



111

**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES "ACATLÁN"**

LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DERIVADA DE LA PONENCIA DE
NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL PREVISTA EN EL ART. 117
DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO
DE MÉXICO.

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

FERNANDO FLORES HERNÁNDEZ



ASESOR: LIC. JORGE GUILLERMO HUTRON MARQUEZ.



29537

AGOSTO 2001.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A DIOS:

YA QUE SIEMPRE HA ESCUCHADO MIS PLEGARIAS CAMINANDO JUNTO A MI DURANTE TODA MI VIDA. CUIDÁNDOME Y GUIÁNDOME POR EL BUEN CAMINO. SIENDO PARTE FUNDAMENTAL EN ESTE LOGRO.

A MI PADRE:

JORGE FLORES HERNÁNDEZ.
YA QUE GRACIAS A LA BUENA EDUCACIÓN, APOYO, SACRIFICIO, Y ALIENTO A SEGUIR ADELANTE, QUE SIEMPRE ME HA DADO PARA PODER LLEGAR A SER UNA PERSONA DE BIEN, AYUDÁNDOME A CONCLUIR UNA ETAPA MUY IMPORTANTE EN MI VIDA.

A MI MADRE:

JOSEFINA HERNÁNDEZ CAMACHO,
A QUIEN GRACIAS A SU CARÍÑO, AMOR, EDUCACIÓN Y FORMACIÓN QUE ME DIÓ, FUE EL COMPLEMENTO PARA OBTENER ESTE LOGRO, Y AUNQUE POR OBRA DEL DESTINO YA NO SE ENCUENTRA CON MIGO, SIEMPRE VIVIRE AGRADECIDO Y RECORDANDOLA.

A MIS HERMANOS:

POR HABER PERMANECIDO
A MI LADO A LO LARGO DE ESTE CAMINO,
QUE HOY A CONCLUIDO. POR BRINDARME LA
CONFIANZA Y EL APOYO QUE NECESITE PARA
PODER LLEGAR. POR TODA LA PACIENCIA
Y COMPENSIÓN QUE HE RECIBIDO DIA CON
DIA MOTIVÁNDOME PARA SUPERARME.

A MIS AMIGOS:

POR HABER COMPARTIDO
CON MIGO, MIS FRACASOS Y DERROTAS,
DISFRUTANDO POR IGUAL, MIS TRIUNFOS Y
ALEGRÍAS. POR EL CARÍÑO OTORGADO, EL
CUAL ES UN VERDADERO ALICIENTE, PARA
EMPRENDER HOY UN NUEVO CAMINO.

A TODOS ELLOS GRACIAS POR SER PARTE
FUNDAMENTAL EN EL LOGRO QUE HOY HE
OBTENIDO, EL CUAL PARA MI ES MUY
IMPORTANTE, Y SIGNIFICA EL PUNTO DE
PARTIDA PARA SEGUIR ADELANTE OBTENIENDO
OTRAS SATISFACCIONES, PERO YA COMO
PROFESIONISTA.

LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DERIVADA DE LA PONENCIA DE NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL PREVISTA EN EL ART. 117 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

INTRODUCCION.	PAGS.
CAPITULO I.	
EL MINISTERIO PUBLICO.	
1.1. CONCEPTO.	1
1.2. NATURALEZA JURIDICA.	2
1.3. ANTECEDENTES.	5
1.4. EL MINISTERIO PUBLICO EN MEXICO.	7
1.5. EL MINISTERIO PUBLICO COMO AUTORIDAD.	10
1.6. TIPOS DE MINISTERIO PUBLICO.	14
CAPITULO II.	
DE LA AVERIGUACION PREVIA.	
2.1. CONCEPTO DE AVERIGUACION PREVIA.	18
2.2. INICIO DE LA AVERIGUACION PREVIA.	18
2.3. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.	20
2.3.1. DENUNCIA.	20
2.3.2. QUERRELLA.	22
2.4. MARCO LEGAL DE LA AVERIGUACION PREVIA.	26
2.5. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.	27
2.6. LEY ORGANICA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE MEXICO.	30
2.7. DE LAS DILIGENCIAS DE LEVANTAMIENTO DE ACTAS.	33
2.8. DEL ASEGURAMIENTO DEL PROBABLE RESPONSABLE.	38
2.9. DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA.	46
CAPITULO III.	
EL CUERPO DEL DELITO EN EL ESTADO DE MEXICO.	
3.1. DEFINICION.	52
3.2. INTEGRACION Y COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO EN EL	

ESTADO DE MEXICO.	58
3.3. TIPO, TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.	63
CAPITULO IV.	
DETERMINACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL ESTADO DE MEXICO.	
4.1. ACCION PENAL.	69
4.2. CARACTERISTICAS DE LA ACCION PENAL.	74
4.3. LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD.	82
4.4. EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.	84
4.5. EXTINCION Y SUSPENSION DE LA ACCION PENAL.	87
4.6. PONENCIA DE RESERVA.	101
4.7. PONENCIA DE NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.	103
4.7.1. DIVERSAS CONSECUENCIAS JURIDICAS, SOCIALES, SUSTRADAS DE LAS RESOLUCIONES MINISTERIALES Y LAS PARTES QUE CONFORMAN LA INVESTIGACION MINISTERIAL PREVIA.	106
4.8. LA PROBLEMATICA DEL INDICIADO ANTE LA CERTEZA JURIDICA.	112
4.9. LA NECESIDAD DE LIMITAR EN LA LEGISLACION ADJETIVA EL NUMERO DE VECES EN QUE EL OFENDIDO SE PUEDA INCONFORMAR SOBRE UNA PONENCIA DE NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.	120
CONCLUSIONES.	123
BIBLIOGRAFIA.	127
HEMEROGRAFIA.	130
LEGISLACION.	131

INTRODUCCION.

El presente trabajo de tesis que como título lleva: La Problemática Jurídica Derivada de la Ponencia de No Ejercicio de la Acción Penal Prevista en el Artículo 117 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México. es de gran importancia en nuestro derecho, ya que es parte de la debida procuración de justicia, la cual comienza desde que se levanta una averiguación previa, y se tiene a la Institución del Ministerio Público como la primera instancia ante la cual se presenta cualquier persona que sea víctima de un hecho ilícito, y que pretenda llevar su denuncia para exigir el castigo del responsable a través de las leyes penales; pues de conformidad con lo establecido por el artículo 21 de nuestra Constitución General, mismo que se allegará de elementos de prueba, utilizando todos los medios que sean necesarios y de los cuales está conferido para poder determinar en su caso el ejercicio de la acción penal, la ponencia de reserva, o el no ejercicio de la acción penal, esta última es el objetivo del presente trabajo, ya que se analizará la actividad Ministerial particularmente en lo que se refiere a la ponencia de no ejercicio de la acción penal prevista en el artículo 117 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, identificar los efectos jurídicos que esta produce al colocar en estado de incertidumbre jurídica al probable responsable y consecuentemente proponer modificaciones encaminadas a resolver este problema.

Situación que al determinarse la ponencia de no ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, por no encontrarse reunidos y satisfechos los requisitos que establece el artículo 16 de la Constitución General de los Estados Unidos Mexicanos, así como no estar comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, conforme lo establecen los artículos 119, 120 y 121 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, dicha

autoridad hará del conocimiento al Subprocurador que corresponda, de la resolución que recayera sobre dicha averiguación previa, para que la ratifique o en su caso devuelva al Ministerio Público para recabar nuevos elementos de prueba que puedan existir, cuando se dé la ratificación de dicha ponencia por parte del subprocurador y sus agentes auxiliares, el ofendido tiene el término de diez días para inconformarse con dicha resolución, ante el Procurador, pudiendo hacerlo las veces que él así lo quiera, aunque no tenga las bases y elementos, ya que en la legislación adjetiva no existe un límite o término, en el que lo pueda hacer, quedando el indiciado en un estado de zozobra, incertidumbre jurídica y desconociendo su verdadera situación jurídica.

Razón por la cual se hace en el presente trabajo la propuesta en el sentido de que se establezca en la legislación adjetiva de la materia un término, en el que cuando se dé esta situación, el ofendido sólo pueda solicitar la revisión, de dicha determinación de no ejercicio de la acción penal, por una sola vez, para así resguardar los derechos que al indiciado le confiere la Ley.

CAPITULO I.

EL MINISTERIO PÚBLICO.

1.1. CONCEPTO.

La Institución del Ministerio Público desde su nacimiento e instauración en nuestro Sistema Jurídico, ha sido una de las más discutidas.

“FENECH, define al Ministerio Público como “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”.¹

Colin Sánchez, define al Ministerio Público como “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 casos en los que le asignen las leyes”.²

EL Doctor Fix Zamudio, por su parte describe al Ministerio Público como: “El Organismo del Estado que realiza funciones judiciales, ya sea como parte o como sujeto auxiliar en las diversas ramas procesales, especialmente en la penal, y que contemporáneamente efectúa actividades administrativas, pues como consejero jurídico, de las Autoridades Gubernamentales, realiza la defensa de la legalidad”.³

La Institución del Ministerio Público es el Órgano del Estado que se encarga de manera exclusiva por la Constitución, de ejercitar la acción penal y pedir la reparación del daño ante el órgano jurisdiccional.

JU VENTINO, CASTRO V., El Ministerio Público en México, Editorial Porrúa, (7ª Edición) 1990 Pag. 15

² ibid Pag. 16

³ Ibid Pag. 16

El Ministerio Público, en nuestro actual sistema, un Organismo del Estado de muy variadas atribuciones, es una pieza fundamental en el procedimiento penal, en donde goza del llamado monopolio de la acción penal.

Al nacer esta Institución, surge en nuestro sistema la acusación Estatal, en la que es un órgano del Estado el que va a ejercitar la acción penal, reprimiendo el delito y velando así por los intereses de la Sociedad, esto en verdad ha sido objeto de las más enconadas críticas, MUSSIO, lo ataca llamándolo Instrumento fatalísimo de despótico Gobierno, y lo considera como un Instituto tiránico.

Se considera al Ministerio Público como un Organismo del Estado, de muy variadas atribuciones, ya sea de índole administrativo o dentro del proceso penal como Representante Social en el ejercicio de la acción penal, así como fiel guardián de la legalidad, velando por los intereses de la sociedad en los casos y por los medios que le asignen las leyes.

1.2. 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 y d) Como un colaborador de la función jurisdiccional.

a) Es un representante de la sociedad en el ejercicio de las acciones penales. Para fundamentar la representación social atribuida al Ministerio Público en el ejercicio de las acciones penales, se toma como punto de partida el hecho de que el Estado, al instituir a la autoridad, le otorga el derecho para ejercer la tutela

jurídica general, para que de esa manera persiga judicialmente a quien atente contra la seguridad y el normal desenvolvimiento de la sociedad.

Al respecto, Francesco Carrara hizo notar: Aunque la potestad para la persecución de los delitos emana de la Ley Social, que crea las formas y facilita los modos de esta persecución y hace más seguros los resultados, no crea el origen que tiene el derecho anterior a la sociedad civil, y es más bien la razón única de la esencia del cambio de la asociación natural en sociedad civil, ya que la constitución de la autoría en el Estado, es un medio necesario para la tutela jurídica.

Rafael de Pina 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 en el Ministerio Público su órgano específico y auténtico.

b) ¿Es un órgano administrativo? El ministerio público es un órgano administrativo, afirman no pocos autores, fundamentalmente en la doctrina italiana, la cual se ha dividido; mientras algunos le consideran como órgano administrativo, otros afirman que es un órgano judicial.

Guarnei 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 público de Gracia y Justicia, es Representación del Poder Ejecutivo en el proceso penal, y aunque de acuerdo con la leyes Italianas forma parte del "orden judicial" sin pertenecer al Poder Judicial, en consecuencia, no atiende por sí mismo a la aplicación de las leyes, aunque procura obtenerla del tribunal cuando y como lo exige el interés público en la aplicación de la ley.

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

Por otra parte “los actos que realiza el Ministerio Público son de naturaleza administrativa, lo que justifica que se apliquen a esta, 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. Aun más la situación 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.”⁴

En esas ocasiones 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

⁴ JOSE, GUARNERI, las Partes en el Proceso Penal. México 1985 Pág. 45,46

penal, propone demandas, presenta impugnaciones, tiene facultades de pedir providencias de todas clases.

1.3. ANTECEDENTES.

Considerando que para el estudio de cualquier Organismo o Institución, se debe tomar en cuenta su origen y su evolución a través del tiempo, con el fin de determinar si cumple adecuadamente con las funciones que le fueron encomendadas, atendiendo con ello, las necesidades que demanda el momento histórico en que se vive.

“El Ministerio Público, a la luz de la doctrina, es una de las instituciones en donde su origen es visto con gran especulación, algunos encuadran su nacimiento en la antigua organización jurídica de Grecia y Roma, en la Italia medieval, pero la corriente más predominante la sitúa en el Derecho Francés”.⁵

A) GRECIA:

Sobre el antecedente más remoto, se habla de los arcontes de la antigua Grecia, Magistrados que intervenían en los juicios y que tenían a su cargo la tarea de Representar los intereses particulares que por algún motivo presentaban una reclamación en contra de otros individuos.

B) ROMA:

En esta época, se habla de la intervención de un Magistrado que se denominaba *curiosi stationari* o *iranarcas*; encargados de la persecución de los

⁵ JOSE, FRANCO VILLA, EL Ministerio Público Federal, Editorial Porrúa (1ª ED)1985, Págs 7

delitos en los tribunales los cuales tenían funciones de Policía Judicial y en casos graves, el Senado y el Emperador designaban a algún acusador.

C) FRANCIA:

En realidad la Institución del Ministerio Público como existe actualmente es un producto de la Monarquía Francesa del siglo XIV.

El Procurador y el Abogado del Rey, se crearon para la defensa de los intereses del Príncipe.

El Procurador se encargaba de los actos del procedimiento y el abogado del litigio en donde estuvieran en pugna, los derechos del Monarca o de las personas que estaban bajo su protección.

Estos funcionarios protegían inicialmente de los derechos e intereses particulares del Rey, con el fin prácticamente, de aumentar su tesoro, pero en ocasiones tenían que actuar entre las jurisdicciones penales en determinados delitos, como el de traición al Rey, ya que se establecían penas como multa y la confiscación de bienes.

Su naturaleza fue cambiando hasta convertirse y organizarse como representantes, ya no del Monarca, sino del Estado, con objeto de asegurar el castigo del delito en el nombre del interés social.

Durante la Revolución Francesa opera un cambio, se consideran las funciones reservadas al Procurador y al Abogado del Rey, a comisionarios del Rey, así como a acusadores públicos encargados de ejercitar la acción penal y de sostener la acusación en el juicio.

Pero la iniciativa de la persecución se reservó a funcionarios de la policía judicial, Jueces de Paz y Oficiales de Gendarmería, en materias correccional el

Comisario del Rey, poseía la iniciativa de la persecución y ejercitaba la acción penal.

1.4. EL MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO.

“En la Constitución de Apatzingán del 22 de octubre de 1814, se estableció la organización de Tribunales, y se tenía la existencia de dos fiscales letrados, uno para el ramo Civil y el otro para lo Criminal, nombrados por el Congreso, a propuesta del Supremo Gobierno”.⁶

Conforme a la Constitución de 1824, primera división de poderes, la Suprema Corte se establece con once Ministros y un Fiscal, equiparando su dignidad a la de los Ministros.

Dentro de las leyes Constitucionales de 1836, y las bases orgánicas de 1843, igualmente se estableció la existencia de un fiscal, pero con carácter de inamovible.

