación legal prevista en el artículo 16 de la Constitución.

d) El Juicio

La palabra juicio proviene del latín iudicium que originalmente significaba, en el derecho romano, la segunda etapa del proceso jurisdiccional, la cual se desarrollaba ante iudex designado por el Magistrado. Posteriormente, y de manera particular en el derecho común europeo, el iudicium fue no sólo una etapa, sino todo el proceso.

El iudicium fue el concepto central de la escuela judicialista que surge en Bolonia a partir del siglo XII.

Es celebre la siguiente definición del Búlgaro: Iudicium accipitur actus ad minus trium personarum scilicet actoris intendentis, rei intentionem evitantis, Iudicis in medio conoscentis” (El juicio es un acto en el que intervienen cuando menos tres personas: el actor que pretende, el demandado que resiste y el juez que conoce).⁵¹

En este segundo significado, Alcalá Zamora precisa que “todo juicio se compone en potencia, no necesariamente en presencia, de tres elementos subjetivos y de uno objetivo, a saber: un juzgador, una parte atacante, otra atacada y un litigio como causa determinante de la pretensión de la una, de la eventual resistencia de la otra y de la decisión del primero”⁵²

⁵¹ Cfr. Nicola Picardi, “Proceso Civil (Derecho Moderno)” en *Enciclopedia del Derecho*, T. XXXVI, Milán, Giuffrè, 1987, p. 102.

⁵² ALCALÁ-ZAMORA, y Castillo, Niceto, “El Antagonismo Juzgador-Partes: Situaciones Intermedias y Dudosas”, en *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*, Tomo I, p. 244.

Por lo que se refiere a la palabra juicio empleada en el segundo párrafo del artículo 14, la doctrina mexicana discutió inicialmente si aquella debía entenderse necesariamente como proceso judicial, o si dentro de dicha expresión también podrían haber determinados procedimientos administrativos en los que se concediese a los interesados oportunidades razonables para probar y alegar. En este segundo sentido fue la opinión de Narciso Bassols, quien para defender la constitucionalidad del proyecto de Ley Agraria que había redactado en 1927, afirmaba que para satisfacer la garantía de audiencia, no era necesario "un procedimiento tramitado precisamente ante los tribunales judiciales, o por lo menos con las formas y requisitos de un proceso judicial".

Bassols sostenía que por juicio debía entenderse "el conjunto de medios establecidos en las leyes, para hacer posible la resolución de los conflictos y la declaración del Derecho en cada caso, de un modo sereno, impersonal y equitativo". Para este jurista, los elementos verdaderamente substanciales de un juicio no podían consistir sino en "la tramitación de un procedimiento ante las autoridades competentes, que por lo común serán las judiciales, excepto cuando la Constitución de competencia a otro órgano del Poder Político, como en el caso de las resoluciones ejidales".⁵³

e) Los Tribunales

La palabra tribunal se utilizaba en el derecho romano para designar el lugar, ubicado en un nivel más elevado que el de las partes y los demás asistentes, desde el cual el Magistrado impartía justicia. "El Magistrado, mientras hacía justicia - escribe Scialoja-, estaba sentado en un plano algo más elevado, llamado tribunal, locus superior, y se sentaba sobre la sella curulis (silla curul); los demás en sillas más bajas, subsellia".⁵⁴

⁵³ BASSOLS, Narciso, *La Nueva Ley Agraria*, México, 1927, pp. 73 y ss. cit. por Noriega C. Alfonso, "La garantía de audiencia y el artículo 14 constitucional", en varios autores, *Estudios de Derecho Público contemporáneo*, México, UNAM- Fondo de cultura Económica, 1972, pp. 246-247.

⁵⁴ SCIALOJA, *Procedimiento Civil Romano*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Mario Ayerra Reñin, Buenos Aires, EFEA, 1954, p. 125.

Actualmente con la palabra tribunal se designa tanto al órgano integrado normalmente por varios Magistrados que ejerce la función jurisdiccional, cuanto al lugar de ubicación de dicho órgano. Es claro que el nombre de tribunal se aplica por igual a los órganos jurisdiccionales pertenecientes al Poder Judicial tribunales judiciales y a los que ubican fuera de dicho poder (como es el caso de los tribunales administrativos y del trabajo).

f) Las Formalidades Esenciales del Procedimiento

Con esta expresión se designan las condiciones fundamentales que deben satisfacer el proceso jurisdiccional y el procedimiento administrativo para otorgar al posible afectado por el acto privativo una razonable oportunidad de defensa; es decir, para cumplir con la garantía de audiencia. A continuación se enunciarán las formalidades esenciales o condiciones fundamentales:

1.- La primera condición fundamental que deben satisfacer el proceso jurisdiccional y el procedimiento administrativo consiste en proporcionar al demandado o al posible afectado una noticia completa ya sea de la demanda presentada por la parte actora, con sus documentos anexos, o ya sea del acto privativo de derechos o posesiones que pretenda realizar la autoridad administrativa.⁵⁵

Pero no basta con notificar adecuadamente el emplazamiento o la citación al demandado, y que este tenga conocimiento suficiente de la demanda, los documentos anexos y el auto admisorio se requiere, además que en las leyes procesales se otorgue al demandado una oportunidad razonable para que pueda contestar la demanda, de modo que el tiempo de que disponga para hacerlo realmente se lo permita. De nada serviría una notificación bien hecha, si solo se concede al demandado de modo efectivo un día o unas horas para que conteste la demanda.

⁵⁵ *La Suprema Corte ha expresado "lo que el artículo 14 constitucional prescribe es que el demandado, y el posible afectado tenga una real y amplia posibilidad de defenderse, de tal suerte que, si quiere y le conviene, pueda negar la demanda o de cualquier otro modo contrariar las pretensiones del actor, y la mencionada norma queda acatada si el demandado tiene oportunamente noticia de la demanda y de la existencia del proceso..." Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Tomo CLVII, p. 912.*

El procedimiento administrativo también se debe iniciar con la notificación personal al posible afectado por el acto privativo de derechos que pretenda llevar a cabo la autoridad administrativa.

2.- La segunda condición fundamental que debe cumplir el proceso jurisdiccional y el procedimiento administrativo, consiste en otorgar a las partes o al posible afectado una oportunidad razonable para aportar las pruebas pertinentes y relevantes para demostrar los hechos en que se funden. Esta condición otorga un derecho fundamental a las partes y al interesado; el derecho a la prueba, es decir, el derecho a que el juzgador o la autoridad administrativa admitan las pruebas pertinentes e idóneas que ofrezcan; a que dichos medios se practiquen y a que sean valorados conforme a derecho.⁵⁶

3.- En el proceso jurisdiccional y en el procedimiento administrativo también se debe otorgar a las partes y al posible afectado una oportunidad para que expresen alegatos, es decir, para que formulen argumentaciones jurídicas con base en las pruebas practicadas.

4.- Por último, el proceso jurisdiccional y el procedimiento administrativo deben concluir con una resolución en la que el juzgador o la autoridad administrativa decida el litigio o el asunto planteado. La sentencia del juzgador y la resolución administrativa deberán cumplir los requisitos de motivación y fundamentación legal establecidos en los artículos 14 y 16 Constitucionales.⁵⁷

Finalmente, conviene precisar que las formalidades esenciales que hemos analizado rigen a todos los procesos, incluyendo al penal; pero que éste también está sujeto a las condiciones fundamentales que establecen los artículos 16, 18, 19, 20, 21 y 23 de la Constitución Política.

⁵⁶ Cfr. Ovalle Favela, *Teoría General del Proceso*, México, Harla, 1991, p. 314.

⁵⁷ Estas cuatro condiciones fundamentales se enuncian como etapas en el precedente que aparece en el *Semanario Judicial de la Federación Séptima Época*, vol. 115-120, primera parte, p. 15.

g) Legalidad en el Ámbito Penal

El tercer párrafo del artículo 14, contempla el principio de legalidad, el cual fue una de las mayores aportaciones del pensamiento en la Ilustración, que fue convertida en una de las grandes transformaciones de la Revolución Francesa. Y dentro de los pensadores del iluminismo, fue Cesare Beccaria quien planteo la necesidad y el alcance de este principio.

*La obra de Beccaria señala el nacimiento de lo que se ha denominado el Derecho penal liberal, frente al derecho penal autoritario del Ancien Régime. La crítica radical hacia la arbitrariedad judicial, la tortura, la crueldad de las penas, el procedimiento inquisitorio y la prueba legal, contenida en su clásico *Dei delitti e delle pene*, es también un programa de reforma radical del derecho penal de su tiempo, que en no pocos aspectos conserva todavía actualidad.*

*Basado en las ideas de Rousseau y de Montesquieu, Beccaria sostenía que:*⁵⁸

...las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar de una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. La suma de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario.

Estos conceptos de ley, soberanía y soberano son medulares para entender las ideas penales del filósofo y humanista italiano.

*Beccaria formula el principio de legalidad en los siguientes términos: "Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social".*⁵⁹

⁵⁸ BECCARIA, Cesare, *De los Delitos y de las Penas*, y Voltaire, *Comentario al libro de los delitos y de la penas*, traducción de Juan Antonio de las Casas, Madrid, Alianza Editorial, 1968, p. 27.

⁵⁹ *Ibidem*. pp. 29 y s.

Este planteamiento impide que pueda imponerse pena alguna que no este decretada en una ley; pero además exige que se trate de una ley no solo por sus características de generalidad, abstracción e impersonalidad, sino sobre todo por provenir del órgano Legislativo el cual, por estar compuesto por personas electas por medio del sufragio, representa a toda la sociedad y ejerce la soberanía.

Este principio fue recogido por el artículo 80 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y ha pasado a ser uno de los pilares de las Constituciones Democráticas.

Si bien el principio, tal como fue formulado originalmente por Beccaria, parece estar referido solo a la legalidad de la pena, supone necesariamente la legalidad del delito, como se resume en la máxima nullum crimen, nulla poena sine lege. Tanto el delito como la pena deben estar establecidos en una ley expedida con anterioridad por el órgano legislativo competente. Pero además, para que se pueda imponer una pena, se requiere se haya seguido previamente un proceso ante un juzgador competente, en el que hayan respetado las garantías que corresponden al inculpado: nulla poena sine iudicium.

Estas tres manifestaciones del principio de legalidad tienen su fundamento en los párrafos segundo y tercero del artículo 14 Constitucional. En la garantía de audiencia se sustenta el principio de que no puede haber pena sin proceso. Y la garantía de legalidad penal establecida en el tercer párrafo, exige que para poder imponer una pena, tanto esta como el hecho que la motiva (el delito) se encuentren previstos en una ley, la cual debe ser exactamente aplicable al delito de que se trate.

Para cumplir con el principio de legalidad no basta con que en una ley se declare que un hecho es delictuoso; se requiere que la ley describa con claridad y precisión el hecho o la conducta que considera delictivo, este es el significado del principio de Beccaria.

El tercer párrafo prohíbe aplicar la analogía y la mayoría de razón como regla de creación normativa pero no como criterios de interpretación. A la analogía también se le conoció como argumento a simili.

De igual manera, a la mayoría de razón también se le llamo argumento a fortiori, y no se apoya como el argumento a simili sobre la semejanza del caso sometido al juzgador con otro anterior, sino sobre la razón alegada (ratio decidendi) para resolver otro caso.

El argumento a fortiori -observa Perelman- pretende que a la razón alegada en favor de una conducta o de una regla en un caso determinado se impone con una fuerza mayor todavía en el caso actual. Si se ha castigado a alguien que ha herido a otro golpeándole, a fortiori se ha de castigar a quien golpeándole ha ocasionado la muerte de otro."⁶⁰

El principio de legalidad no excluye la interpretación judicial de la ley, como lo quisieron Montesquieu y Beccaria. Por el contrario, para poder aplicar la ley penal el juzgador debe primero interpretarla, es decir, determinar su significado con auxilio de los diversos métodos o criterios de interpretación del Derecho.

e) Legalidad en el Orden Civil

Los legisladores de los Códigos Civiles del 1870 y 1884, al igual que el Congreso Constituyente en el último párrafo del artículo 14 Constitucional, autorizaron al juzgador para que frente a una laguna de la ley, aplicará los Principios Generales del Derecho.

En materia penal, de acuerdo con el tercer párrafo del artículo 14, la falta de ley aplicable al caso se resuelve en una ausencia de delito o, si se prefiere, en una ausencia de tipo o tipicidad, que se debe traducir en un no ejercicio de la acción penal o, en el peor de los casos, en una sentencia absolutoria. En cambio, en materia civil, la falta de ley aplicable al caso se resuelve mediante la aplicación por parte del juzgador, de los Principios Generales del Derecho.

⁶⁰ PERELMAN, Ch. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, traducción de Luis Díez Picazo, Madrid, civitas, 19769, pp. 17 y s.

Podemos entender por Principios Generales del Derecho, los siguientes:

- 1.- Son aquéllos principios rectores de nuestro sistema jurídico, que se encuentran explícitos o implícitos en el mismo y son su base de sustentación, o*
- 2.- Son los del derecho justo y natural.*

En consecuencia, los Principios Generales del Derecho pueden ser definidos como aquellas normas fundamentales o esenciales que inspiran y orientan al conjunto del ordenamiento jurídico, las cuales se encuentran explícita o implícitamente dentro de este, y tienen la función primordial de integrar el propio ordenamiento jurídico supliendo las omisiones de la ley.

La determinación de cuales son en concreto los Principios Generales del Derecho, debe contribuir la doctrina jurídica, con base en el análisis del ordenamiento vigente, pero también del Derecho histórico y de la tradición o familia jurídica a la que pertenezca el ordenamiento.

Pero también debe contribuir el abogado postulante invocando la aplicación de Principios Generales del Derecho y proporcionando el fundamento para su aplicación; los juzgadores, fundando sus sentencias en dichos principios, cuando resulte pertinente; y los propios abogados impugnando aquellas sentencias que dejen de aplicar o apliquen indebidamente Principios Generales del Derecho.

Los principios generales del derecho, por su contenido esencial, suelen expresarse en fórmulas mas bien breves, que recogen los fundamentos del ordenamiento jurídico que se han venido destacando a través de una larga evolución jurídica. En ocasiones se manifiestan a través de máximas o regulae iuris, pero no deben ser confundidas con estas, que no siempre expresan principios generales de Derecho, sino que son fragmentos de antiguas decisiones judiciales, textos legales u opiniones de autores, que no reúnen las características de aquéllos.⁶¹

Entre los mas conocidos Principios Generales del Derecho que orientan

⁶¹ Cfr. DIEZ-PICAZO y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I Madrid, Tecnos, 1992, p. 142.

nuestro ordenamiento, podemos mencionar los siguientes:

1.- El principio de contradicción o del contradictorio, que impone al juzgador el deber de resolver las promociones que le formule cualquiera de las partes, oyendo previamente las razones de la contraparte o, al menos, dándoles la oportunidad para que las exprese (*audiatur et altera pars*); este principio sustenta y esta implícito precisamente en el segundo párrafo del artículo 14 Constitucional.