Las Leyes de Ares del 6 de Diciembre de 1853, organizan al Ministerio Público como una Institución del Poder Ejecutivo.

En la constitución de 1857, se establece a la Suprema Corte de Justicia con once Ministros Propietarios, cuatro Supernumerarios, un Fiscal y un Procurador General; Distinguiéndolo de la del Fiscal, la figura del Ministerio Público, aunque ya se conocía, no se menciona en el texto aprobado, al respecto, decía el artículo 27 del proyecto de la Constitución:

⁶ GUARNERI, op cit Pág. 29

“A todo procedimiento Criminal, debe proceder querrela de parte ofendida, o instancia del Ministerio Público que sostenga los derechos de la Sociedad”⁷

Según la relación de este artículo el ofendido podía ir directamente ante el Juez de la causa ejercitando acción, de la misma manera podía hacerlo el Ministerio Público.

“En los debates del Congreso Constituyente de 1856-1857, encontramos fuertemente arraigada la tradición democrática y no se quiso instituir la figura del Ministerio Público porque consideró que no debía privarse a los Ciudadanos de su derecho de acusar, y que se les sustituyera por un acusador Público, ya que daría lugar a grandes dificultades en la práctica, originando embrollos en la administración de justicia, pues el Juez, de esta forma, estaría obligado a que el ministerio público ejercitara la acción, una opinión contraria es en el sentido de que es monstruoso que el Juez resulte ser, al mismo tiempo, parte dirigente a su arbitrio de la marcha del proceso.”⁸

Se propuso que el Ciudadano, al igual que el Ministerio Público, podría ejercitar la acción sin que significase que la Institución tuviese el monopolio exclusivo de la acción penal, esta propuesta fue rechazada porque no se quería privar al ciudadano de su derecho a acudir a los tribunales, quebrantando con ello los principios filosóficos sustentados por el individualismo.

En el Código de Procedimientos Penales del 15 de septiembre de 1880, en su artículo 28, se menciona ya al Ministerio Público, definiéndolo como una magistratura instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de justicia en

⁷ GULLERMO, COLIN SANCHEZ, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, (9ª ED) 1990
Pag 145

⁸ GUARNERI, op cit Pags 38-39

nombre de la sociedad, y para defender ante los tribunales los intereses de esta, en los casos y por los medios que señalan las leyes.

En el Código de Procedimientos Penales del 15 de septiembre de 1894, como en el anterior, se menciona al Ministerio Público, que actúa como auxiliar del Juez, y en el juicio actúa con el carácter de parte acusadora, pero sin disfrutar el monopolio del ejercicio de la acción penal, ya que también en el juicio intervenían el ofendido y sus causahabientes, considerados como parte Civil.

El 30 de junio de 1891, se publicó un reglamento del Ministerio Público, ya es hasta el año de 1903, cuando el general Porfirio Díaz expide la primera Ley Orgánica del Ministerio Público, estableciéndolo como parte en el juicio y no como mero auxiliar de la administración de justicia, mencionándose también que el Ministerio Público es el titular de la acción penal, el cual depende directamente del Procurador de Justicia, Titular de esa Institución.

Terminada la Revolución, se reúne en la Ciudad de Queretaro en Congreso Constituyente, que expide la Constitución de 1917, discutiéndose ampliamente, la redacción de los artículos 21 y 102, presentándose varios proyectos por cuanto hace al artículo 21, y por medio del voto particular del Diputado Enrique Colunga, en el que expresa las excelencias de la redacción, es aprobado por la Comisión, redacción que actualmente conserva en su primera parte el citado artículo Constitucional.

Por cuanto hace al artículo 102, en el que se establecen las bases sobre las que debe actuar el Ministerio Público, fue aprobado sin mayor discusión por los constituyentes de 1917.

El 14 de agosto de 1919, se publica en el Diario Oficial, la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal y Reglamentación de sus funciones, que se ajustan a

las disposiciones de la constitución de 1917, estableciéndose en la mencionada Ley, que el Ministerio Público es el único depositario de la acción penal.

Piña y Palacios nos dice: “De las Instituciones Francesas relacionadas con el Ministerio Público, se adoptan en México, entre otras la Policía Judicial, su organización y funcionamiento, por lo que respecta a la Institución misma del Ministerio Público, se fue introduciendo a través del proyecto de Legislación Procesal del Fuero Común de 1872, y el Código Procesal Penal de 1880, en la Ley Orgánica del Tribunal del mismo año, y en su reglamento. Se adopta con sus características fundamentales en el Código de Procedimientos Penales de 1894 en su Ley Orgánica del ministerio Público de 1903”.⁹

1.5. EL MINISTERIO PÚBLICO COMO AUTORIDAD.

Antes de entrar al estudio del tema de referencia daré una idea de lo que se entiende por Institución del Ministerio Público.

La palabra Ministerio Público viene del latín Ministerium, que significa cargo que ejerce uno, empleo, oficio u ocupación, de tipo noble y elevado. La palabra Público también se deriva del latín pópulos que significa pueblo, por lo que hace al desempeño de su funciones basadas en el campo jurídico este es ante los Tribunales en el que acusa a los delinquentes e investigador dentro de todas sus posibilidades jurídicas y apegado a los lineamientos que rigen tanto al Ministerio Público como en sí a la acción penal.

Don JOAQUIN ESTRICHE nos señala; “Entiéndase por Ministerio Fiscal que también se llama Ministerio Público, las funciones de una Magistratura

⁹ JAVIER, PIÑA Y PALACIOS, Origen del Ministerio Público en México, Revista Mexicana de Justicia, Vol. II Núm. I 1984 p 30

particular que tiene por objeto velar por los intereses del Estado, y de la sociedad en cada tribunal, o que bajo las ordenes del Gobierno tiene cuidado de promover la representación de los delitos, la defensa judicial de los intereses del Estado y la obediencia de las leyes que determinan la competencia de los Tribunales".¹⁰

Juan D. Ramírez Fronda, señala que "Ministerio Público, es el cuerpo de Magistrados que tienen por misión la defensa de los intereses de la sociedad y de los incapaces".¹¹

Sergio García Ramírez, este autor lo considera como "Pieza fundamental del proceso penal moderno, siendo un acusador del Estado, en México, es un instrumento total de procedimiento, así en la importantísima fase de averiguación previa, verdadera instrucción para-judicial o administrativa, como en el cuerpo del proceso judicial, donde el Ministerio Público asume monopolísticamente o no el ejercicio de la acción penal en nombre del Estado".¹²

De lo anterior se desprende que el Ministerio Público es un cuerpo orgánico con unidad indivisible en sus funciones, jerárquico, en donde todos actúan bajo las ordenes de un Procurador General, siendo un representante de la sociedad, actuando independientemente en sus funciones a pesar de que es nombrado por el presidente de la República o por los Gobernadores en su caso.

No hay que olvidar que los agentes del Ministerio Público son irrecusables, aunque los mismos deben excusarse cuando hay motivo para ello; teniendo a sus ordenes a la policía, actúa como autoridad dentro de la averiguación previa.

¹⁰ EUGENIO MAILLEFERT Y COMPAÑIA, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Paris 1958, Pag 1301

¹¹ JUAN D. RAMÍREZ GRONDA, Derecho, Pag 199

¹² SERGIO, GARCÍA RAMÍREZ, Derecho Procesal Penal Mexicano, México, Editorial Porrúa, México 1994. Pág. 200

El Ministerio Público como autoridad.- El artículo 21 Constitucional dispone que, La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliara con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Párrafo interpretado por la Corte en el sentido de que el ejercicio de la acción penal corresponde exclusivamente al Ministerio Público, de manera que cuando el no ejerce la acción, no hay base para el procedimiento.

Así podemos decir que el Ministerio Público es una Institución investida de Autoridad, durante la fase de averiguación previa; ya que tutela los intereses del ofendido por el delito y representa a la Sociedad bajo los lineamientos que fundan su acción en la buena fe, ejercita las acciones penales, realizando funciones específicas inherentes a su cargo Institucional, como lo son las funciones investigadoras y persecutorias dentro de la averiguación previa.

El Ministerio Público tiene varias funciones, antes de poner en acción el órgano jurisdiccional, una de ellas tal vez la más importante es la integración de la averiguación previa, en su función investigadora ya que esta se desarrolla precisamente antes del proceso, en otras palabras puede desarrollar actividades de investigación no sancionadas por la Ley, para obtener o determinar la probable responsabilidad del acusado y comprobar los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Otra de su funciones es la Acusatoria en la cual tipifica claramente el delito que imputa al indiciado ò indiciados, fundándolo específicamente en el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, mencionando claramente los preceptos legales a los cuales estos encuadramientos pertenecen.

El Ministerio Público no es sustituible en sus funciones por ningún Organó del Estado, sin embargo en sus funciones indagatorias para la integración de la averiguación previa siempre es auxiliado por la policía en los sucesos

delictuosos, pero es el Ministerio Público quien analizando, pero en todo momento salvaguardando los intereses de la Sociedad y solo con razón jurídica plenamente justificada ejercita la acción penal, es él quien en un momento dado puede resolver la situación jurídica del indiciado, sin llegar al proceso, ya que el Ministerio Público puede hacerlo, sin embargo puede darse el caso de flagrante delito en el que cualquier ciudadano o policía ejecute la detención en el momento mismo que se estén llevando a cabo los hechos, por lo que debe inmediatamente ponerse al indiciado a disposición del Ministerio Público. Por lo que se deberá recabar el requisito de procedibilidad a efecto de iniciar la integración de la averiguación previa al respecto.

El Ministerio Público no decide controversias, no es posible considerarlo Órgano jurisdiccional, sino más bien Administrativo derivándose con esto su carácter de parte, puesto que la represión penaria pertenece a la sociedad y al Estado en personificación de la misma, para que la ley no quede violada persigue el delito.

Por otra parte los actos que realiza el Ministerio Público son de naturaleza Administrativa, lo que justifica que se aplique a esta, 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 procede 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 ordenes, circulares, y otras medidas tendientes a vigilar la conducta de quienes integran el Ministerio Público, aspecto que cae también dentro del orden administrativo.

Según MESA VELASQUEZ. “El Ministerio Público, en lo personal es una institución legal de origen administrativo constituida por un conjunto de Funcionarios Públicos que, bajo la Dirección de Gobierno y al lado de los Jueces, tienen por misión la defensa de los intereses de la sociedad en la persecución de los delitos”.¹³

Para V. CASTRO, “EL Ministerio Público no es un Órgano que se encargue de impartir justicia, sino un Órgano Administrativo que vela por que se aplique la Ley estrictamente por aquellos que si tienen la misión de impartir justicia. Es un Órgano Estatal requirente en el proceso para definir la resolución penal”.¹⁴

Por lo que en nuestro medio, el Ministerio Público es una Institución Jurídica creada por la Constitución y cuya naturaleza es polifacética, por eso en el cumplimiento de su funciones actúa como autoridad Administrativa, colabora en la función jurisdiccional, es parte en la relación procesal, representa a los menores, a los ausentes, al Estado, a la sociedad, entre otras.

1.6. TIPOS DE MINISTERIO PUBLICO.

El artículo 21 de la Constitución establece en forma terminante 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 casos el carácter del sujeto que comete el delito, podemos establecer que en la República Mexicana existen: el Ministerio Público del Distrito Federal, el

¹³ MEZA VELÁSQUEZ, LUIS EDUARDO, Derecho Procesal Penal, Editorial Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, 1963 Tomo I, Pág 169

¹⁴ V. CASTRO, EL Ministerio Público en México, Editorial porrua, séptima edición, 1990, Pág. 39

Ministerio Público Militar, el Ministerio Público del Fuero Comùn, para cada una de las entidades federativas y el Ministerio Público Federal.

ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La Constitución General de la República faculta al Ministerio Público y precisa su atribución esencial; las Leyes orgánicas lo estructuran y organizan señalándole además con cierto detalle, las actividades que le corresponden.

Consecuentes con la norma constitucional, las leyes que lo organizan, los demás textos legales y la jurisprudencia otorgan al Ministerio Público la titularidad de la acción penal; sin embargo, prácticamente, la esfera de acción del Ministerio Público se extiende más allá del ámbito del Derecho Penal, siendo notable su intervención en materia civil, en cuestiones de tutela social, representando a los incapacitados o ausentes y en algunas otras ocasiones en las que son afectados los intereses del Estado (tal es el caso del Ministerio Público Federal y del Ministerio Público local de algunas entidades federativas).

En términos generales se puede decir que tiene encomendada también la delicada misión de preservar a la sociedad del delito.

De lo apuntado concluimos que el Ministerio Público tiene asignadas funciones específicas en:

a) En el 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 ese campo realizará las siguientes funciones específicas: 1. Investigatoria; 2. Persecutoria; y, 3. En la Ejecución de sentencias.

b) En el Derecho Civil. En materia civil, tiene encomendada fundamentalmente una función derivada de leyes secundarias en aquellos asuntos en los cuales el interés del Estado debe mantenerse para la protección de ciertos intereses colectivos o cuando estos mismos requieren por su naturaleza y trascendencia, de una tutela especial.

c) En el juicio Constitucional y, como Consejero y Auxiliar del Ejecutivo. Estas funciones solamente podemos referirlas en forma concreta al Ministerio Público Federal, aunque es pertinente hacer notar que el Procurador de Justicia del fuero común en algunas entidades federativas tienen también asignadas las funciones del consejero jurídico del Ejecutivo Local.

PRINCIPIOS ESENCIALES QUE LO CARACTERIZAN.

“En relación con el funcionamiento del Ministerio Público en México, de la doctrina y de la Ley se desprenden, los siguientes principios esenciales que lo caracterizan:

a) Jerarquía. El Ministerio Público está organizado jerárquicamente bajo la dirección y estricta responsabilidad del Procurador General de Justicia, en quienes rescinden 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 de esa materia es de competencia exclusiva del Procurador.

Lo aquí anotado así debería ser; sin embargo, en la práctica esto es distinto, recuérdese que, en nuestro medio, el Ministerio Público es nombrado y removido libremente por el titular del Poder Ejecutivo, razón por la cual el

Procurador y todo el personal integrante de la institución están subordinados totalmente a dicho titular.

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 integrantes 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.

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 aplica sin mayores complicaciones, si para ello hacemos notar la división de poderes existentes en nuestro país y las características que le singularizan, de tal manera que correctamente, la función corresponde al Ejecutivo depende del mismo, no pudiendo tener injerencia ninguno de los otros en su actuación.

d) Irrecusabilidad. El Ministerio Público, cuando exista algunas de las causas de impedimentos que la Ley señala para las excusas de los magistrados y jueces Federales, deberían 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 otros funcionarios del Ministerio Público Federal.”¹⁵

El Ministerio Público del fuero Común en el Distrito, del fuero Federal y en las entidades federativas, se organizan, de acuerdo con los lineamientos de la leyes respectivas.

¹⁵ COLIN SANCHEZ, op cit , Págs 92-94

En el texto de las mismas se establece: sus facultades y obligaciones, personal que lo integran, distribución de éste y algunos otros aspectos necesarios para el cumplimiento de sus atribuciones legales.

CAPITULO II.

DE LA AVERIGUACION PREVIA.

2.1. CONCEPTO DE AVERIGUACION PREVIA.

Como fase del procedimiento penal, puede definirse la averiguación previa como la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza toda aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal.

En tanto que expediente es definible como el documento que contiene todas las diligencias realizadas por el órgano investigador tendiente a comprobar en su caso, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal.