2.- La igualdad de las personas ante la ley y de las partes en el proceso, que orienta y deriva del artículo 13 Constitucional.

3.- A nadie se puede sancionar dos veces por el mismo hecho (*non bis in idem*), que prevé el artículo 23 solo para la materia penal, pero que es un principio general aplicable en cualquier rama del derecho.

4.- Las obligaciones asumidas deben ser respetadas (*pacta sunt servanda*).

5.- Primero en el tiempo, preferido en el Derecho (*prior tempore, potior*).

6.- Nadie puede transmitir más derechos que los que tiene (*nemo plus iuris transfere potest quam ipse habet*).

7.- La ley posterior deroga a la anterior (*lex posterior derogat priori*).

8.- Una ley especial deroga una ley general (*lex specialis derogat generali*).

9.- Las excepciones a una regla deben ser interpretadas en forma estricta (*exceptio est strictissimae interpretationis*).

10.- Nadie puede ser juez en causa propia (*Nemo esse iudex in sua causa potest*).

11. El principio de la buena fe.⁶²

⁶² Cfr. GALINDO Garfias, Ignacio, *El principio de la Buena Fe en el Derecho Civil*, en *Estudios de Derecho civil*, México, UNAM, 1981, p. 135.

Conviene aclarar que la expresión " en los juicios del orden civil" que emplea el último párrafo del artículo 14, se utiliza en contraposición a los "juicios del orden criminal" del párrafo tercero, por lo que la primera debe ser entendida en sentido amplio, de tal modo que no solo incluya los juicios civiles que se regulan en los códigos de procedimientos civiles, sino también los mercantiles, los laborales todos aquellos que no puedan ser ubicados dentro del tercer párrafo del artículo 14.

Por esta razón, además del artículo 19 del Código Civil Distrital, también incluyen a los Principios Generales del Derecho los artículos 1324 del Código de Comercio y 17 de la Ley Federal del Trabajo.

El último párrafo del artículo 14 es muy claro; ante la omisión o el silencio del legislador, la primera fuente integradora del derecho deben ser los Principios Generales del Derecho. Si el legislador ordinario desea agregar otras fuentes, su deber elemental es acatar el orden establecido por el Constituyente: después de la ley, la primera fuente integradora que debe seguir son necesariamente los Principios Generales del Derecho. Después como lo hace la Ley Federal del Trabajo, se podrán agregar otras fuentes, pero nunca antes de aquellos.

Finalmente, el objetivo de la seguridad jurídica, como meta del derecho, se entiende a partir de concebir el derecho como un instrumento orientado a posibilitar y fomentar la existencia humana.

La seguridad jurídica se entiende en un doble sentido:

i) Seguridad jurídica en sentido objetivo, que significa la protección, en sí, a los bienes jurídicos.

j) Seguridad jurídica en sentido subjetivo, que significa la tranquilidad y certeza de la comunidad acerca de su posibilidad para disfrutar y disponer de esos bienes jurídicos, lo que, naturalmente, implica un ámbito diferente del concepto anterior, si bien estrechamente relacionado, que se traduce en un aspecto subjetivo de la propia seguridad jurídica.

Lo anterior, significa que en relación con el contenido y alcance de la seguridad jurídica; vale tener presente que unido al concepto de la efectiva protección de bienes jurídicos (concepto objetivo), es necesario que, paralelamente se dé el sentimiento de seguridad jurídica en los miembros de la comunidad acaecería de la efectiva protección de sus bienes (concepto subjetivo).

La comisión de un delito, en este orden de ideas, afecta siempre de una doble manera. Por una parte, la lesión en sí el bien jurídico penalmente tutelado, que implica el sentido objetivo de la afectación de la seguridad jurídica. Por otra parte, la afectación al sentido subjetivo de esa misma seguridad jurídica, que se traduce en la alarma social que produce siempre el delito.

La reforma de 1993, también modificó el artículo 19 Constitucional a fin de hacer patente la garantía de seguridad jurídica en favor del inculpado, precisando la materia del debido proceso legal, a través del auto de procesamiento o de plazo constitucional.

Este auto tiene por objeto, entre otros, determinar con claridad el tema del proceso penal, es decir, el tipo de conducta delictiva que se le atribuye a un individuo por el cual deberá juzgársele. Este artículo también precisa el imperativo constitucional de que aun proceso penal debe seguirse forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

ANEXO 1

CUESTIONARIO - APLICADO A AGENTES DEL MINISTERIO
PÚBLICO DEL FUERO COMÚN Y FUERO FEDERAL.

TÍTULO: "La ampliación del plazo para el ejercicio de la acción penal en delito flagrante como garantía de seguridad jurídica".

NOMBRE: _____

EDAD: _____

ESTADO CIVIL: _____

ACTIVIDAD PROFESIONAL: _____

Favor de marcar con una "X" la respuesta que considere correcta.

1.- Que elementos se tienen que acreditar para ejercitar acción penal en contra del o los indiciado (s).

- a) Cuerpo del delito y probable responsabilidad
- b) Elementos del tipo y probable responsabilidad
- c) Elementos del tipo y presunta responsabilidad

2.- En que artículo de la Constitución se contempla el plazo, para que el Ministerio Público, ordene la libertad o ponga a disposición de la Autoridad Judicial a o los indiciado (s)

- a) Artículo 19 Constitucional
- b) Artículo 21 Constitucional
- c) Artículo 16 Constitucional

3.- Al momento de estar integrando una averiguación previa, práctica usted, todas las diligencias existentes, para poder ejercitar acción penal.

a) SI

b) NO

¿Por que? _____

4.- El plazo de 48 horas es suficiente para consignar una indagatoria con detenido, ante el Órgano Jurisdiccional.

a) SI

b) NO

5.- Profundiza Usted, en el estudio de los instrumentos jurídicos dogmáticos, aplicables al caso en concreto, al determinar una consignación.

a) SI

b) NO

6.- En las averiguaciones previas que usted a integrado, admite pruebas a los indiciados, en su caso, de ser exhibidas.

a) SI

b) NO

¿Por que? _____

7.- En el supuesto de no ser exhibidas las pruebas, por parte del indiciado que tiempo le da, para la presentación de las mismas.

8.- Se actualiza Usted, jurídicamente para la integración de las averiguaciones previas correspondientes. (A través de Cursos, Seminarios, Especialidades, Conferencias, Congresos, etc).

a) SI

b) NO

¿Por que? _____

9.- Si se incrementará el plazo de 48 horas a cinco días (en el caso de delito flagrante), a que se refiere el artículo 16 de la Carta Magna, estaría usted de acuerdo?

a) SI

b) NO

10.- Que beneficios conllevaría el aumento del plazo que contempla el artículo 16 del Pacto Federal, mencione dos:

1.-

2.-

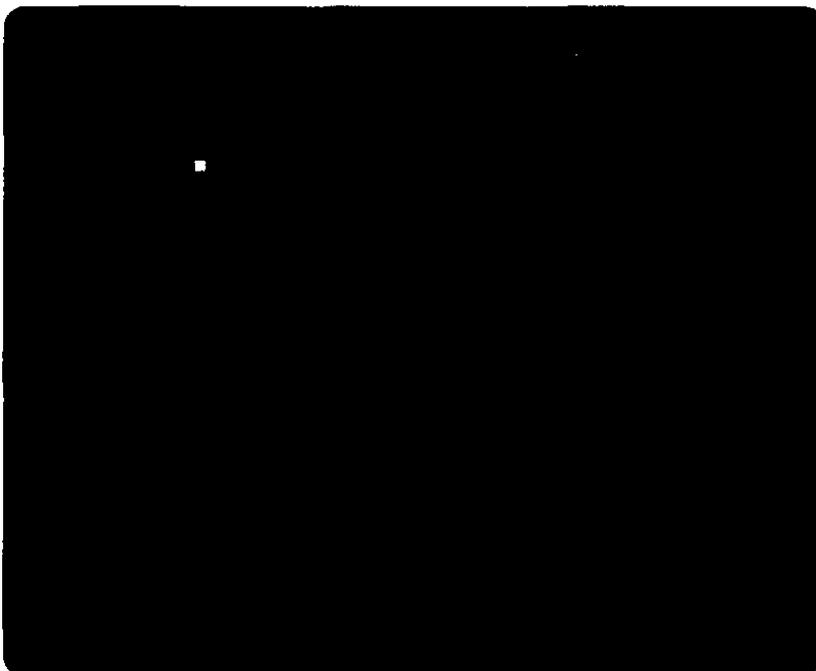
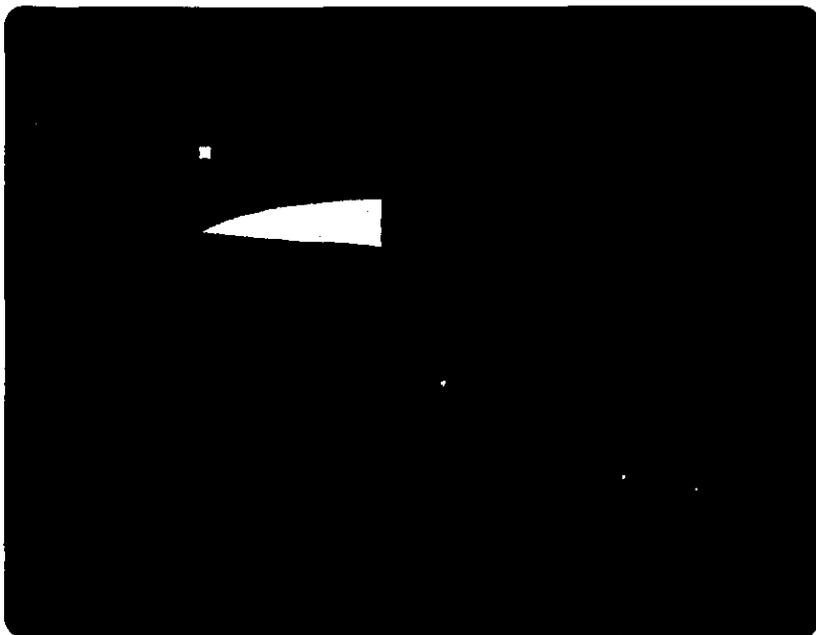
11.- De ser afirmativa las dos preguntas anteriores, (8 y 9) conteste. ¿Con el incremento del plazo a 5 días para que el Ministerio Público ejercite acción penal, se daría cabal cumplimiento a la garantía de seguridad jurídica?

a) SI

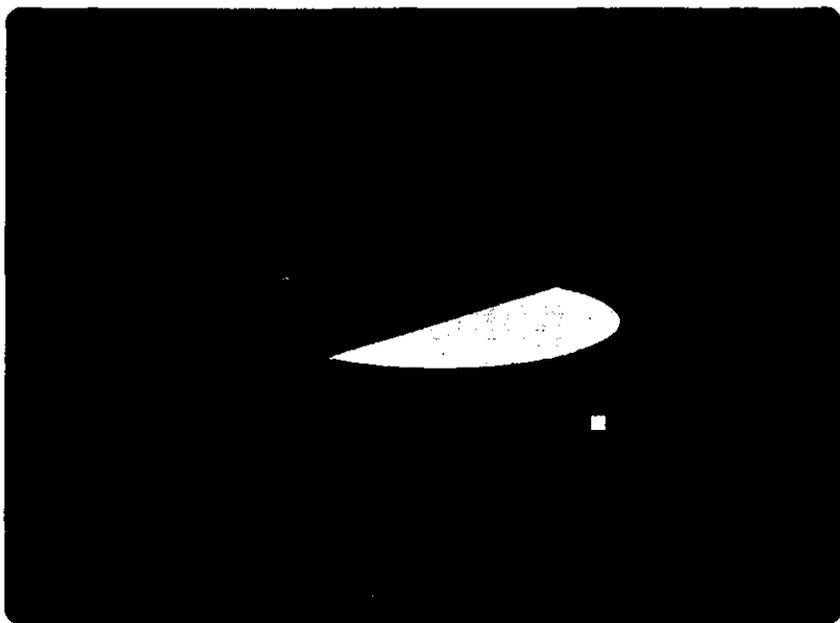
b) NO

¿Por que? _____

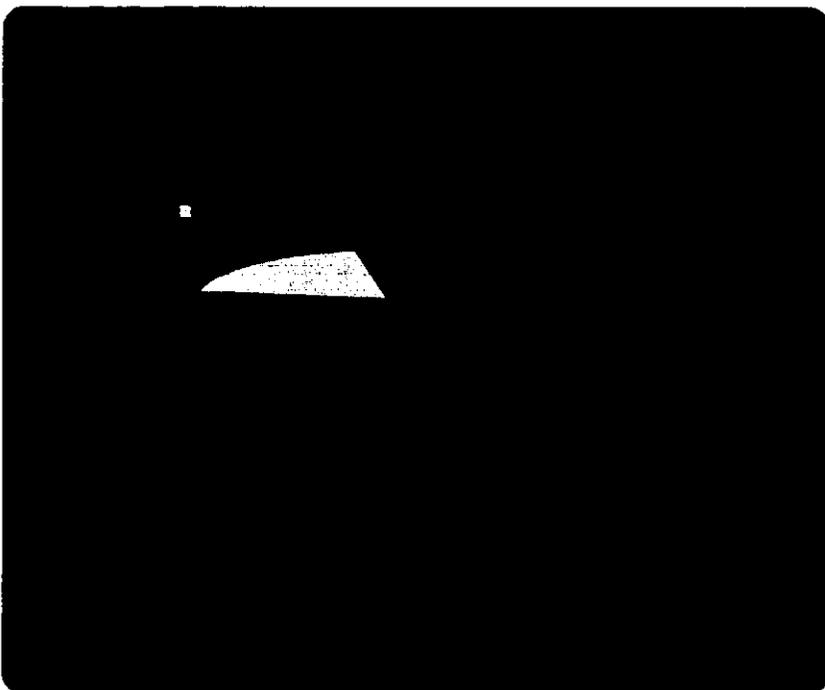
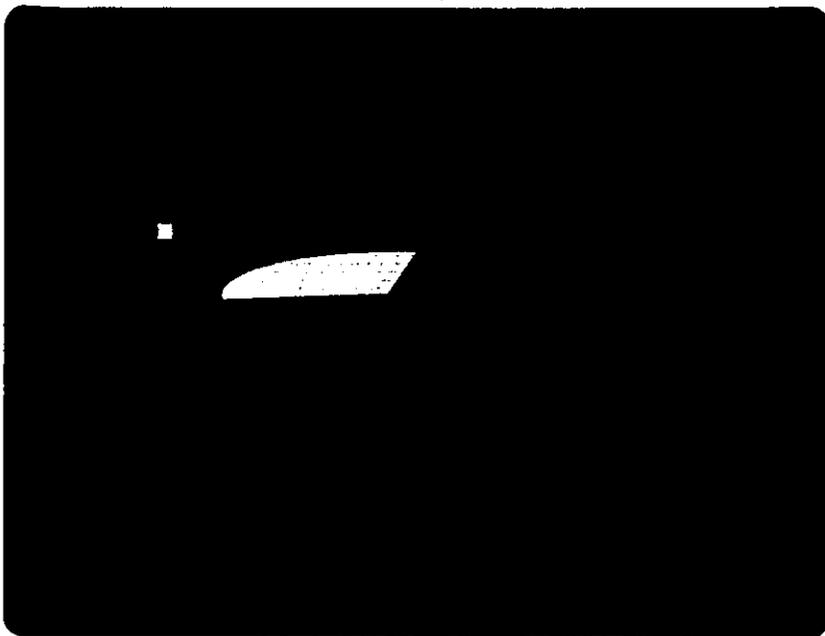
*RESULTADO DE LOS CUESTIONARIOS APLICADOS A AGENTES DEL MINISTERIO
PÚBLICO DEL FUERO COMÚN.*