2.2. INICIO DE LA AVERIGUACION PREVIA.

Son muchas las actividades que realiza el Agente del Ministerio Público normalmente en múltiples actas levantadas por diversos probables delitos, por lo que a continuación mencionaremos determinadas diligencias que sirven de guía general de las actividades más usuales en la integración de las actas de Averiguación Previa.

Las actas de averiguación previa deben contener todas y cada una de las actividades desarrolladas por el Ministerio Público sus auxiliares, siguiendo una estructura sistemática y coherente, atendiendo una secuencia cronológica, precisa y ordenada, observando en cada caso concreto las disposiciones legales correspondientes.

SINTESIS DE HECHOS.

Consiste en una narración breve de los hechos que motivaron el levantamiento del acta. Tal diligencia comúnmente conocida como "exordio" puede ser de utilidad para dar una idea general de los hechos que originan el inicio de la Averiguación Previa.

NOTICIA DEL DELITO.

Toda Averiguación Previa se inicia mediante una noticia que hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de un hecho posiblemente constitutivo de delito, tal noticia puede ser proporcionada por un particular, un agente un miembro de una corporación policiaca o cualquier persona que tenga conocimiento de la ejecución de un hecho presumiblemente delictivo, perseguible por denuncia.

Cuando es un particular quien proporciona la noticia del delito, se le interroga en forma que más adelante se describirá respecto de los testigos; si es un miembro de una corporación policiaca quien informa al Ministerio Público, además de interrogársele, se le solicitará parte de policía asentando en el acta los datos que

proporcione el parte o informe de policía y los referentes a su identificación, y fe de personas uniformadas, en su caso.

2.3. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

Los requisitos de procedibilidad son las condiciones lègales que deben cumplirse para iniciar una Averiguación Previa y en su caso ejercitar la acción penal contra el responsable de la conducta típica. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos podemos observar que en su artículo 16 nos dice que los requisitos de procedibilidad son la denuncia y querrela.

2.3.1. DENUNCIA.

En relación a la denuncia son varias las acepciones que en la doctrina se han vertido sobre el concepto; por ejemplo “Florián afirma que: Denuncia es la exposición de la noticia sobre la comisión de un delito, hechos por el lesionado o por un tercero, a los òrganos competentes”.¹⁶

Garcia Ramírez indica: “La denuncia constituye una participación de conocimiento, hecha ante la autoridad competente, sobre la comisión de un delito que se persigue de oficio”.¹⁷

Rivera Silva dice que: “Denuncia es la redacción de actos que se suponen delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora, con el fin de que esta tenga conocimiento de ellos”.¹⁸

¹⁶ FLORIAN, EUGENIO, Elementos del Derecho Procesal Penal, Editorial Buch, Barcelona 1979, Pág 182

¹⁷ GARCIA RAMIREZ, op cit Pág 295

¹⁸ MANUEL, RIVERA SILVA, El Procedimiento Penal, 13ª edición, Editorial porrua, Mexico 1983, Pág. 102

Franco Sodi manifiesta: "Que denuncia es el medio obligatorio para toda persona que pone en conocimiento de la autoridad, la existencia de delitos que se sepa y sean perseguibles de oficio".¹⁹

Osorio y Nieto, establece que: "denuncia es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible de oficio".²⁰

Debe entenderse la denuncia como el medio legal por el cual se pone en conocimiento del órgano investigador la noticia de haberse cometido o que se pretende cometer un hecho que la Ley penal castiga como delito, siempre que sean aquellas conductas que, por disposición de la ley, se persiguen de oficio. Y es obligatoria, puesto que quien la omite es responsable del delito previsto y penado en el artículo 149 del Código Penal para el Estado de México.

Entonces podemos concluir que la denuncia es la noticia de actos u omisiones presumibles delictuosos, perseguibles de oficio, hecha obligatoria por cualquier persona, aunque no le afecten los hechos y tenga o no intervención en los mismos ante el órgano persecutorio quien procederá a la investigación. Desprendiéndose de esta conclusión cuatro elementos:

- a) La noticia de acciones u omisiones presumibles delictuosas.
- b) Presentada ante el órgano persecutorio.
- c) Hecha por cualquier persona de manera obligatoria.
- d) Sólo de delitos que se persiguen de oficio.

¹⁹ CARLOS, FRANCO SODI, El Procedimiento Penal Mexicano. Editorial porrua, México 1939, Pág. 85

²⁰ CESAR AUGUSTO, OSORJO Y NIETO, La Averiguación Previa, Editorial Porrua, Sexta Edición, 1983, Pág. 9

La exposición de la noticia podrá realizarse de forma oral o escrita consistiendo en narrar únicamente los hechos que se presumen delictivos, lo cual establece el artículo 103 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, describiendo los hechos supuestamente delictivos sin calificarlos jurídicamente, comprende la redacción de acciones u omisiones que pudieran encuadrar conforme a la ley en delictuosos; pero para que toda esta redacción de hechos tenga carácter jurídico procesal debe perseguirse ante la autoridad investigadora facultada constitucionalmente para perseguir los delitos, siendo en éste caso el Ministerio Público. En cuanto a que cualquier persona puede realizar la denuncia, implica que no necesariamente tenga que ser el ofendido, sino cualquier persona sin importar su edad, sexo y se le afecten o no los hechos según su participación, es decir, de cualquier ciudadano que se percate de los hechos podrá realizar la denuncia.

Los hechos u omisiones que constituyen delitos, que en este caso analizamos se tratan de los que se persiguen oficiosamente por el órgano encargado.

De la Legislación secundaria como lo es el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México entre otros, se han desprendido algunas consecuencias en lo que se refiere a la denuncia, así tenemos que los familiares del presunto o presuntos responsables o los que tengan relación de parentesco hasta el segundo grado, no se encuentran obligados, a declarar en contra de los mismos. De ahí que el Ministerio Público, antes que el denunciante redacte sus hechos y declare denunciando a algún familiar, tenga que hacerle saber que no se encuentra obligado a denunciar. El órgano encargado debe certificar la identidad del denunciante y la autenticidad de los documentos en los que se apoye la denuncia y para esto, tiene que requerirlo y advertirlo para que se conduzca con la verdad, logrando así una buena administración de justicia.

2.3.2. QUERELLA.

Al definir la querella nos encontramos con autores como Osorio y Nieto que señala que: “La querella es una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio para que se inicie y se integre la Averiguación Previa correspondiente, y en su caso, ejercitar la acción penal”.²¹

Rivera Silva define a la querella como: “La relación de hechos expuestos por el ofendido ante el órgano investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito”.²²

Franco Sodi la define así: “Una manifestación hecha por el ofendido a la autoridad competente, dándole a conocer el delito, de que fue víctima y su interés en que se persiga al delincuente”.²³

De estas definiciones podemos rescatar a los elementos que integran a la querella que son:

- a) Una relación de hechos.
- b) Relación de hechos que se haga por la parte ofendida.
- c) Que se manifieste en la queja, el deseo de que se persiga al autor del delito.
- d) Presentada ante el Ministerio Público (como órgano persecutor).
- e) Sobre delitos que se persiguen a petición de parte.

²¹ Ibid, Pag 9

²² RIVERA SILVA ob cit, Pag 110

²³ FRANCO SODI, ob cit, Pag 92

La querrela es otro de los elementos legales a que se recurre para poner en conocimiento del órgano competente, de que se ha cometido o se pretende cometer un delito, pero con la particularidad de que sólo puede recurrir a ella, la persona ofendida o su legitimo representante, siempre y cuando en el poder expedido a su favor tenga cláusula explicita para querrellarse, que se trate de delitos que por disposición de la Ley se persigan a instancia de parte, y exprese la voluntad que se proceda en contra del responsable.

“Ahora bien, en el supuesto de que si el resultado de la Averiguación Previa apareciera como infundada la querrela, el querellante no incurrirá en responsabilidad penal, a no ser que de los términos de aquella, se desprendieran elementos que pudieran revestir la categoría de algún delito, y esto se debe a que el ejercicio de la potestad de la querrela no se condicione a que su titular u otra persona facultada por él, se cerciore, antes de presentarla, de que el hecho que las motive pudiera constituir en realidad un delito y tampoco que aquél a quien se le atribuya sea penalmente responsable, porque corresponde al órgano jurisdiccional, comprobar las circunstancias respectivas”.²⁴

Delitos Perseguidos por Querrela en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México:

1. Violación de correspondencia;
2. Ejercicio indebido del propio derecho;
3. Hostigamiento sexual;
4. Estupro;
5. Violación a la esposa o concubina;

²⁴ CESAR AUGUSTO, op cit , Pág 14

6. Adulterio;
7. Lesiones comprendidas por el tránsito de vehículos;
8. Abandono de conyuges;
9. Difamación y Calumnias;
10. Privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales.
11. Abuso de confianza;
12. Daño en propiedad ajena;
13. Fraude;
14. Despojo, excepto en las hipótesis previstas en los dos últimos párrafos del artículo 308 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.
15. Peligro de contagio entre conyuges; y
16. Violencia familiar, excepto que la víctima sea menor o incapaz.

Una de las características de estos delitos es que antes de que se dicte la sentencia se puede ofrecer el perdón del ofendido, sin más requisito que la simple manifestación. Para presentar la querrela no existe alguna formalidad especial, se lleva a cabo al igual que la denuncia y sólo se requiere que, aunada a la firma que se registre en la declaración se estampe la huella digital del pulgar derecho. Asimismo se informará al querellante la trascendencia del acto que se realiza.

En cuanto a la facultad para formular la querrela, cualquier ofendido por el ilícito puede presentar querrela aun cuando sea menor; en cuanto a los incapaces, pueden presentarla los ascendientes, hermanos o representantes legales.

La persona física puede presentar querrela mediante poder general con cláusula especial, excepto en los casos de privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales, estupro y adulterio.

Referente a las personas morales se establece que podrá ser formulada por apoderado investido de poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sean necesario acuerdo o ratificación previa de los órganos sociales o poder especial para el caso específico.

“La querrela puede perseguirse verbalmente por comparecencia directa ante el Agente del Ministerio Público o por escrito; en evento de que la formulación sea oral deberá asentarse por escrito, se anotarán los datos generales de identificación del querellante, entre los cuales deberá incluirse la impresión de las huellas digitales en el documento en el que se registre la querrela. Así mismo deberá comprobarse la personalidad del querellante.”²⁵

Según tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para tener por formulada la querrela no es necesario el empleo de frase específica alguna, bastando que de la manifestación del ofendido se desprenda, sin duda alguna, el deseo de que enderece la acción penal en contra de determinada persona por hechos concretos.

2.4. MARCO LEGAL DE LA AVERIGUACION PREVIA.

La Averiguación Previa se regula en diversos ordenamientos legales. La base jurídica se encuentra en los artículos 14, 16, 19 y 21 de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos; En lo referente a la Averiguación Previa para el Estado de México, su regulación está dada por el Código de Procedimientos Penales

²⁵ *ibid*, Pág 11

para el Estado de México en los artículos que van del 97 al 162, También se encuentra regulado por la Ley orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México en los artículos 2º y 3º.

2.5. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.

En el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos encontramos el fundamento de la Averiguación Previa como etapa del juicio penal mexicano el cual cita Nadie podrá ser privado de la vida, la libertad o de sus propiedades posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su segundo párrafo establece no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la Ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable responsabilidad del indiciado.

De lo anterior debemos destacar que para librar orden de aprehensión debe proceder denuncia, o querrela, aquí es donde tiene su fundamento constitucional la Averiguación Previa, pues en ella es donde se formula la denuncia o querrela.

El artículo 19 Constitucional establece Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal

prisión en el que se expresarán; el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la Averiguación Previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

De lo anterior se puede interpretar que para que un sujeto quede a disposición del Juez debió existir una etapa previa dedicada a acreditar el cuerpo del delito y la probable o plena responsabilidad del inculpado.

En el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establecen las atribuciones esenciales del Ministerio Público, el cual contiene, la imposición de las penas será 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.

Para dar una interpretación acerca de éste ordenamiento definamos en qué consiste la investigación y la persecución de los delitos.

La investigación es la búsqueda constante de las pruebas que acrediten la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes en ellos participan.

Persecución consiste en buscar y reunir los elementos necesarios así como hacer todas las gestiones pertinentes para procurar que a los autores de los delitos se les apliquen las sanciones establecidas en la Ley.

Olga Islas y Elpidio Ramírez enlistan las actividades que debe realizar el Ministerio Público en la persecución del delito, como atribución de éste y son las siguientes:

a) recibir la denuncia o querrela;

b) Buscar las pruebas que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, para ofrecerlas y desfogarlas ante el órgano jurisdiccional.

c) Ejercitar la acción penal;

d) Solicitar al Juez las ordenes de comparecencia y de cateo;

e) Interponer recursos y desistirse de ellos cuando esto proceda;

f) Pedir al órgano jurisdiccional la aplicación de las penas y medidas de seguridad;

g) Intervenir en todos los actos de procedimiento.

De lo anterior podemos concluir que la investigación y persecución de los delitos consiste en reunir todos los elementos necesarios para determinar la existencia de tal así como los responsables de la comisión de estos.

En este artículo se da al Ministerio Público la tarea de ser quien investigando y persiguiendo los delitos deba acreditar plenamente los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado.

Por lo que podemos concluir que la Averiguación Previa estará a cargo del Ministerio Público.

BASE JURIDICA DE LA FUNCION DEL MINISTERIO PUBLICO.

El artículo 157 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, establece el ejercicio de la acción penal compete al Ministerio Público:

- I. Promover la incoación del procedimiento judicial;
- II. Solicitar las órdenes de comparecencia y de aprehensión;
- III. Pedir el aseguramiento de bienes para los efectos de reparación de daño;
- IV. Rendir las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculcados; y
- V. En general, hacer todas las promociones que sean conducentes a la pretensión punitiva y la tramitación pronta y expedita de los procedimientos.

2.6. LEY ORGANICA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE MEXICO.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, publicada en la Gaceta de Gobierno el Diez de abril de 1996, se integra de ocho capítulos, 48 artículos y diez transitorios; en ellas señalan sus atribuciones, bases de organización, y disposiciones legales.

El fundamento legal de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México se encuentra en el artículo 5° de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México.

BASES DE ORGANIZACION.

El Ministerio Público está a cargo del Procurador General de Justicia del Estado de México, quien ejerce autoridad jerárquica sobre todo el personal de la institución.

La procuraduría cuenta con Subprocuradores, Agentes del Ministerio Público, Oficial Mayor, Contralor Interno, Coordinadores, Directores de Área, Subdirectores de Área, Jefes de Unidad Departamental, Agentes de la Policía Judicial, Peritos y demás personal de apoyo administrativo que sea necesario.

La Procuraduría cuenta con Agencias del Ministerio Público que son órganos desconcentrados por territorio, con autonomía técnica y operativa y sus titulares están subordinados jerárquicamente al Procurador, y sus funciones son en materia de Averiguaciones Previas, Policía Judicial, Servicios Periciales, Reserva de la Averiguación Previa, Consignación, Propuesta de No Ejercicio de la Acción Penal y Control de procesos, Vigilancia del respeto a los Derechos Humanos, Servicios a la Comunidad, Atención a la Víctima, Prevención del Delito, Seguridad Pública, Información y Política criminal.

Esta Ley regula la Averiguación Previa en los artículos:

ARTICULO 2º. La Procuraduría General de Justicia es la dependencia del Poder Ejecutivo, en la que se integra la institución del Ministerio Público, para el ejercicio de las atribuciones que se le otorgan en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, las que se determinan en la presente Ley y demás disposiciones legales.

ARTICULO 3º. La aplicación de esta Ley, corresponde en el ámbito de sus respectivas atribuciones, al Procurador General de Justicia, Subprocuradores,

Agentes del Ministerio Público, policía judicial, directores generales, titulares de las unidades administrativas de la dependencia, y en general, a los servidores públicos que laboran en ella.

ARTICULO 17°. Son atribuciones de los agentes del Ministerio Público:

I. Investigar los delitos del fuero común, a fin de acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado;

II. Ejercitar la Acción Penal;

III. Poner a las personas aseguradas a disposición de la autoridad competente;

IV. Solicitar las órdenes de cateo conforme a lo dispuesto en los preceptos legales aplicables;

V. Establecer sistemas de control, vigilancia y protección de los bienes y valores asegurados por el Ministerio Público;

VI. Hacer valer de oficio las causas excluyentes de responsabilidad y las causas de imputabilidad;

VII. Resolver el no ejercicio de la acción penal;

VIII. Someter a la consideración del Procurador, por conducto del Subprocurador respectivo, el desistimiento de la acción penal;

IX. Ordenar la detención de los indiciados, en los casos y con los requisitos determinados en la Ley;

X. Conceder la libertad provisional al indiciado, en los casos y con los requisitos determinados en la Ley;

XI. Ser parte en los procesos penales y realizar los actos de su competencia señalados en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México;

XII. Ejercer el mando directo e inmediato de la Policía Judicial;

XIII. Auxiliar a las autoridades del Ministerio Público Federal o de otras entidades federativas, cuando lo determine la Ley o estas lo soliciten;

XIV. Coordinar su actuación con las autoridades federales o de otras entidades federativas, en la investigación de los delitos cuando sea competencia de aquellas;

XV. Proporcionar orientación y asesoría jurídica a las víctimas del delito;

XVI. Hacer efectivos los derechos del Estado e intervenir en los juicios que afecten a quienes las leyes otorgan especial protección;

XVII. Fomentar la conciliación de las partes en los delitos de querrela; y

XVIII. Las demás que determinen las leyes.

2.7. DE LAS DILIGENCIAS DE LEVANTAMIENTO DE ACTAS.

“Las diligencias de levantamiento de actas, dan inicio cuando se tienen conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio o de querrela, para lo cual los funcionarios Públicos encargados de practicar diligencias de averiguación previa, una vez que tengan conocimiento de algún delito dictarán todas las providencias necesarias para la debida integración de la averiguación previa.

Concepto del significado de la palabra diligencia, la ejecución y cumplimiento de un auto, acuerdo o decreto judicial, su notificación, entre otras.”²⁶

En otras palabras, consisten en una serie de actos relacionados entre sí y determinados por la Ley Procesal Penal, constitutivos en su conjunto de la función investigadora del delito a cargo del Ministerio Público; estos actos conforman en sí un procedimiento que tiene como finalidad probar si existe o no los elementos del cuerpo del delito y la probable o plena responsabilidad del inculcado para que el representante social resuelva sobre el ejercicio o no de la acción penal.

Estas diligencias consisten en la investigación e indagación de los hechos supuestamente delictuosos, como lo señala el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México en su artículo 108 en la que menciona, tan luego como los servidores públicos encargados de practicar diligencias de averiguación previa tengan conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, dictarán todas las providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas; para impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso y los instrumentos o cosas, objeto o efectos del mismo; para saber que personas fueron testigos del hecho y en general, impedir que se dificulte la averiguación y, en los casos de flagrante delito, para asegurar a los responsables.

Lo mismo se hará tratándose de delitos que solamente puedan perseguirse por querrela, si ésta ha sido formulada.

En consecuencia los instrumentos del delito, así como las cosas que sean objeto o producto de él, así como aquellos en que existan huellas del mismo, o pudieran tener relación con este serán asegurados; ya sea reuniéndolos,

²⁶ ANTONIO DE J. LOZANO, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencias Mexicanas*, Tomo I Pag 457

poniéndolos en secuestro judicial o simplemente al cuidado o bajo la responsabilidad de una persona, para el objeto de que no se alteren, destruyan o desaparezcan.

Siendo las diligencias de actas en forma escrita, en esta se detallan cada un o de los actos que se efectúen en la averiguación previa, como lo señala el artículo 109 del Código mencionado, el cual indica; En los casos del artículo anterior, el acta correspondiente deberá contener la hora, fecha y modo en que se tenga conocimiento de los hechos; el nombre y carácter de la persona que dió noticia de ellos, y su declaración, así como la de los testigos y la del indiciado, si se encontrare presente; la descripción de lo que haya sido objeto de inspección ocular; los nombres y domicilios de los testigos que no se hayan podido examinar; el resultado de la observación de las particularidades que se hayan notado a raíz de ocurridos los hechos, en las personas que en ellos intervengan; las medidas y providencias que se hayan tomado para la investigación de los hechos, así como los demás datos y circunstancias que se estime necesario hacer constar.

Lo que indica que se llevará a cabo las diligencias necesarias para la integración de la averiguación previa. Y de ser necesario para la probación de los elementos del cuerpo del delito y la probable o plena responsabilidad del indiciado de sus circunstancias, tuviera importancia el reconocimiento de un lugar cualquiera, se hará constar en las diligencias la descripción del mismo, sin omitir ningún detalle que pueda tener valor.

De igual forma se dará fe, en las diligencias de los instrumentos que se utilizaron para llevar a cabo el delito, así como también de las lesiones, de las huellas de violencia en las personas, de objetos y de todos los elementos que la naturaleza de la investigación amerite.

Si hay testigos y están presentes, se hará constar su declaración, si existen pero no han comparecido ante el Agente del Ministerio Público se les citará, como lo establece el artículo 110 del citado Código, el Ministerio Público podrá citar, para que declaren sobre los hechos que se investigan, a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezcan que tengan datos sobre los mismos. En el acta se hará constar quien mencionó a la persona que haya de citarse o por que motivo el funcionario que practique las diligencias estimó conveniente hacer la citación.

En el artículo 111 del citado ordenamiento jurídico menciona que: cuando una autoridad distinta al Ministerio Público practique diligencias de averiguación previa remitirá a éste, dentro de tres días de haberla iniciado, el acta o actas levantadas y todo lo que con ellas se relacione. Si hubiere detenidos, la remisión se hará dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención.

En las diligencias practicadas por autoridad distinta del Ministerio Público, este no delega su función de persecución de los delitos, sino que solo procede dicho supuesto en el entendido de que no se encontrara en el lugar o por la hora un Agente del ministerio Público.

Frecuentemente se observa que, cuando existe detenido y no ha sido posible, durante el turno, integrar los elementos legales para consignar, se le remite a disposición del C. Jefe de Averiguaciones Previas funcionario a quien se le envía el acta para que un Agente del Ministerio Público adscrito a la mesa de trámite la continúe y resuelva, ya sea consignando o en su caso, dejando en libertad al sujeto o sujetos supuesto que se encuentra contemplado en el artículo 112 del citado ordenamiento jurídico, el cual menciona que; Cuando el Ministerio Público se presentare ante el Servidor Público que haya iniciado una averiguación, éste cerrará el acta en el estado en que se encuentre y la entregará a aquél para que la continúe,

asi como los detenidos y los objetos que se hayan recogido, comunicándole todos los demás datos de que tengan noticias.

En el caso de que hubiera detenido ò ingresa a un hospital una persona, se le deberá practicar una diligencia de acuerdo a los establecido en los artículos 113 y 114 del Código Adjetivo a que se ha hecho referencia, mismos que establecen respectivamente que; El Ministerio Público que practique diligencias de averiguación previa determinará en cada caso, qué personas quedarán en calidad de detenidas y en qué lugar, haciéndolo constar en el acta respectiva.

De las diligencias practicadas por el Ministerio Público, se puede llegar a la consignación, también puede resultar que por alguna circunstancia, la averiguación se reserve mientras comparece alguna persona citada o que de plano se ordene el archivo, por no existir elementos para proceder en contra del indiciado, o por que de los hechos, claramente se desprende que no se configura ningún delito. Como se encuentra contemplado en el artículo 116 y 117 del referido Código, mismos que mencionan respectivamente que; Si de las diligencias practicadas no se acreditan los elementos que integran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado para hacer la consignación a los Tribunales y no aparece que se puedan practicar otras, pero con posterioridad pudieran allegarse datos para proseguir la averiguación, se reservará el expediente hasta que aparezcan estos datos y entre tanto, se ordenará a la policia y a los servicios periciales para que hagan las investigaciones y practiquen los dictámenes respectivos, tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos. En caso de que la averiguación deba proseguirse, el Agente del Ministerio público, notificará a la victima u ofendido y al inculcado tal circunstancia.

En todo caso, la determinación del Ministerio Público por la que se reserve será revisada por el Procurador General de Justicia del Estado o

Subprocurador que corresponda, a quienes dentro del termino de cuarenta y ocho horas, se remitirá la indagatoria:

Cuando en vista de la averiguación previa el Agente del Ministerio Público estime que no es de ejercitarse la acción penal por los hechos que se hubieren denunciado como delitos o por los que se hubiere presentado querrela, dictará su determinación haciéndolo constar así y remitirá, dentro de las cuarenta y ocho horas, el expediente al Procurador General de Justicia o al Subprocurador que corresponda, quienes con la audiencia de los agentes auxiliares decidirá, en definitiva, si debe o no ejercitarse la acción penal. Cuando la decisión sea en este último sentido, el ofendido, dentro de los diez días siguientes contados a partir de que tenga conocimiento de la determinación, podrá solicitar la revisión de ésta y, el Procurador General de justicia del Estado, deberá resolver dentro de un plazo de cinco días hábiles.

2.8. DEL ASEGURAMIENTO DEL PROBABLE RESPONSABLE.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos nos establece en su artículo 16 que; 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 proceda denuncia, 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 cuerpo del delito y la probable o plena responsabilidad del indiciado.

Lo que determina que solo la autoridad judicial debe dictar orden de aprehensión cuando se reúnan los siguientes requisitos:

1.-Que exista una denuncia o querrela.

2.-Que la denuncia o querrela se refiera a un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad.

3.-Que la denuncia o querrela este apoyada por la existencia de datos que acrediten los elementos que integren el cuerpo del delito y la probable o plena responsabilidad del indiciado.

4.-Que lo pida el Ministerio Público.

Lo anterior es recopilado por el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, en su artículo 147 en el que menciona que; Cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 Constitucional, el Organo Jurisdiccional librarà de inmediato la orden de aprehensión que en contra del inculpado, le solicite el Ministerio Público.

La resolución respectiva contendrà una relación sucinta de los hechos que la motivan, sus fundamentos legales y la clasificación provisional que se haga de los hechos delictuosos, y se, transcribirà inmediatamente a la Procuraduría General de Justicia, para que esta ordene su ejecución:

Se entiende por denuncia en general, noticiar, dar aviso de algo. En derecho es dar parte o aviso a la autoridad sobre un hecho que se estime delictuoso, que se ha presenciado o conocido, y sobre el cual exista acción pública, es decir que no exista denunciante exclusivo o querellante.

En cuanto a la querrela puede definirse, como una manifestación de la voluntad, del ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con

el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso se ejercite la acción penal.

Así mismo el citado artículo Constitucional prevé las excepciones a su principio, en sus párrafos cuarto y quinto que a letra mencionan respectivamente:

En los casos de flagrante delito, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud a la del Ministerio Público.

Solo 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 acudir a la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

De igual forma lo establece el artículo 141 del citado Código adjetivo al que hace mención: El Ministerio Público, bajo su responsabilidad, al practicar diligencias de averiguación previa, está obligado a proceder a la retención o, en su caso, detención material de los indiciados en un hecho posiblemente constitutivo de delito, sin necesidad de orden judicial, en los casos siguientes.

I.-En casos de flagrancia; o

II.-En casos urgentes.

Habrán casos urgentes cuando ocurran las siguientes circunstancias:

a) Que se trate de un delito grave, así calificado por la Ley;

b) Exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia; y

c) El Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razones de la hora, lugar y otras circunstancias.

Existirá riesgo fundado a que se refiere el inciso b), en atención a las circunstancias personales del inculpado, a sus antecedentes penales, a sus posibilidades de ocultarse, al ser sorprendido al tratar de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviere conociendo del hecho, o en general, a cualquier indicio que haga presumir fundadamente que puede sustraerse de la acción de la justicia.

El Ministerio Público ordenará la detención en caso urgente, por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en los incisos anteriores.

La orden de detención será ejecutada por la policía judicial, quien deberá, sin dilación alguna, poner al detenido a disposición del Ministerio Público que la haya librado.

La policía judicial, solamente podrá detener a los inculpados en los casos previstos en este artículo.

Cuando un particular detuviere a un inculpado en caso de delito flagrante, deberá ponerlo a disposición del Ministerio Público, cuando no lo hubiere en el lugar, a la autoridad más inmediata, quien con la misma prontitud lo entregará a la representación social.

La violación de esta disposición hará plenamente responsable al Ministerio Público o funcionario que decreta individualmente la detención y la persona así detenida, será puesta en inmediata libertad.

De lo anterior se desprende que la flagrancia y el caso urgente son las únicas excepciones al principio consistente en que toda orden de detención debe emanar de un mandato judicial.

La flagrancia, tradicionalmente se ha estimado que exista flagrancia cuando la persona es detenida en el momento de estar cometiendo el delito; pero debido a la evolución natural que ha sufrido el derecho penal, el legislador establece que; no sólo debe entenderse por flagrancia al detener al delincuente en el momento mismo de estar cometiendo el delito, sino también, cuando después de ejecutado el acto delictuoso el delincuente es materialmente perseguido.

Lo anterior se encuentra establecido en el artículo 142 del citado ordenamiento jurídico, en el que indica; existe flagrancia cuando la persona es detenida en el momento de estar cometiendo el hecho, o bien, cuando el indiciado es perseguido material, interrumpida e inmediatamente después de ejecutado.

Se equipara a la existencia del delito flagrante, cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos, o por quien hubiere participado con ella en la comisión; o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el hecho, siempre y cuando el mismo pueda ser constitutivo de delito grave, y no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos probablemente delictivos.

A saber de los delitos graves son los señalados por el Código Penal para el Estado de México en su artículo 9.-Se califican como delitos graves para todos los efectos legales: el cometido por conductores de vehículo de motor, indicado en el artículo 61; el de rebelión, previsto en los artículos 107 último párrafo, 108 primer y tercer párrafos y 110; el de sedición, señalado en el artículo 113 segundo párrafo; el de cohecho previsto en los artículos 129 y 130 en términos del párrafo segundo del artículo 131, si es cometido por elementos de cuerpos policiacos o Servidores de Seguridad Pública; el de abuso de autoridad, contenido en los artículo 136 fracciones V, X y 137 fracción II; el de peculado señalado en el artículo 140 fracción II; el de prestación ilícita de servicio público de transporte de pasajeros señalada en el artículo 148 párrafo segundo; el de encubrimiento previsto en el artículo 152 párrafo segundo; el de falso testimonio contenido en las fracciones III y IV del artículo 156; el de evasión a que se refiere el artículo 160; el delito de falsificación de documentos previsto en el artículo 170 fracción II; el que se refiere a la falsificación y utilización indebida de títulos al portador, documentos de crédito público y documentos relativos al crédito señalado en el artículo 174; el delito de usurpación de funciones públicas o de profesiones previstas en el artículo 176 penúltimo párrafo, la delincuencia organizada prevista en el artículo 178, los cometidos por fraccionadores, señalados en el artículo 189; el de ataque a las vías de comunicación y transporte, contenidos en los artículos 193 tercer párrafo y 195, el de corrupción de menores, señalados en los artículos 205 tercer párrafo y 208; el de lenocinio y trata de personas, previstos, en los artículos 209 y 210; el tráfico de menores, contemplado en el artículo 219; el de cremación de cadáver señalado en el artículo 225; el deterioro de área natural protegida, previsto en el artículo 230; el de lesiones que señala el artículo 238 fracción V, el de homicidio, contenido en el artículo 241; el delito de peligro de contagio previsto en el artículo 252 último párrafo; el de secuestro señalado por el artículo 259, excepto el último párrafo; el de la privación de la libertad de infante, previsto en el artículo 262 primer párrafo; la

extorsión contenida en el último párrafo del artículo 266, el asalto a una población a que se refiere el artículo 267; el de violación, señalado por los artículos 273 y 274; el de robo, contenido en los artículos 289 fracción V, 290 fracciones I, II, III, IV, y V y último párrafo y 292. el de abigeato, señalado en los artículos 297 fracciones II y III, 298 fracciones II, y 299 fracciones I y IV. ; el de fraude a que se refieren los artículos 306 fracciones VIII y 307 fracciones V; el de despojo a que se refiere el artículo 308, en su fracción III, párrafos tercero y cuarto; y el de daño en los bienes, señalado por el artículo 311; y, en su caso, su comisión en grado de tentativa como lo establece este Código, y los previstos en las leyes especiales cuando la pena máxima exceda de diez años de prisión.