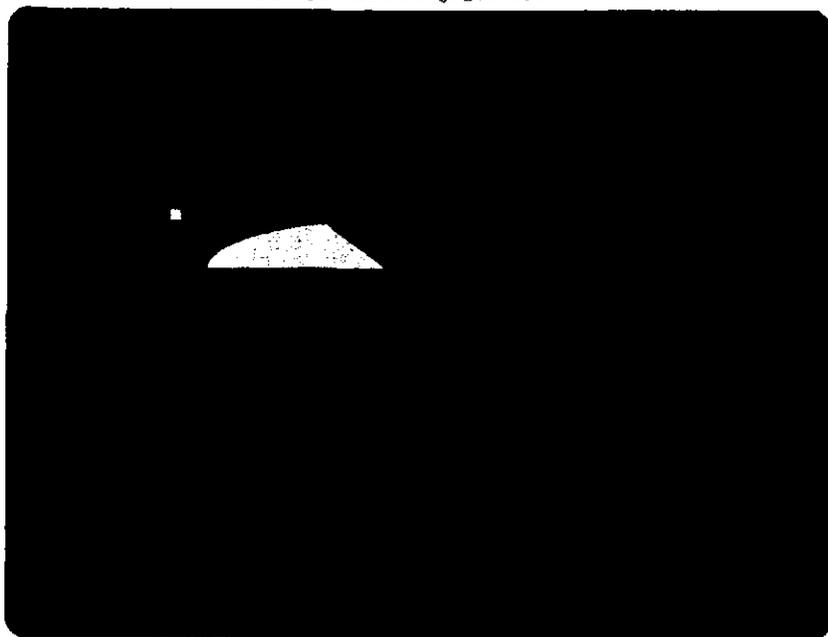
*RESULTADO DE LOS CUESTIONARIOS APLICADOS A AGENTES DEL MINISTERIO
PÚBLICO DEL FUERO COMÚN.*



RESULTADO DE LOS CUESTIONARIOS APLICADOS A AGENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO DEL FUERO COMÚN.



*RESULTADO DE LOS CUESTIONARIOS APLICADOS A AGENTES DEL MINISTERIO
PÚBLICO DEL FUERO COMÚN.*



RESULTADO DE LOS CUESTIONARIOS APLICADOS A AGENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO DEL FUERO COMÚN.

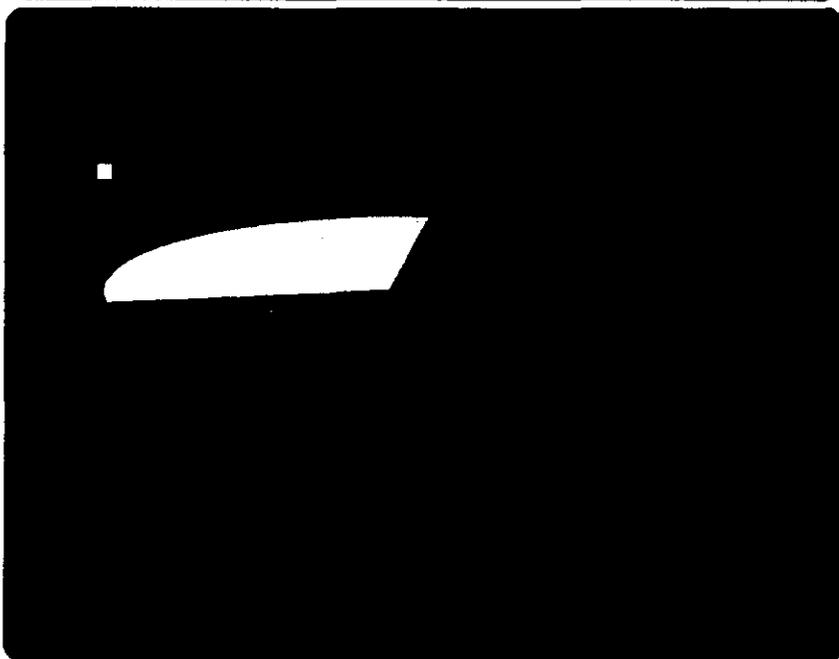
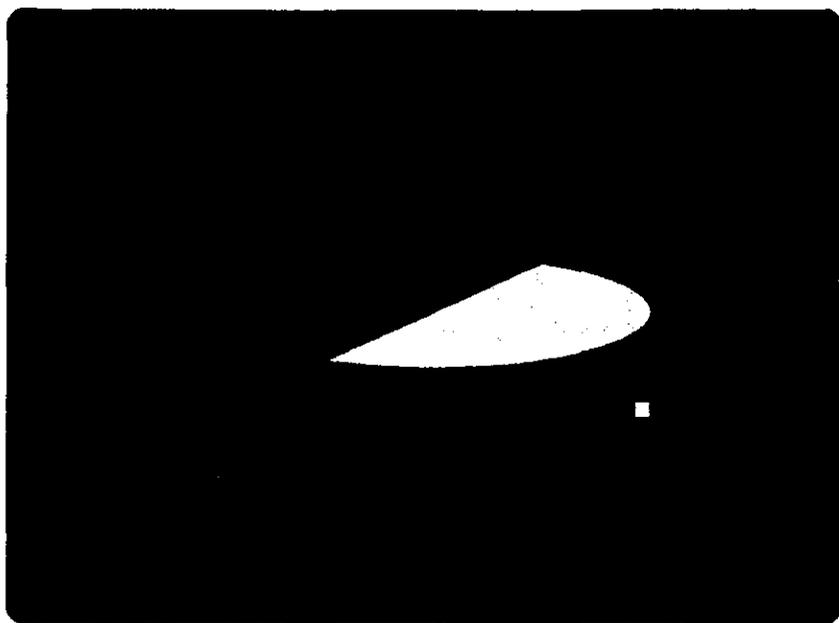
Se desprende de los mismos que un 100% manifestó que el plazo de 48 horas no es suficiente para consignar una indagatoria con detenido ante el Órgano Jurisdiccional, un 80% de ellos (Ministerios Públicos) están de acuerdo en el incremento del plazo de 48 horas a 5 días, en caso de delito flagrante, a que se refiere el Artículo 16 Constitucional; aumento que conlleva una plena garantía de seguridad jurídica para el indicado (s), y de la cual estuvo de acuerdo un 80% de los encuestadores.