Por otra parte el Código de procedimientos a que se cita con anterioridad, incluye como restricción de la libertad del presunto autor del delito, el arraigo, en el artículo 154, que dice: Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin autorización de la autoridad judicial, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición para que éste resuelva de inmediato sobre la procedencia del arraigo o prohibición, con vigilancia de las autoridades que ejercerá el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo o prohibición se notificarán inmediatamente al indiciado y se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, pero no excederá de treinta días, prorrogables por otros treinta días, a solicitud del Ministerio Público.

El Juez resolverá, escuchando al Ministerio Público y al afectado, sobre la subsistencia o le levantamiento del arraigo o prohibición.

Lo anterior señalado en el desarrollo del presente inciso se relaciona con los artículos 142 y 143 del Código adjetivo al que se ha hecho referencia con anterioridad, que indican respectivamente;

Ningún inculpado detenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que se deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley penal prevea como delincuencia organizada.

Si para integrar la averiguación previa fuera necesario mayor tiempo al señalado en el párrafo anterior, el inculpado será puesto en libertad sin perjuicio de que la indagación continúe; el Juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la averiguación estuvo apegada al artículo 16 de la Constitución Política de Estados Unidos Mexicanos; de ser así ratificará la detención y, en caso contrario decretará la libertad con las reservas de Ley.

En la averiguaciones que se practique por delito culposos y siempre que no concurra abandono de la víctima u otro delito doloso, y el inculpado no se hallé bajo el influjo de estupefacientes, psicótropicos, bebidas embriagantes o sustancias tóxicas, el Agente del Ministerio Público podrá, bajo su estricta responsabilidad, concederle la libertad previo depósito en efectivo de la cantidad de que se le fije, con arreglo a lo dispuesto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

Al consignar ante la Autoridad Judicial, se prevendrá, personalmente al inculpado para que comparezca ante ella dentro de los tres días siguientes a aquel en el que el Ministerio Público haga la consignación, haciéndole saber la fecha de la misma, y que de no comparecer dentro de ese término, el Juez revocará la libertad, ordenará su aprehensión y hará efectiva la garantía.

Por último cabe señalar el artículo 147 del citado ordenamiento que señala que; La resolución respectiva será cumplida por la policía judicial, la que estará obligada a poner sin demora al aprehendido a disposición del órgano jurisdiccional que libró la orden, informándole el día y hora en que esta se ejecutó.

2.9. DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA.

Al hablar de los elementos de prueba, diremos que en la prueba pueden distinguirse tres elementos y mismos que son:

1. -El Medio de Prueba;
2. -El Organo de Prueba;
3. -El Objeto de Prueba.

1.- El medio de prueba en términos generales podemos decir que es el modo el acto en el cual se suministra conocimiento sobre algo que se debe determinar en el proceso, esto significa que para su operancia, debe existir un Organo que se le imprima dinamismo y así, a través de uno o más órganos determinados, se actualice el conocimiento.

Al profundizar un poco más en el tema diremos que el medio de prueba, es la prueba misma; es el modo o acto por medio del cual se lleva el conocimiento verdadero de un objeto.

“Para FLORIAN, Medio de prueba es el acto por el cual la persona física aporta al proceso el conocimiento de un objeto de prueba: por ejemplo, la declaración del testigo, el informe del perito”.²⁷

Así el medio es el puente que une al objeto por conocer con el sujeto cognociente. En el derecho Procesal Penal, los sujetos que tratan de conocer la verdad; Directamente el Juez a quien haya que ilustrar para que pueda cumplir con su función decisoria è indirectamente las partes, en cuanto se ilustran con las pruebas del proceso para sostener la posición que les corresponda.

En la Legislación Mexicana el Código de Procedimientos Penales para el estado de México, reconoce como medios de prueba;

- a). - Confesión;
- b). - Testimonio;
- c). - Careos;
- d). - Confrontación;
- e). - Pericia e Interpretación;
- f). - Documentos públicos y privados;
- g). - Inspección;
- h). - Reconstrucción de hechos; y

Así mismo, agrega en su artículo 193, que; Sé admitirá como prueba todo elemento de convicción que se ofrezca como tal, siempre que pueda constituirla a

²⁷ FLORIAN, op cit , Pags 305-506

juicio del juez. Cuando este lo juzgue necesario podrá por cualquier medio legal constar la autenticidad de dicha prueba.

“La doctrina registrar dos sistemas a saber: El Legal y el Lógico. El sistema legal establece como únicos sistemas probatorios los enumerados limitativamente en la Ley. El sistema lógico acepta como medios probatorios todos los que lógicamente puedan serlo; todo medio que pueda aportar conocimiento”.²⁸

Así, la necesidad de establecer la verdad histórica y la personalidad del delincuente obliga, como lo señala la disposición legal citada, a que en la secuela del procedimiento se allegue y admita todo lo que facilite el conocimiento de los hechos, circunstancias y modalidades; no sometiendo a los integrantes de la relación jurídica procesal a la obligación de utilizar únicamente las pruebas convencionales.

2. - Organó de prueba, “Es la persona física portadora de un medio de prueba; en otras palabras, es la persona física que suministra en el proceso el conocimiento objeto de la prueba”.²⁹

“Organó De prueba, es la persona que proporciona el conocimiento por cualquier medio factible”.³⁰

“De los sujetos intervinientes en la relación procesal son órganos de prueba el probable autor del delito, el defendido, el legítimo representante, el defensor y los testigos. Este carácter no es posible atribuirlo a los Órganos Jurisdiccionales, al Ministerio Público, a los peritos, pues el Juez conoce del hecho mediatamente, el Órganó de prueba lo conoce inmediatamente (por supuesto del hecho del cual es órgano) y, en cuanto al Juez no es órgano, y en cuanto al órgano

²⁸ RIVERA SILVA, op cit , Pág 195

²⁹ ibid . Pág 197

³⁰ COLIN SANCHEZ, op cit , Págs 308

no es Juez, el Ministerio Público, por su propia naturaleza y atribuciones, tampoco puede ejercer una doble función; por lo tanto, nunca puede ser órgano de prueba, por último los peritos debido a la naturaleza de la peritación, tampoco son órganos de prueba. Puesto que en un orden general el perito si es un órgano auxiliar de los órganos de justicia, es un sujeto secundario a quien se encomienda desentrañar aspectos técnico-científicos, materia del proceso lo que solo es factible con el auxilio del conocimiento especializado y la experiencia”.³¹

“El perito no es como el testigo, un objeto sino un sujeto de busca y valoración; no se coloca, por lo tanto, al lado del testigo, ante el Juez para ser examinado, sino al lado del Juez para examinar”.³²

En el Organó de prueba es posible distinguir dos momentos:

- a). - El de percepción;
- b). - El de aportación.

El momento de percepción se fija al instante en que el Organó de prueba toma el dato que va ser objeto de prueba.

El momento de aportación alude a cuando el Organó de prueba aporta al Juez el medio probatorio.

3. -Objeto de prueba, es el tema probandum, la cuestión que dió origen a la relación jurídica-material del Derecho Penal esto es lo que debe probarse, es decir, que se ejecutó una conducta o hecho encuadrable en algún tipo penal reestablecido(tipicidad), o en su defecto la falta de algún elemento (atipicidad), o

³¹ ibid , Pág 364, 365

³² CARNELUTTI, FRANCESCO, Lecciones Sobre el Proceso Penal, Ediciones Juridicas, Europa America, Tomo I Buenos Aires, Pág. 267

cualquier otro aspecto de la conducta; como ocurrieron los hechos, en donde, cuando, por quien, entre otros.

El objeto de prueba es lo que hay que determinar en el proceso, lo que hay que averiguar en el proceso, entendiéndose por objeto todo lo que puede ser motivo de conocimiento, conocimiento desde el punto de vista común y corriente, comprende darse cuenta de algo, percibir algo.

En términos generales, el objeto de prueba abarcará la conducta o hecho tanto en su aspecto objetivo como en el subjetivo, porque, si la conducta siempre concierne al ser humano la motivación de aquella debe buscarse en las regiones más reconditas del alma. “En lo criminal, el Juez tiene que esclarecer circunstancias que los sentidos no advierten y que sólo salen del fuero interno. La imputabilidad moral del acusado, la situación del espíritu al momento de delinquir, la lucidez de sus facultades intelectuales, la intención perversa y su intensidad; He aquí los objetos sobre los cuales es preciso dirigir los instrumentos de prueba; pero ni ésta podría considerarse comenzada por los medios aplicables en lo común a hechos exteriores, ni adquirir su certeza sino por vía de inducción”.³³

En resumen son objetos de prueba, la conducta o hecho (aspecto interno y manifestación), las personas (probable autor del delito, ofendido, testigos), las cosas, (en tanto que a éstas recae el daño, o sirvieron de instrumento para llevar a cabo el delito) y, por último los lugares, porque de su inspección, tal vez se corrija algún aspecto o alguna modalidad del delito.

Por otra parte el objeto puede ser mediato è inmediato el objeto mediato es aquél que nos hemos venido refiriendo y definido como lo que hay de probar en el proceso e general. El objeto inmediato (que indudablemente se encuentra al servicio del objeto mediato), es lo que hay que determinar con cada prueba que en

³³ MITTERMAIR, Tratado de la Prueba en Materia Criminal, Pág 53

concreto se lleva al proceso. Así por ejemplo, en un homicidio el objeto mediato será ser del conocimiento la comisión del delito y la personalidad del infractor, y el objeto inmediato será lo que tiene que acreditar con cada medio probatorio en particular (el occiso estaba en determinada posición, el arma empleada presentaba ciertas características etc.) El objeto inmediato de prueba es una parte que sirve para integrar, con otras el objeto mediato.

En lo tocante a la posición que guardan las leyes respecto del objeto de prueba, nos encontramos con que pueden determinar que todo es objeto de prueba o señal que ciertas cosas están fuera de él. Las legislaciones que optan por el segundo sistema, establecen presunciones *juris et de jure*, las cuales abrazan determinados hechos que están al margen de la prueba.

Nuestra legislación no pone ninguna limitación al objeto de prueba y por lo tanto se puede afirmar que todas las presunciones que establece son *juris tantum*, o sea, presunciones que admiten prueba en contra (todo se puede probar): Esta postura de nuestra ley obedece a la idea de que el Derecho Penal debe de ser realista y por ende, buscador de la verdad histórica lo cual nunca puede presumir previamente en forma absoluta. La vida es un repertorio infinito de posibilidades; presumir con reglas fijas es desconocer la esencia misma de la vida. Por ello todo está sujeto a prueba.

Por último, el objeto de prueba, para que se pueda estimar como tal en el proceso, debe contener algo que se relaciona con la verdad buscada en el proceso. Esto nos obliga a manifestar que es un requisito esencial del objeto de prueba la pertinencia. Por pertinencia queremos indicar la calidad consistente en lo que se trata de probar, tenga alguna relación de lo que en el proceso o con lo que en el proceso se quiere saber.

La falta de pertinencia hace desaparecer la calidad de objeto de prueba, por ejemplo; la demostración del proceder de una persona ajena a un proceso, no puede ser prueba en éste, así mismo la prueba debe ser útil; su empleo se justificará si conduce o lograr lo que se pretende.

CAPITULO III.

EL CUERPO DEL DELITO EN EL ESTADO DE MEXICO.

3.1. DEFINICION.

Corpus delicti es un concepto de gran importancia en el Derecho de Procedimientos Penales, debido a que la comprobación de la conducta o hecho punible descrito por el legislador y entendido como un todo unitario en los elementos que lo integran, es la base en que se sustenta; sin ello, según criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no puede declararse la responsabilidad del acusado, ni proponérsele pena alguna.

La definición del cuerpo del delito, es un problema sobre el que aún no existe acuerdo entre los autores; sin embargo, con el fin de emitir un concepto que nos permita entender su connotación, consideramos útil acudir a la doctrina y tomar de esta las bases y elementos necesarios para precisar su alcance en el Derecho mexicano, estableciendo, asimismo, la forma en que se integra en la legislación vigente.

“El cuerpo del delito son los elementos integrantes de la conducta o hecho delictivo; en consecuencia, para ese fin será necesario determinar si está comprobado el injusto punible, lo cual corresponderá a lo objetivo, subjetivo y

normativo, de acuerdo con la descripción legal de cada ilícito de los previstos por el legislador en el Código Penal para el Estado de México u otras leyes”.³⁴

El maestro Carlos Franco Sodi, quien en 1942 realizó la siguiente crítica a la tesis de la Suprema Corte de Justicia que hace alusión al cuerpo del delito expresando lo siguiente;

“Ahora bien, si se tiene en cuenta las tres clases de elementos del tipo, sólo es factible hablar con propiedad materiales a los objetivos, concluimos que el cuerpo del delito sólo está constituido por semejantes elementos objetivos, con exclusión absoluta de los subjetivos y normativos. Más si analizamos la jurisprudencia de la suprema Corte de Justicia, caemos en cuenta que sólo excluye el cuerpo del delito los elementos que se refieren a la culpabilidad, elementos que con amplio sentido-aún cuando no son con técnica penal correcta, podríamos denominar subjetivos, lo que equivale a decir que el concepto mexicano de elementos materiales a que aludimos cuando se trata del delito, comprende los elementos objetivos o materiales propiamente hablando y además los elementos normativos. Esta aseveración queda corroborada teniendo presente que en el caso de robo, al acreditar su cuerpo mediante la justificación de sus elementos constitutivos no sólo se demuestra la existencia del apoderamiento y del objeto o cosa robada, que son los elementos objetivos o materiales en sentido estricto, sino también se demuestra que la cosa es ajena y mueble y que el apoderamiento fue sin derecho, elementos todos estos de indiscutible carácter normativo.

En consecuencia puede aseverarse que para nosotros, como regla general, el cuerpo del delito lo constituyen, los elementos materiales y normativos, descripción o tipo legal; pero con esto no agotamos el análisis del concepto cuerpo del delito en función del tipo, pues faltan por estudiar los elementos subjetivos del mismo.

³⁴ COLIN SANCHEZ, op cit Pags 275, 276

En cierta clase de ilícitos penales, la ley, al definirlos, hace referencia a circunstancias o cualidades inherentes a la persona del sujeto activo o pasivo de la infracción; por ejemplo, en el delito de estupro se precisa, en el artículo 271, al que tenga copula con mujer mayor de 14 años y menor de 18 casta y honesta. referente a la responsabilidad medica y técnica, se establece que sólo pueden ser sujetos activos de la infracción los médicos cirujanos y demás profesionistas similares y auxiliares, lo que significa que para poder acreditar la existencia de la conducta típica en estos casos, es necesario demostrar, ya sean en el estupro, que la mujer es menor de 18 años y, además, casta y honesta, o ya sea en el caso de la responsabilidad médica y técnica, que la persona a quien se le imputa la conducta delictuosa es un médico, un cirujano, etc. En otras palabras, puesto que de acuerdo con Mezger semejantes elementos del tipo referidos a la persona se denominan elementos subjetivos, habrá necesidad también de comprobarlos para acreditar el cuerpo del delito, ya que conforme al criterio de nuestro más alto Tribunal, para fijar la existencia de aquél, deben demostrarse todos los elementos constitutivos del ilícito penal, tal y como lo define la ley, con la abstracción de la voluntad o dolo.

Lo anterior significa que el concepto de elementos materiales a que se refiere la jurisprudencia de la Suprema Corte comentada, comprende tanto los elementos objetivos como los subjetivos y los normativos, lo que en última instancia, quiere decir, en un lenguaje técnico penal, que el cuerpo del delito está constituido por todos los elementos del tipo y nada más por ellos, resultando innecesario destacar, como lo destaca la jurisprudencia, que las formas de la culpabilidad son extrañas al cuerpo de la infracción punible.

Sin embargo, dicha jurisprudencia de la Suprema corte 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 (caso de la difamación)

siendo lícito acreditarlo mediante presunciones. Apéndice al Tomo L del Semanario Judicial de la Federación, pp. 358, 360 y 361.

A mi juicio, esta última jurisprudencia debe someterse a severo análisis, pues si bien, como antes indiqué, deben comprobarse los elementos subjetivos contenidos en la definición legal del ilícito penal, para acreditar la existencia de una conducta típica, en cambio no puede admitirse que sea necesario comprobar el dolo, cuando éste figure como elemento destacado en la definición del delito, pues aun cuando así sea, es decir aún cuando aparezca expreso en la definición, siempre seguirá siendo forma de la culpabilidad y no elemento del tipo, es decir, jamás será elemento constitutivo del delito”³⁵

“El cuerpo del delito en el procedimiento penal está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales, que se contienen en la definición. Esta idea es la más precisa y completa que hemos conocido y nos permite distinguir el cuerpo del delito del delito mismo.

El cuerpo del delito no está constituido por las lesiones, el puñal o la pistola, o el objeto robado, sino por la existencia material, la realidad misma del delito: de este modo, comprobar el cuerpo del delito es comprobar su materialidad.

Cuerpo del delito es, en consecuencia, todo fenómeno en que interviene el ilícito penal, que se produce en el mundo de relación y que puede ser apreciado sensorialmente. O en otros términos: es el conjunto de los elementos físicos, de los elementos materiales, ya sean principales, ya accesorios, de que se compone el delito. (definición de J. Ortolán)”³⁶

El cuerpo del delito se da cuando hay tipicidad, según el contenido de cada tipo, de tal manera que, el cuerpo del delito corresponderá según el caso: a lo

³⁵ *Revista Criminalista, Academia Mexicana de Ciencias Penales*, año IX, marzo 1 de 1942, número 7 Pp 49 a 53

³⁶ JUAN JOSE, GONZALEZ BUSTAMANTE, *Principios de Derecho Procesal*, Editorial Porrúa, México 1989 pp 241

objetivo; a lo subjetivo y normativo; a lo objetivo, normativo y subjetivo; o bien, a lo objetivo y subjetivo.

Para demostrar lo anterior, basta pensar respectivamente en el delito de homicidio (objetivo); en el delito de estupro (objetivo y normativo); en el delito de robo (objetivo, Normativo, subjetivo), por último, en el delito de atentados al pudor (objetivo y subjetivo).

En resumen, se puede afirmar: el cuerpo del delito corresponde, en la mayoría de los casos, a lo que generalmente se admite como tipo, y en casos menos generales, a los que corresponden como figura delictiva, o sea: el total delito (robo, abuso de confianza, fraude, allanamiento de morada, etc.).

Hasta este momento como ya hemos visto, el concepto cuerpo del delito ha sido concebido desde tres puntos de vista:

1) Los tratadistas mas antiguos lo entendieron como el delito mismo, así tenemos como ejemplo a D' Agusseseau: "el cuerpo del delito no es otra cosa que el delito mismo cuya existencia estuviera establecida por el testimonio de testigos dignos de fe, concordes entre si y perseverando en sus disposiciones incapaces de variar y afirmando a la justicia que se ha cometido un crimen"³⁷

2) otros que esta constituido por el conjunto de elementos materiales e inmateriales comprendidos en la definición legal, incluyendo los elementos, psicológicos o subjetivos; la voluntad y el dolo: lo que equivaldría a decir que el cuerpo del delito es el delito mismo. Enrique Ferri, en sus principios de Derecho Penal, considera que los elementos materiales e inmateriales del hecho delictuoso y las circunstancias específicas, constituyen el delito, y llega a confundir el cuerpo del delito con los instrumentos que sirvieron para que se consumase.

³⁷ GONZALEZ BUSTAMANTE, *ibid*, pag 241

3) La última contempla al cuerpo del delito exclusivamente en función de los elementos materiales, y dan un sentido práctico y novedoso al concepto como lo reclama la indole del procedimiento penal.

Cabe señalar que los autores antes mencionados concibieron al cuerpo del delito como la base del proceso penal, y entendieron, en su mayoría que el mismo se integraba con los elementos del tipo (a excepción de González Bustamante), dicha situación atiende a que sus autores se encontraban afiliados a la teoría causalista.

El Código de Procedimientos Penales para el estado de México en sus artículos 119 y 121, establece:

ARTICULO 119. - El Ministerio Público deberá ante todo tener por comprobado el cuerpo del delito y la probable o plena responsabilidad del indiciado como fundamento y motivación del ejercicio de la acción penal y del proceso.

ARTICULO 121. - El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se justifique la existencia de los elementos objetivos del tipo; así como los normativos y subjetivos, cuando aparezcan descritos en éste. La probable responsabilidad penal del inculpado, se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se compruebe directa o indirectamente su participación dolosa o culposa y no exista acreditada en su favor alguna otra causa de exclusión del delito. Respecto de los tipos que se señalan podrán acreditarse los elementos objetivos que se refieren en la forma que se indica.

Del contenido de ambos preceptos, desprendemos con claridad que el cuerpo del delito son los elementos integrantes de la conducta o hecho delictivo; en consecuencia, para ese fin será necesario determinar si está comprobado el injusto punible, lo cual corresponderá a lo objetivo, subjetivo y normativo, de acuerdo con

la descripción legal de cada ilícito de los previstos por el legislador en el Código Penal para el Estado de México u otras leyes.

3.2. INTEGRACION Y COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO EN EL ESTADO DE MEXICO.

INTEGRACION DEL CUERPO DEL DELITO.

Tomando en cuenta que la legislación mexicana se refiere a integración y comprobación del cuerpo del delito, es importante hacer notar que, con ello, alude a dos aspectos, que frecuentemente confundimos en la práctica, y que en relación con el tema a estudio conduce a errores.

Integrar, significa componer un todo con sus partes; en cambio, comprobar es evidenciar una cosa, cotejándola con otra, repitiendo las demostraciones que la prueban y acreditan como cierta.

La integración del cuerpo del delito.

La integración del cuerpo del delito es una actividad, en principio, a cargo del Ministerio Público durante la averiguación previa y tiene su fundamento en imperativos de carácter legal.

Los Códigos de procedimientos legales indican: cuando el delito deje vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Ministerio Público o los agentes de la policía judicial lo harán constar en el acta que levanten, recogiendo los si fuere posible.

De lo anterior se desprende que del conjunto de elementos probatorios que se hayan logrado acumular durante la averiguación previa, dependerá que el cuerpo del delito resulte comprobado. Es innegable que la actividad del Ministerio Público, durante la etapa mencionada, tiende esencialmente a la integración del corpus delicti; esta es su función característica.

COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO.

La comprobación del cuerpo del delito implica una actividad racional, consistente en determinar si la conducta o hecho se adecua a la hipótesis de la norma penal que establece el tipo.

“DIVERSAS HIPOTESIS. Puede acontecer que la conducta o hecho se adecue a un solo tipo (monotipicidad) o a varios, según la proporción que aquél haya alcanzado (plurotipicidad), integrándose tanto cuerpos de delitos, en proporción al alcance de la conducta o hecho y en relación con el catálogo existente en el Código Penal. Esto se logra comparándola con los tipos en los que pudiera adecuarse, para después subsumirla en la que corresponda, tomando en cuenta la relación valorativa prevalente entre los medios utilizados para realizarla y los fines de esta, y así encuadrarla correctamente, subordinándola, dado el caso, en su significado finalístico en uno o en varios tipos (concurso de tipos)”³⁸.

EL PROCESO DE ADECUACION TIPICA. Consiste en atender al bien jurídico tutelado, comprobando la conducta o hecho, con las formas descritas por el legislador para lograr su identidad; ha de llevarse a cabo, además, examinando cada uno de los elementos integrantes del tipo, los cuales, reunidos en

³⁸ JIMENEZ HUERTA, op cit, Págs 230-231

su totalidad lo comprueban, pues de lo contrario, si falta alguno, no habrá tipicidad y en consecuencia cuerpo del delito.

LEGISLACION POSITIVA. En la legislación positiva, la comprobación del cuerpo del delito es una función que corresponde tanto al Agente del Ministerio Público como al órgano jurisdiccional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 de la Constitución General de la República que a la letra dice: Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresara: el delito que se impute al acusado; el lugar tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculpado.

La comprobación, está a cargo del Juez en diversos momentos procedimentales; fundamentalmente durante la etapa de la instrucción y el juicio.

En la primera, examinan las diligencias de averiguación previa y las que se hubieren practicado ante el mismo, y aquellas que se hubieren llevado a cabo durante el término constitucional de setenta y dos horas, para así, dictar el auto de formal prisión, el auto de formal prisión con sujeción a proceso, o en su caso, el de libertad por falta de méritos.

En el juicio, también examinará las actuaciones antes mencionadas, relacionándolas con las demás probanzas rendidas después del auto de formal prisión, al igual que las presentadas durante la audiencia final, constando así, la existencia o falta, del cuerpo del delito, con las consecuencias que una u otra situación producirán.

JURISPRUDENCIA.

Ahora Toca el turno de exponer, a manera de complemento, lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación a señalado que se debe de entender por cuerpo del delito.

QUINTA EPOCA

Instancia:	Primera Sala
Fuente:	Apéndice de 1995
Tomo:	II, Parte HO
Tesis:	845
Página:	544

CUERPO DEL DELITO.

Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refiere sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito.

Amparo en revisión 1416/27. Aguilar Anastasio. 14 de enero de 1930. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo en revisión 3865/27. Flores Antonio. 21 de enero de 1930. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 2881/27. Galván Ramón y coag. 23 de enero de 1930. Mayoría de tres votos.

Amparo directo 2208/29. Martín Adalberto. 11 de abril de 1930. cinco votos.

Amparo en revisión 4495/28. Ramos Téllez José María. 29 de julio de 1930. Unanimidad de cuatro votos.

SEXTA EPOCA

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Volumen: XLIV, Segunda Parte
Página: 54

CUERPO DEL DELITO CONCEPTO DE.

Es bien sabido que la comprobación del cuerpo del delito es la base del procedimiento penal, y al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte sustenta el criterio de que por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen un delito con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refiere sólo a la culpabilidad, salvo los casos de solo específico en los cuales éste constituye un elemento importante de carácter moral que requiere comprobación. Este criterio encuentra apoyo en la doctrina penal, toda vez que el tipo aparece como el conjunto de todos los presupuestos cuya existencia se liga una consecuencia jurídica o en otros términos, significa más bien, como el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal (Mezger), Tratado de Derecho Penal, Primer Tomo, páginas 351 y 352.

Amparo Directo 6698/. José Samora mendoza. 16 de febrero de 1961. 5 votos Ponente: Juan José González Bustamante.

SEPTIMA EPOCA

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Volumen: 58 Segunda Parte

Página: 27

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE.

Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos subjetivos 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.

Amparo Directo 1724/73 José Suarez Palomares. 26 de octubre de 1974. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

3.3. TIPO, TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.

TIPO.

Definición del Tipo Penal.

Es verdad que el tipo penal no es un tema nuevo, sino que ha sido materia de los estudios de la parte general del Derecho Penal y por tanto se encuentran tantas difusiones acerca del tipo como autores se consulten.

Para dar una mirada general a las definiciones de los autores más connotados realizare la cita de algunos de ellos.

Fernando Castellanos Tena, en su libro de Lineamientos Elementales de Derecho Penal, señala que “el tipo penal es la creación legislativa, la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos penales”.³⁹

También el maestro Celestino Porte Petit, señaló que “el tipo constituye un presupuesto general del delito, dando lugar a la fórmula; nullum crimen sine typo”.⁴⁰

Otro autor que escribió muchas páginas en relación al tema, es Luis Jiménez de Asúa, quien entiende “al tipo penal como la abstracción concreta que ha trazado el legislador descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito”.⁴¹

Independientemente de su contenido, “el tipo es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para la protección de uno o más bienes jurídicos, la definición anterior es la que da la doctora Olga Islas”.⁴²

En el diccionario Jurídico Mexicano, de los miembros integrantes del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la universidad Nacional Autónoma de México, “describe al tipo como el vocablo utilizado por la doctrina para aludir a la descripción de una norma jurídica penal”.⁴³

Clasificación de los tipos.

³⁹ FERNANDO, CASTELLANOS TENA, Lineamientos Elementales a la Parte General del Derecho Penal, 34 Edición, México, Porrúa 1994 pag 167

⁴⁰ CELESTINO, PORTE PETIT Apuntamientos a la parte general de Derecho Penal 16 Edición, México Porrúa 1994 pag 335

⁴¹ LUIS, JIMÉNEZ DE AZUA, Lecciones de derecho Penal Obra Compilada y editada, en México, editorial Pedagógica Iberoamericana 1995 Pag 154

⁴² OLGA, ISLAS GONZALEZ MARISCAL, Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida, México, editorial Trillas 1991. pag. 23

⁴³ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico, editorial porrúa, México, 1998 pag 3091

a) Normales y anormales. Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal. Si se hace necesario establecer una valoración, ya sea cultural o jurídica, el tipo será anormal. El homicidio es normal mientras el estupro es anormal. La diferencia entre tipo normal y anormal estriba en que, mientras el primero contiene conceptos puramente objetivos, el segundo describe, además situaciones valoradas y subjetivas. Si la Ley emplea palabras con un significado apreciable por los sentidos, tales vocablos son elementos objetivos del tipo (copula en el estupro). Cuando las frases usadas por el legislador tienen un significado tal, que quieran ser valoradas cultural o jurídicamente, constituyen elementos normativos del tipo (casta y honesta en el estupro). Puede la descripción legal contener conceptos cuyo significado se resuelve en un estado animico del sujeto y entonces se está en presencia de elementos subjetivos del tipo (engaño en el fraude).

b) Fundamentales o básicos. Los tipos básicos integran la espina dorsal dentro del cuadro de los delitos contra la vida, es básico el de homicidio, el tipo es básico cuando tiene plena independencia.

c) Especiales. Son los formados por el tipo fundamental y otros requisitos (infanticidio).

d) Complementados. Estos tipos se integran con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado por premeditación, alevosia etc.).

e) Autónomos o independientes. Son los que tiene vida propia sin depender de otro tipo (robo simple).

f) Subordinados. Dependen de otro tipo. Por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, siempre autónomo, adquiere vida en razón de éste, al cual no sólo complementa sino se subordinan (homicidio en riña).

g) De formulación casuística. Son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito. Se clasifican en alternativamente formulados y acumulativamente formulados.

h) De formulación amplia. En los del formulación amplia se describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución, como el apoderamiento en el robo.

i) De daño y de peligro. El tipo se clasifica como de daño (homicidio, fraude); de peligro cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado (disparo de arma de fuego, omisión de auxilio).