Por otro lado, se aprecia de las gráficas que un 50% de los servidores públicos indicó que cuando son presentadas las pruebas por los indiciados, no son admitidas y en el supuesto, de no ser exhibidas, no dan ningún término para su presentación, o les manifiestan que deben ser exhibidas ante el Órgano Jurisdiccional, en los cuestionamientos antes mencionados se obtuvo un 50% que coincidió con sus respuestas, lo cual implica que la cifra es un poco alarmante, en virtud, que la Representación Social únicamente practica las diligencias a su libre albedrío, sin tomar en cuenta las pruebas ofrecidas por el indiciado (s), las cuales pueden ser primordiales, pues de ellas se pueden practicar todavía más diligencias, que puedan auxiliar a una eficiente integración de la indagatoria.

En este orden de ideas, la primera gráfica parece un tanto falible, si se compara que un 80% de encuestadores manifestaron que si practican todas las diligencias en la indagatoria, cuando un 50% de los servidores públicos no admiten las pruebas ofrecidas por el indiciado (s).

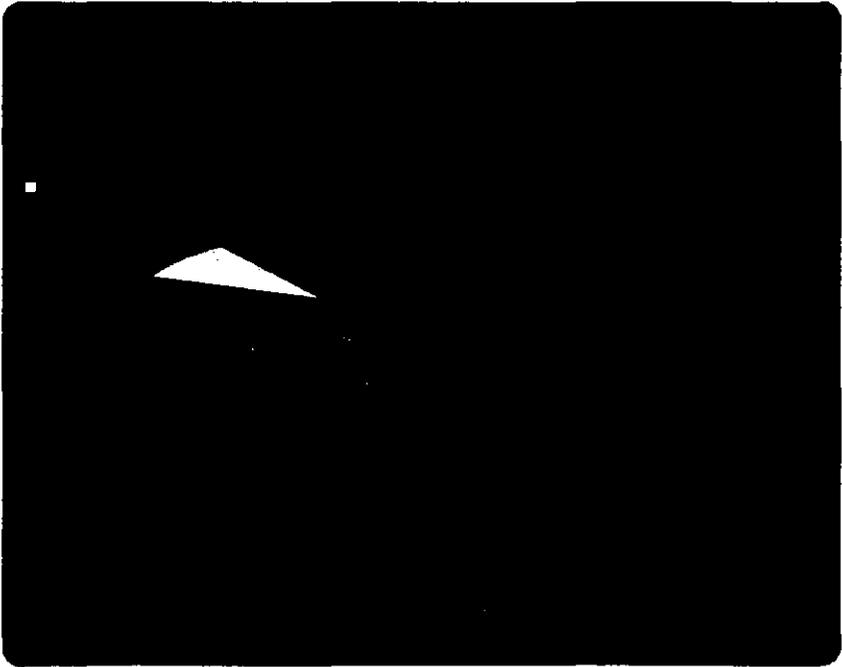
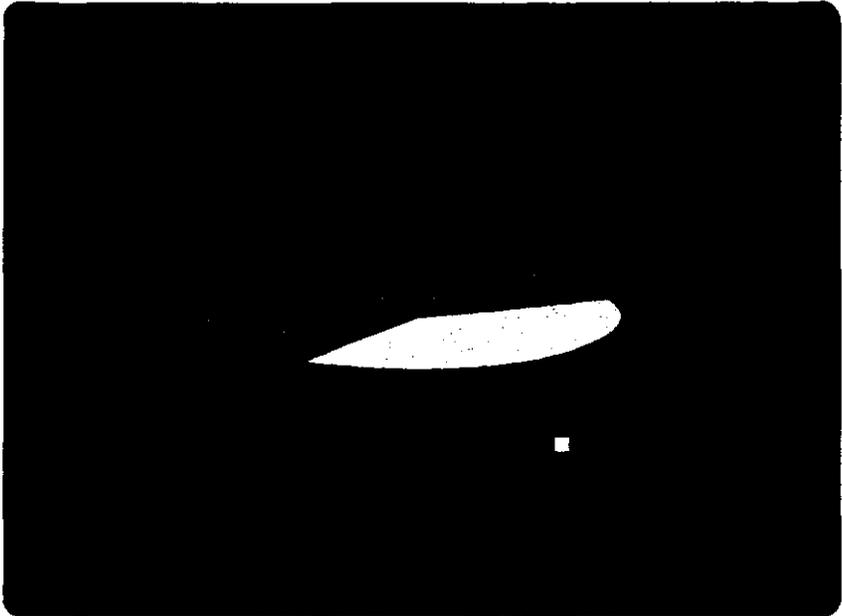
Por lo anterior, se concluye que el plazo de 48 horas para consignar una averiguación previa con detenido, ante el Juez de la Causa, es insuficiente, lo que ocasiona una falta de técnica jurídica aplicable al caso concreto, así como, una pésima acreditación del cuerpo del delito y probable responsabilidad, indagatorias que una vez consignada con ésta calidad, el Juzgador tiene que dictar autos de libertad y como ya se mencionó esto da origen a la impunidad.

RESULTADO DE CUESTIONARIOS APLICADOS A AGENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO DEL
FUERO FEDERAL.