TIPICIDAD.

Habiendo Quedado claro que es el tipo penal, pasaremos a hablar de un aspecto íntimamente ligado a aquel, el cual es la tipicidad.

“Etimológicamente el vocablo tipicidad, toma su esencia del sustantivo tipo que proviene del latín tipus, en su acepción fundamental para el Derecho penal significa símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de una cosa a la que proporciona fisonomía propia, típico es todo aquello que incluye en si la representación de otra cosa y a su vez es emblema o figura de ella.”⁴⁴

El padre de la figura del Tipo Penal, Beling dice que la tipicidad es una característica esencial del delito. En similares términos se expresa Fernando Castellanos Tena, para quien “La tipicidad es uno de los elementos esenciales del

⁴⁴ MARIANO, JIMÉNEZ HUERTA. Derecho Penal Mexicano. Tomo I México editorial Porrúa 1983 pág 27

delito, esto es que la tipicidad es el encuadramiento de una conducta a la descripción hecha en la Ley".⁴⁵

Para Celestino Porte Petit, "La tipicidad es la adecuación de la conducta concreta del tipo legal concreto, la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula; NULLUM CRIMEN SINE TYPO".⁴⁶

La Tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción.

Carranca y Trujillo dice que "la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo legal concreto".⁴⁷

Con lo dicho hasta este momento se puede resumir que la tipicidad, a diferencia del tipo penal, es que aquella ya no pertenece a la ley sino que es una característica de la conducta de los sujetos por adecuarse, acoplarse o acunarse a lo descrito en un particular tipo penal.

Así también lo ha entendido la Suprema corte de Justicia quien ha descrito QUE LA TIPICIDAD CONSISTE EN QUE EL COMPORTAMIENTO DEL ACUSADO SE ENCUENTRE ADECUADO AL TIPO QUE DESCRIBE LA LEY PENAL, Suprema corte de Justicia, XXXIII, Págs., 103, 6ª Epoca, XLIX, pág. 95.

⁴⁵ CASTELLANOS TENA, op cit pág 168

⁴⁶ PORTE PETIT, op cit pág 331

⁴⁷ RAUL, CARRANCA Y TRUJILLO, Y RAUL, CARRANCA Y RIVAS, Derecho penal Mexicano. Parte General, México, Editorial Porrúa, pág 443

AUSENCIA DE TIPO Y DE TIPICIDAD.

Cuando no se integran los elementos del tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

Suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. En cambio, la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta, como en el caso de la cópula con mujer mayor de dieciocho años, casta y honesta obteniendo su consentimiento, mediante seducción o engaño.

En el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

a) Ausencia de la calidad exigida por la Ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo.

b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico;

c) Cuando no se dan las referencias temporales o especiales requeridas en el tipo.

d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley;

e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos;

f) Por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial.

CAPITULO IV.

DETERMINACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL ESTADO DE MEXICO.

4.1. ACCION PENAL.

Concepto. La Acción Penal es la atribución constitucional exclusiva del Ministerio Público por la cual pide al órgano jurisdiccional competente, aplique la ley penal a un caso concreto.

Bases Legales.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 16 y 21.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, artículo 157.

TITULAR DE LA ACCION PENAL.

De conformidad con los artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 157 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, el titular de la acción penal en el orden común es en exclusiva el Ministerio Público integrante de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México.

Concepto.- Como punto de partida podemos iniciar este estudio con el concepto que nos proporciona el Diccionario Jurídico Mexicano, el cual define a la acción de la siguiente manera:

“**ACCION.-** (del latin actio, movimiento, actividad, acusación). Si bien dicho vocablo posee acepciones jurídicas, las más importantes y que le otorgan un sentido propio es la que se refiere a su carácter procesal. Dicha acción procesal

puede concebirse como el poder jurídico de provocar la actividad del juzgamiento de un órgano que decida los litigios de intereses jurídicos".⁴⁸

Por otra parte, en sentido más estricto, la acción penal es la que ejercita el Ministerio Público ante el Juez competente para que inicie el proceso penal y resuelva sobre la responsabilidad del inculcado, y en su caso, se aplique la pena o medida de seguridad que corresponda.

La acción procesal es única, ya que está consagrada por el artículo 17 de la Constitución federal para todas las ramas de enjuiciamiento, por lo que, cuando se habla de acción penal en realidad se pretende significar que dicha acción tiene como contenido pretensiones de carácter punitivo.

Por su parte EUGENIO FLORIAN, habla sobre el concepto de la acción penal dice:

Si contemplamos el organismo del proceso veremos manifestarse la exigencia de una actividad provocada para 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 consiste en la actividad que 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".⁴⁹

Pero ¿Cual es el objetivo de la acción penal?, como nos hemos dado cuenta por las definiciones citadas, los autores consideran a la acción penal como un poder, como un derecho o como una facultad. ¿Pero que es en realidad?

⁴⁸ CESAR AUGUSTO, op cit., Págs 23, 24

⁴⁹ PIÑA Y PALACIOS, op cit., Pág 71

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

Siguiendo de base en las definiciones mencionadas con esa idea de Poder Jurídico otorgado al Ministerio Público, habría progreso, pues como dice "Tolomei, no se puede comprender en qué consiste la libertad y discrecionalidad del Estado o en la promoción de la acción penal, cuando por el contrario se obliga a ejercitar al único órgano destinado a ello".⁵⁰

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

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 protección para hacer una cosa, en cambio, y por esa facultad o potencia para decidir ese 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 presenta para él una obligación.

Pero, ¿Qué podemos hacer ante esta situación?, la Ley 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 del

⁵⁰ FRANCO VILLA, op cit , Pag 55

Poder Judicial y a dar facultades omnimodas al Ejecutivo, a través del Ministerio Público al que administrativa y políticamente controla".⁵¹

Por lo tanto para evitar 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, considero que cambia si el término "poder" por el de deber u obligación, se evitarían embrollos, y a decir verdad, en forma totalmente personal, es lo que siempre debió haber prevalecido. Este es el verdadero sentir del Constituyente de 1917, ya que nunca se consideró al propio Estado, por medio del Ministerio Público como detentador exclusivo, pues 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, lo cual se logra hasta el 31 de Diciembre de 1994, con la adición que se le hace al artículo 21 Constitucional, al establecer que las decisiones de no ejercicio y de desistimiento de la acción pueden ser impugnadas de acuerdo a lo establecido en la Ley.

¿Pero a qué Ley se refiere el mencionado artículo Constitucional?, si actualmente no se encuentra legislación al respecto, ¿O a caso se refiere al recurso de inconformidad que se presenta ante la propia Procuraduría de Justicia?

Angel Martínez Pineda define a la acción penal como el "Deber Jurídico necesario del Estado que cumple el órgano acusador, con el fin de obtener la aplicación de la Ley Penal de acuerdo a las formalidades del orden procesal".⁵²

ANTECEDENTES HISTORICOS.

La acusación penal en el devenir histórico, ha pasado por tres periodos:

⁵¹COLIN SANCHEZ, op cit Pág 179

⁵² ibid , Pág 173

A) Acusación Privada; En esta época el individuo que cometía el daño ejercitaba la acción penal. Fue en los tiempos de la de la venganza privada cuando el hombre defendía por sí mismo sus derechos. "La Ley del talión": Tal pena cual delito, esto es; alma por alma, ojo por ojo, diente por diente, quemadura por quemadura, éste el principio de la Ley del talión con que se creyó que todos los problemas estaban resueltos, lo único que se debía hacer era aplicar al transgresor lo mismo que él le había hecho al ofendido; sin embargo, poco después empezaron serias dificultades, pues no siempre se podía aplicar este principio, ya que como nos dice el maestro Bernardo de Quiroz:

La riqueza de casos, comenzó a demostrar que no siempre era aplicable el principio del talión, ya que en determinados delitos como la lascivia, contra la honestidad, el diformismo sexual, hacía completamente imposible su aplicación, de la misma manera en los delitos contra la propiedad, no siempre se les podía quitar al ladrón lo mismo que había robado, y definitivamente se consideró que únicamente la Ley del Taliòn se limitaba a los delitos contra las personas, como el homicidio y las lesiones.

B) ACUSACION POPULAR; a través de esta figura los ciudadanos tuvieron en sus manos el ejercicio de la acción penal, pues no solo 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 nombraba a un ciudadano para que éste llevara ante el tribunal del pueblo la voz de acusación; como ejemplo de ello citamos a Cicerón, quien tuvo a su cargo el ejercicio de la acción penal representando a los ciudadanos, en Grecia existían los

temusteti, que tenían el deber de denunciar los delitos ante el senado y durante la Edad Media a los Señores Feudales que eran los que ejercitaban dicha acción.

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

C) ACUSACION ESTATAL; En esta etapa 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 del delito, es el estado el que debe velar por el orden público mediante órganos predispuestos para ello: El Ministerio Público y el Juez.

Ante esa situación la acción penal se encomienda a un órgano del estado con el objeto de legitimar al órgano jurisdiccional, para que tenga conocimiento de un hecho presuntamente delictuoso, con el fin de que una vez ventiladas las pretensiones de las partes en el proceso penal, se absuelva o se condene al inculcado a sufrir una pena o medida de seguridad.

4.2. CARACTERISTICAS DE LA ACCION PENAL.

De las características de la acción penal, únicamente haré una síntesis de las ideas de los autores más destacados en un ámbito procedimental penal, por lo

que tratarè de compilarlos ya que de la investigación realizada se desprende una unanimidad de criterios.

I. Carácter Público de la acción penal.

Primeramente cabe señalar que la acción es pública, debido a que se dirige a poner en conocimiento del Estado, por medio del Ministerio Público, el conocimiento de un delito, a fin de que se pueda aplicar una pena a quien a cometido un ilícito, 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 confirmado que el principio de 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 a los requisitos que señala el artículo 91 del Código Penal vigente para el Estado de México, esto es, el perdón del ofendido extingue la acción penal respecto a los delitos que se persiguen a petición de parte, siempre y cuando el perdón se conceda antes de pronunciarse la sentencia.

II. Carácter único de la Acción Penal.

Esto significa que solo hay una acción penal para todos los delitos, no hay una acción especial para un delito en particular, 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 inadmisibles aceptar una acción para cada uno de los delitos que integran el Código Penal. no podemos sostener una acción por robo, otra por homicidio, otra por estupro etc. Si no una sola acción penal para

perseguir las diferentes categorías de actos delictivos, porque la acción penal es única para todos los procesos, por lo que no trasciende a la gran cantidad de tipos penales.

III. Carácter indivisible de la acción penal.

Es indivisible porque su ejercicio recae en contra de todos los participantes del hecho delictuoso, no se puede perseguir solo a uno o a algunos de los responsables; esto obedece a un principio de utilidad práctica y social, por la necesidad de perseguir a todos los participantes en el hecho delictuoso, no substrayéndose de esta forma a la acción penal, si se pone como ejemplo el adulterio, por cuanto a que si el ofendido solo se querrela contra una persona, la acción alcanzará a ambos participantes, así como contra todos los que aparezcan como responsables, del mismo modo el perdón del ofendido no sólo favorece a quien se le otorgue, sino a todos los participantes o responsables.

IV. Carácter intrascendente de la acción penal.

Considero que este carácter intrascendente del que habla la doctrina, no es la acción, sino la sanción, pues el ejercicio de la acción penal únicamente se limita a afectar a la persona responsable por el delito y nunca a su familiares o terceros; de acuerdo a lo consagrado en el artículo 22 de la Constitución Federal, que prohíbe las penas trascendentales, Asimismo, el artículo 11 del Código Penal vigente en el Estado de México, establece en forma concisa quiénes son los responsables en la comisión de algún delito.

V. 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 más que un fin: La Sentencia, el Ministerio Público no puede disponer de ella, ni desistirse como si fuera un derecho propio.

En nuestro sistema el òrgano encargado del ejercicio de la acci3n penal puede desistirse de su ejercicio en ambos fueros, previa la resoluci3n del Procurador o de la persona que haya sido facultada por 3ste. Esto es totalmente inadmisibile, porque si ejercita la acci3n y despu3s se desiste de la misma, equivaldria a convertirlo en arbitro del proceso.

VI. Car3cter necesario, inevitable y obligatorio de la acci3n penal.

Para que el 3rgano jurisdiccional pueda iniciar el proceso, es requisito indispensable que el Ministerio P3blico deba necesaria, inevitable y obligatoriamente ejercitar acci3n penal, cuando est3n reunidos los requisitos o exigencias legales para su ejercicio, plasmados en el articulo 16 de la Constituci3n General de la Rep3blica, los cuales consisten en:

- a) La existencia de un hecho u omisi3n que defina la Ley penal como delito.
- b) Que el hecho se atribuya a una persona fisica.
- c) Que el hecho u omisi3n llegue al conocimiento de la autoridad, por medio de la denuncia.
- d) Que el delito que se imputa se castigue con una sanci3n corporal.
- e) Que la afirmaci3n del denunciante o querellante 3ste apoyada por datos que hagan presumir la probable responsabilidad del inculpado.

Asi mismo, 3ste principio consistente en que no se puede aplicar pena alguna, sino es a trav3s del ejercicio de la acci3n penal. En 3ste sentido, la declaraci3n del 3rgano jurisdiccional puede ser de absoluci3n o de condena.

También debemos llamar la atención a este respecto, debe ejercitarse acción siempre que exista un delito, no puede imponerse una pena sin que la acción sea ejercitada, por ello un principio es correlativo racional a otro.

En base a esto último, considero que el ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Público pero no lo faculta para decidir libremente de ella como si fuera 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 desistirse de ella, pues privaría el principio de legalidad, el cual consiste en que, cuando se verifique un hecho considerado como delictivo, debe ejercitarse acción penal, siempre que se hayan reunido los requisitos materiales y procesales que se requieren para su ejercicio.

La acción penal es obligatoria, siempre y cuando haya razones fundadas para suponer que una persona es responsable de un delito (artículo 16 Constitucional); por eso es constante y a nadie extraña, que el Ministerio Público mande archivar el expediente formado en una averiguación, sin consignar el caso a un Juez, cuando no encuentra mérito para hacerlo; con ello no hace "declaración del derecho", simplemente se abstiene de perseguir a una persona en contra de quien no existen méritos suficientes. Pues bien, lo mismo debe pensarse cuando de las diligencias practicadas aparecen satisfechos, por ejemplo, los requisitos de una legítima defensa: un maleante (o varios) se introducen a un domicilio ajeno, de noche, o se presenta en un comercio, ante testigos, hace violencia para obtener la entrega de bienes, el secuestro de una persona, el desahogo de pasiones sexuales, entre otras, y el agredido (incluso a veces después de haber sido golpeado) hace uso de armas para defender su derecho, y lesiona o priva de la vida al o a los agresores; si al Ministerio Público se lo demuestra así, con pruebas, y se desprende que de lo investigado no existen elementos para considerar al sujeto como autor de un delito,

¿serà racional que le consigne y pida absurdamente su detención, para la formal prisión, etc., por el tabù primitivo de que no debe declarar el derecho.