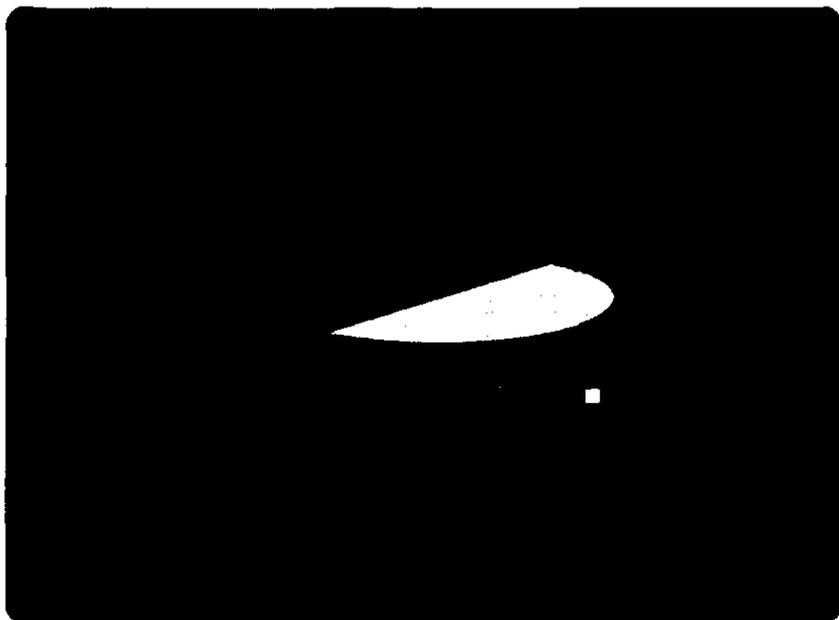


ANEXO 3

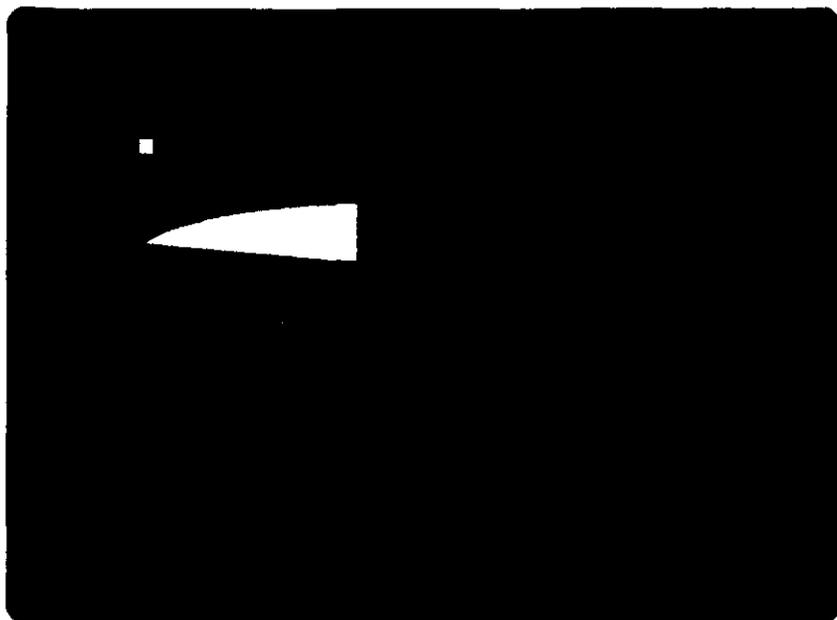
RESULTADO DE CUESTIONARIOS APLICADOS A AGENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO DEL
FUERO FEDERAL.



RESULTADO DE CUESTIONARIOS APLICADOS A AGENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO DEL
FUERO FEDERAL.



RESULTADO DE CUESTIONARIOS APLICADOS A AGENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO DEL
FUERO FEDERAL.



RESULTADO DE LOS CUESTIONARIOS APLICADOS A AGENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO DEL FUERO FEDERAL.

Se desprende de los mismos que un 70% manifestó que el plazo de 48 horas no es suficiente para consignar una indagatoria con detenido ante el Órgano Jurisdiccional, un 80% de ellos (Ministerios Públicos) están de acuerdo en el incremento del plazo de 48 horas a 5 días, en caso de delito flagrante, a que se refiere el Artículo 16 Constitucional; aumento del plazo que conlleva una plena garantía de seguridad jurídica para el indiciado (s), y de la cual estuvo de acuerdo un 80% de los encuestadores.

Por otro lado, se aprecia de las gráficas que un 60% de los servidores públicos indicó que cuando son presentadas las pruebas por los indiciados, no son admitidas y en el supuesto, de no ser exhibidas, en un 90% les manifiestan que deben ser exhibidas ante el Órgano Jurisdiccional, lo cual implica que la cifra es un poco alarmante en virtud, de que la Representación Social únicamente se basa en las diligencias que considera a su libre albedrío, sin tomar en cuenta las pruebas ofrecidas por el indiciado (s), las cuales pueden ser primordiales, pues de ellas se pueden practicar todavía otras diligencias, que puedan auxiliar a una eficiente integración de la indagatoria.

En este orden de ideas, el análisis de la primera gráfica es muy preocupante pues únicamente el 50% de servidores públicos, practica todas las diligencias para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de los inculpados, además de ser un poco falible, si se compara con el 60% de encuestadores que manifestaron no admitir las pruebas ofrecidas por el indiciado (s).

Al igual que los Agentes del Ministerio Público del Fuero Común, se concluye que el plazo de 48 horas para consignar una averiguación previa con detenido en el ámbito federal, ante el Juez de la Causa, es insuficiente, lo que ocasiona una falta de técnica jurídica aplicable al caso concreto, así como, una pésima acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, indagatorias que una vez consignadas con esta calidad, el Juzgador tiene que dictar autos de libertad, lo que causa entonces impunidad, por no estar debidamente integradas las averiguaciones previas.

CONCLUSIONES

1.- Antes de proclamarse la independencia, dentro de las funciones de la justicia, destaca la figura del "Fiscal", quien se encargaba de promover la justicia y perseguir a los delincuentes; sin embargo, el Ministerio Público no existía como una institución con los fines y caracteres conocidos en la actualidad, es decir, no se aceptaba que él ejercitara la acción penal.

2.- En junio de 1869, expide Benito Juárez la "Ley de Jurados" y aquí es donde se menciona por primera vez la denominación de Ministerio Público que interviene acusando a los responsables, en el año de 1903.

3.- El General Porfirio Díaz expide la Primera Ley Orgánica del Ministerio Público, lo establece ya no como auxiliar de la administración de la justicia, sino como parte en el juicio interviniendo en los asuntos en que se afecta el interés público y el de los incapacitados, así como en el ejercicio de la acción penal de la que es titular.

4.- Al promulgarse la Constitución de 1917, se unificaron las facultades del Ministerio Público haciendo de éste una institución integral para perseguir el delito, con independencia absoluta del Poder Judicial, consecuentemente, el monopolio de la acción penal corresponde exclusivamente al Estado y el único órgano estatal a quien se encomienda su ejercicio es al Ministerio Público.

5.- La Institución del Ministerio Público, es unitaria, en virtud de que el Artículo 21 del Pacto Federal le otorga total autonomía.

6.- Las funciones esenciales del Ministerio Público son la investigación y persecución de los delitos, además de todas y cada una de las facultades contempladas en el Artículo 20. de las Leyes Orgánicas de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y de la General de la República.

7.- Por su parte, la Policía Judicial tiene a su cargo la investigación de los delitos, obtener pruebas y el descubrimiento de los responsables y que debe estar bajo el control y vigilancia del Ministerio Público.

8.- Se considera que el Ministerio Público, es un representante de la sociedad, al amparar en todo momento el interés general implícito en el mantenimiento de la legalidad, en virtud que esta debe ser procurada por el Estado, a través de sus diversos órganos (ejemplo: menores de edad, incapacitados).

9.- El Ministerio Público se convierte en parte ante el Órgano Jurisdiccional, debido a las actividades que realiza a través de la secuela procedimental ya que todos sus actos van encaminados a lograr la aplicación de la ley al caso concreto.

10.- El artículo 16 Constitucional desde la expedición del Pacto Federal en 1917, no había sufrido modificación alguna; sin embargo, una reforma substancial fue la del 3 de noviembre de 1993, donde se impuso como requisito acreditar los elementos del tipo penal (objetivos, subjetivos y normativos), así como la probable responsabilidad del indiciado.

11.- La reforma conllevó a una guía muy simple, para orientación de todos aquellos que están encargados de la procuración como de la impartición de justicia, en virtud, de señalar elemento por elemento a comprobar para la acreditación de los elementos del tipo y la probable responsabilidad de acuerdo a la teoría finalista; no obstante, por tecnicismos legales mal aplicados, al momento de la integración de la indagatoria por parte de la Representación Social los probables delincuentes se evadían de la acción de la justicia, y en consecuencia se tenía la convicción de la emisión de sentencias condenatorias, aunque con un índice muy bajo, motivo por el cual éste precepto, se vuelve a reformar, contemplando nuevamente el concepto del cuerpo del delito.

Término que condujo a las Representaciones Sociales a una diversidad de confusiones y técnica jurídica mal aplicada en la integración de las averiguaciones previas, dando origen con estas reformas a la impunidad.

12.- Es necesario que el Ministerio Público, aplique los instrumentos jurídicos dogmáticos al ejercitar acción penal, con la finalidad de culminar en una excelente integración de la indagatoria.

13.- *Aunado a las constantes reformas, existe además las resoluciones prontas y expeditas por parte de los Agentes del Ministerio Público de ambos fueros, a través de actos de corrupción, lo que ocasiona el incremento a la impunidad, así como, el fomento a la inaplicación de la ética profesional.*

14.- *Es importante reflexionar, que el Órgano Jurisdiccional tiene 72 horas para resolver la situación jurídica del inculpado y la única diligencia que práctica con éste, es la declaración preparatoria, basándose para emitir su resolución, en todas y cada un de las diligencias practicadas por el Agente del Ministerio Público que tan sólo tiene 48 horas, en tratándose de delito flagrante, para resolver si ejercita o no acción penal, lo que parece un tanto inequitativo, que la Representación Social, que tiene a su cargo la investigación y persecución de los delitos, y en su caso, acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, tenga menos tiempo para resolver, que el propio Juez de la Causa.*

15.- *El plazo de 48 horas que tiene el Agente del Ministerio Público, es suficiente para realizar negociaciones ilícitas, con el indiciado, y abogados defensores; e insuficiente para la debida acreditación de la averiguación previa. Asimismo, con el plazo de 48 horas existe una violación de garantías individuales tanto de la víctima u ofendido como del indiciado, así como, la emisión de resoluciones como vulgarmente se dice al vapor, con una total, clara y falta de técnica jurídica, aplicable al caso en concreto.*

16.- *Con un plazo de 5 días la Representación Social tendrá el tiempo suficiente para una excelente acreditación del cuerpo del delito y probable responsabilidad, ejercitando acción penal contra el detenido (s), contando con una verdadera procuración de justicia.*

PROPUESTAS.-

1.- Con la ampliación del plazo se pretende que el Ministerio Público acredite, -a través de la práctica de todas las diligencias posibles y un estudio completo de los instrumentos jurídicos dogmáticos,- el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado(s), de una manera eficiente y transparente, con el objeto de proteger los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal.

2.- La ampliación del plazo a cinco días, para el ejercicio de la acción penal en delito flagrante como garantía de seguridad jurídica.

3.- Con un plazo de 5 días, tratándose de delito flagrante, el Agente del Ministerio Público, no podrá transgredir la garantía de seguridad jurídica del indiciado, pues es común, que manifiesten: "presente sus pruebas ante el Órgano Jurisdiccional, o en su caso, ya esta confeso su cliente, cual es el objeto de que exhiba pruebas"; es urgente combatir radicalmente éste tipo de actuar de los servidores públicos, y una vez que tengan la convicción del tiempo suficiente para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, se olviden de dar contestaciones absurdas, y pueriles.

4.- Es prioridad que los Agentes del Ministerio Público, se profesionalicen, se preocupen por un estudio profundo de los instrumentos jurídicos dogmáticos y sobre todo estén actualizados, pues es triste darse cuenta, que en su mayoría desconocen las reformas, situación que imposibilita su actuar con alta calidad profesional.

5. - Que el presente trabajo de investigación pueda ser un indicio para que en un futuro se encuentre a discusión en el Poder Legislativo y en su caso, se apruebe la reforma al artículo 16 Constitucional, en el sentido de ampliar el plazo de 48 horas a cinco días, para que el Ministerio Público, pueda ejercitar acción penal en delito flagrante, con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica del indiciado (s). Para quedar como sigue:

Artículo 16.- párrafo séptimo.

"Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cinco días, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; Este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal"

6.- *Rescatar los valores del ser humano, los cuales actualmente son inaplicables, específicamente, en aquellas personas que tienen a su cargo la función de servidor público, ocasionando con ello, que los actos de corrupción sean una actividad cotidiana como el comer, dormir, vestir, etc.*

7.- *Con la plena convicción de retomar los citados valores, lograr cabal aplicación de una ética profesional, que permita crecer como ser humano, consecuentemente, como profesionista para lograr una transparente y brillante función como servidor público, ya que el profesionista que no vive para servir, no sirve para vivir.*

8.- *Esperando que el presente trabajo de investigación haya sido de utilidad para el lector y sobre todo sembrado una pequeña semilla de inquietud y comulguen con la propuesta analizada, con la finalidad de mejorarlo y aportar todas las consideraciones que estimen pertinentes.*

BIBLIOGRAFÍA

BÁSICA:

ALCALA Zamora y Levene, Ricardo, Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, 1943, V3.

ALVAREZ Julia, Luis, Manual de Derecho Procesal, 2ª. Ed., Buenos Aires, 1992, Depalma, p. 472.

ALVARREGA Aquino, Celia, La Valoración de la Prueba en la Averiguación Previa Penal Federal en México, México, 1991, p. 132.

BARRIJA López, Fernando A., Averiguación Previa, 4ª. Ed., México, 1997, Porrúa, p. 156.

BRJSEÑO Sierra, Humberto, El Enjuiciamiento Penal Mexicano, México, Trillas, 1976, p. 361.

CAFFERATA Nores, José, Derecho Procesal Penal, Argentina, 1998, p. 126.

CÁMARA De Diputados, LVII Legislatura, Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones, Tomo III, Artículos 12-23, México, 2000.

CASTILLO, Soberana Miguel Angel, El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México, 2a.Ed., México, UNAM, 1993, p. 284.

LORJAN, Eugenio, Elementos de Derecho Procesal Penal, Barcelona, Bosch, 1934, p. 514.

FRANCO Villa, José, El Ministerio Público Federal, México, 1985, Porrúa, p. 445.

GARCÍA Ramírez, Sergio, El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, 2ª. Ed., México Porrúa, 1995, p. 148.

GONZÁLEZ Bustamante, Juan José, Principios de Derecho Procesal Penal, México, 2ª. Ed., México, 1945, p 606

OSORIO y Nieto, César Augusto, La Averiguación Previa, 4ª. Ed., México, 1989, Porrúa, p. 473.

OVALLE Favela, José, Estudios de Derecho Procesal, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, p. 372.

RUBIANES, Carlos J., Manual de Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 191.

SILVA Silva, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, México, Harla, 1990, p. 826.

V. CASTRO, Juventino, El Ministerio Público en México, 8a. Ed., México, 1994, Porrúa, p. 286.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, Función Constitucional del Ministerio Público, Anuario Jurídico V/1978 del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM:

COMPLEMENTARIA:

LEGISLACIÓN Federal, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1999, 37ª Ed., Delma, p. 231.

LEGISLACIÓN Federal, diversos Diarios Oficiales de la Federación, y sus respectivos Diarios de Debates.

LEGISLACIÓN Federal, Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, México, 1997, 15ª Ed., Delma, p. 322.

LEGISLACIÓN Federal, Código Federal de Procedimientos Penales, México, 1999, 37ª Ed., Delma, p. 217.

LEGISLACIÓN Federal, Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, México, 1999, 37ª Ed., Delma, p. 214.