La realidad es que de lo practicado no existen datos para suponerle responsable de un delito, por eso se deben archivar las diligencias, con la reserva de reanudar la tramitación si aparecen nuevos datos que alteren la situación.

Esto no se preconiza de casos dudosos, pero si, con el criterio racional y humano de que tanto se habla al hacer aplicación de las leyes, para casos ciertos de evidencia o de presunción que resulte monstruoso seguir molestando, persiguiendo y perjudicando a quien fue victima de un atraco y logró evitar que se consumara èste totalmente.

“La acción Penal es ùnica, porque no hay una acción especial para cada delito, se utiliza por igual para cada conducta tipica de que se trate.

Es indivisible ya que produce efectos para todos los que toman parte en la concepción, preparación y ejecución de los delitos o para quienes los auxilian por concierto previo o posterior”.⁵³

ACCION CIVIL Y ACCION PENAL.

La acción es un concepto que puede darse en varias esferas del derecho para precisa a cuál de éstas corresponde, deberà tomarse en cuenta la norma violada, de tal manera que al infringir una disposición civil, y cuando se trate de una norma del Derecho Penal Sustantivo se estarà en el caso de la acción penal, por ello conviene señalar, aunque en forma general, algunas características de una y otra.

⁵³ ibid, Pags 230-232.

La acción civil está a cargo de la parte lesionada, ya sea un particular o una persona moral.

El daño causado es moral y material; empero, en el orden material afecta el patrimonio de las personas, procede el desistimiento, la transacción o la renuncia; en consecuencia, esencialmente tiene un fin restaurador.

La acción Penal es pública, surge al nacer el delito; está encomendada a un órgano del Estado y tiene por objeto definir la pretensión punitiva, ya sea absolviendo al inocente o condenando al culpable a sufrir una pena de prisión, una sanción pecuniaria, a la pérdida de los instrumentos del delito, entre otras.

ORGANOS A QUIENES SE ENCOMIENDA SU EJERCICIO.

La acción Penal, como institución del Derecho de Procedimientos Penales, está encomendada por mandato expreso de la Constitución general de la República (artículo 21), a un órgano del Estado: al Ministerio Público.

No obstante, tratándose de delitos cometidos por los Servidores Públicos a que se refiere el artículo 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Cámara de Diputados previa observancia de las formalidades legales que para el caso obedece la Constitución, la ejercita ante el Senado (arts. 111 y 112).

LOS PERIODOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL Y LA ACCION PENAL.

Los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Estado de México al igual que gran parte de los correspondientes cuerpos de normas

procedimentales de los Estados de la República señalan que el procedimiento consta de cuatro periodos o etapas: averiguación previa, instrucción juicio y ejecución de sentencia.

El Código Federal de Procedimientos Penales instituye un procedimiento de averiguación previa (art.1) y luego agrega que los procedimientos de preinstrucción, instrucción y juicio constituyen el proceso penal federal.

Del contenido de dichas legislaciones es de concluir que en todas está implementado el procedimiento de averiguación previa, puesto que sin éste no podrían explicarse las etapas a que se refieren los Códigos primeramente citados ni tampoco los llamados ahora procedimientos instituidos por el Código Federal.

La averiguación previa es un procedimiento encaminado a investigar los delitos, para, en su oportunidad, ejercitar acción penal. Se le llama previa porque es presupuesto indispensable para que pueda darse el proceso, como consecuencia del ejercicio de la acción penal que durante ese procedimiento se preparó.

Este procedimiento nace en cuanto el Ministerio Público tiene conocimiento (noticia criminis o querrela) de hechos que puedan constituir delito y concluyen, en su caso, con el ejercicio de la acción penal, misma que hará cobrar vida a las demás etapas procedimentales.

“La acción penal genera la actividad de los sujetos de la relación jurídica y, en general, todo el acontecer procesal (procedimiento de instrucción) hasta el momento en que se precise en puntos concretos, fijando así la posición jurídica de su titular y de esa manera, en su oportunidad se defina la pretensión punitiva del Estado (juicio)”.⁵⁴

⁵⁴ *ibid*, Pags 228.

4.3. LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD.

La presunta responsabilidad del indiciado 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"⁵⁵. En consecuencia, existe presunta 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.

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México establece que la probable responsabilidad del inculpado, se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se compruebe directa o indirectamente su participación dolosa o culposa y no exista acreditada a su favor alguna otra causa de exclusión del delito (Art. 121).

La determinación de la presunta 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 presunta responsabilidad, no podría cumplir con el ejercicio de la acción penal.

⁵⁵ *ibid*, Pág. 287

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.

En ambos casos, el juez hará un análisis lógico y razonado de todos y cada uno de los hechos consignados en autos, no debe, en forma arbitraria tener por demostrada la responsabilidad presunta de ninguna persona, sin el previo análisis valorativo de los elementos “de cargo” y de las “pruebas de descargo”, cuando estas se hayan aportado.

En la práctica bastan indicios para considerar demostrada la presunta 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 y capaz de evitar procesos inútiles y molestias sin fin de las personas. Es útil también aclarar que, en multitud de 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 presunta responsabilidad, es lógico que pueda destruirse, como ocurre con frecuencia si dentro del término 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 hubiera apoyado, y la consecuencia sería la libertad del procesado.

4.4. EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

“Es el acto procedimental, a través del cual el Ministerio Público ejercita la acción penal, poniendo a disposición del Juez las diligencias o al indiciado, en su caso, iniciando con ello el proceso penal judicial. Al llevarse a cabo el ejercicio de la acción penal, hasta antes en preparación, se inician los actos de persecución del delito; de este modo, los actos de acusación darán margen a los actos de defensa y de decisión”.⁵⁶

No olvidemos que "la acción penal es pública, no solo porque su ejercicio está encomendado a un órgano del Estado, sin embargo, al Ministerio Público incumbe investigar los delitos y realizar toda la actividad necesaria para que se imponga, en su caso, una pena o una medida de seguridad; en otros términos, debe activar la propia acción y no renunciar a la misma, porque en esto no tiene derecho alguno, ni para no ejercitarla, ni tampoco para desistirse, a su arbitrio, como ocurre en nuestro medio, facultado para eso con leyes secundarias".⁵⁷

Este tipo de acuerdo debe entenderse como aquella determinación del Agente del Ministerio Público, por medio del cual da por terminada la averiguación previa, consignado ante el órgano jurisdiccional competente, con la variante de que pueda consignar con detenido o sin él. Esta determinación cierra la fase investigatoria, cuando se han reunido los requisitos de los artículos 14 y 16 Constitucionales, referentes a la integración de los elementos que integran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. En ocasiones se hace con los elementos mínimos de convicción exigidos por la Constitución, y los que en la secuela del procedimiento el Agente del Ministerio Público, como persecutor, va a precisar y perfeccionar con el fin de lograr la aplicación de la Ley Penal al infractor

⁵⁶ *ibid.*, Pág. 261

⁵⁷ *Ibid.*, Págs. 259, 260

de la misma, para de esta forma resarcir el daño causado al agraviado y a la sociedad.

NATURALEZA JURIDICA DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

La consignación o ejercicio de la acción penal que lleva a cabo el Ministerio Público consignador ante el Juez, es un acto más de naturaleza Administrativa, y esto se desprende atendiendo tanto al órgano que la realiza por la discrecionalidad de sus actos que le permiten decidir si procede una consignación o no, como por no existir algún recurso judicial que pueda hacer valer el interesado ante su negativa de no ejercitar la acción penal, ya que para estos casos, sólo existe en el fuero federal el recurso administrativo de acudir ante el Procurador, quien será el que en definitiva resolverá sobre su procedencia.

El acto consignatorio presenta, además, la característica de ser informal, por no requerir su formulación de requisitos especiales en cuanto a la forma de su elaboración, ni de palabras solemnes cuya omisión le pudiera restar validez, aunque es necesario advertir que jurídicamente debe de estar debidamente fundado y motivado; entendiendo por fundamentación, el señalar los preceptos legales del Código Penal para el Estado de México que tipifiquen y sancione el hecho delictuoso, mencionándose así mismo las leyes correspondientes en que se apoyan las facultades del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, y la competencia del órgano jurisdiccional al cual se solicita la aplicación del Derecho al caso concreto que se le dá a conocer; y por motivación, el dejar asentado en actuaciones las diligencias de investigación que acrediten la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

De igual manera se puede decir que "es un acto unilateral, autónomo e independiente, en razón de que se lleva a cabo con la sola intervención del Ministerio Público Consignador, no dependiendo en cuanto a su ejecución de ninguna otra autoridad o particular, lo que se deriva del monopolio del ejercicio de la acción penal que ejerce en forma absoluta de acuerdo por lo señalado por el artículo 21 constitucional, que lo convierte en cierta forma en juzgador de los hechos delictuosos, quedando en consecuencia a su juicio (en muchas ocasiones) el destino que se le dará a las personas y objetos relacionados con el delito"⁵⁸. De esta forma, el Ministerio Público, con las facultades de que se encuentra investido, puede llegar a juzgar más casos que la propia autoridad judicial al culminar sus investigaciones, determinando en algunos casos la consignación y en otros casos negándola, sin más argumentos que su propio juicio de los hechos; resolviéndose de esta manera la problemática de la criminalidad y la impartición de justicia, que en la mayoría de los casos queda a nivel de averiguación previa y en manos del Ministerio Público, como dueño exclusivo de la acción penal.

De igual forma, se hace necesario establecer si el ejercicio de la acción penal es un derecho o una obligación para el Ministerio Público. Se puede afirmar que de acuerdo con las facultades que se le han otorgado en el artículo 21 constitucional, el ejercicio de la acción penal es una facultad inherente a la persecución del delito; sin embargo, tal facultad se haya impregnada de la obligatoriedad que deviene, en la misma forma, tanto del artículo 21 constitucional como el 16 de tal ordenamiento jurídico, por lo que es en esencia el ejercicio de la acción penal un derecho y una obligación del Ministerio Público, pues como órgano del Estado facultado para perseguir los delitos se subordina a la Ley, ejercitando la acción penal cuando se desprenda de lo investigado que se han

⁵⁸ JORGE GARDUÑO GARMENDIA, El Ministerio Público en la Investigación de Delitos, Editorial Limusa S A. de C V México 1991, Pags. 84, 85

reunido los requisitos legales para acudir ante el órgano jurisdiccional, solicitándole la aplicación de las consecuencias jurídicas al caso concreto.

“La Consignación no reviste ninguna formalidad especial; El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México guarda silencio, y aunque la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la nación ha resuelto en diversas ejecutorias que: “basta con la consignación que del reo haga el Ministerio Público, para que se entienda que ese funcionario ha ejercitado la acción penal, pues justamente es la consignación lo que caracteriza el ejercicio de dicha acción, a reserva de que, después y ya como parte, dentro de la controversia penal, el Ministerio Público promueva y pida todo lo que a su representación corresponde”.⁵⁹

4.5. EXTINCION Y SUSPENSION DE LA ACCION PENAL.

Los efectos jurídicos de la acción penal (acción procesal), una vez deducida, se prolongan hasta sentencia definitiva, y solamente pueden extinguirse o suspenderse en los casos expresamente previstos en la ley de los cuales unos afectan su contenido ya sea porque carezca de objeto o bien porque desaparezca una condición de perseguibilidad, y otros, son extrínsecos a la naturaleza de ella y obedecen a condiciones de política criminal. Dentro del primer grupo figuran:

a) la muerte del sujeto a quien se le imputa el delito, como consecuencia del principio de la personalidad de la pena;

⁵⁹ COLIN SANCHEZ, *op cit* Pág. 261

b) El perdón del ofendido en los delitos que se persigan a instancia de parte;

c) El mismo hechos delictuoso ya juzgado con anterioridad; porque de lo contrario, seria darle nueva vida a la acción, con menoscabo del principio non bis in idem.

En el siguiente grupo, figura de acuerdo con el propio ordenamiento y el Código Penal para el Estado de México:

a) La amnistía (ART. 89 Código penal para el Estado de México);

b) La prescripción (ART. 96-106 Código Penal para el Estado de México);

c) El sobreseimiento derivado de los diversos supuestos a que alude el artículo 272 del Código de Procedimientos Penales para el estado de México.

A continuación señalaré someramente, cada una de las casusa que extinguen la acción penal.

a) Muerte del inculpado. No obstante que la acción Penal como la Civil, pueden derivarse del mismo hecho delictuoso, la extinción de la primera por muerte del inculpado no la produce respecto a la Civil por el carácter que tiene de ser restitutoria de un derecho patrimonial privado. En efecto, la muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño y la de decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él.

b) Perdón del ofendido. El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la acción penal respecto de los delitos que solamente pueden perseguirse por querrela, siempre que se conceda antes de pronunciarse sentencia en segunda instancia y el reo no se oponga a su otorgamiento.

Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga.

El perdón sólo beneficia al inculcado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o 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.

c) Cosa Juzgada. El término normal de la acción procesal penal en la sentencia firme. Funciona esta como expediente extintivo en cuanto el artículo 23 Constitucional dispone, acogiendo el dogma non bis in idem, quien nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. En el caso de iniciarse nuevo procedimiento por idénticos hechos y en contra del mismo infractor, cabría oponer la excepción perentoria de cosa juzgada. Bajo nuestro régimen, operaría aquí con eficacia el juicio de amparo por violación de garantías contenida en el artículo 23.

En cuanto a las causas extintivas del segundo grupo, podemos afirmar lo siguiente:

a) Amnistía. Según el artículo 89 del precitado Código Penal, extingue la acción penal, dicho precepto establece "La amnistía extingue la pretensión punitiva y todas las consecuencias jurídicas del delito, como si éste no se hubiere cometido, sin perjuicio de la reparación del daño. La amnistía opera mediante una ley

expedida específicamente para determinados casos y vigente mediante el proceso legislativo de creación de leyes, común a todas las leyes que integran el sistema normativo de derecho. La ley de amnistía que se promulga debe contener la mención de que se decretó la amnistía y la referencia de las personas y cosas a las que va a aplicarse dicha ley".⁶⁰

JURISPRUDENCIA.

De acuerdo con la fracción XII del artículo 73 Constitucional, la amnistía solo puede ser concedida por el Congreso y consagrada en una ley. En tal virtud, los salvoconductos extendidos por autoridades militares en los que conste que se ha concedido amnistía a un rebelde, no son bastantes para tener por amnistiado a éste (S. J., Tomo XXVII, pág. 524)

b) La prescripción. La prescripción en materia penal puede definirse así: es el fenómeno jurídico penal por el que, en razón del simple transcurso del tiempo, se limita la facultad represiva del Estado, al impedírsele el ejercicio de la acción persecutoria o la ejecución de las sanciones impuestas.

Prescripción de la acción penal y prescripción de la pena. Legislación del Estado de

Jalisco. Hay dos clases de prescripción: la de la acción y la de la pena.

La acción penal como derecho de persecución nace cuando se ha cometido un delito y prescribe por el transcurso del tiempo, si no se ejercita por el Ministerio Público, reclamando del órgano jurisdiccional la declaración del derecho en el acto que estima delictuoso y la determinación de la pena que debe aplicarse al

⁶⁰ OSORIO Y NIETO, op. cit. 48

delincuente. Consecuentemente, la prescripción de la acción supone una inactividad del Ministerio Público por todo el tiempo que la ley señala como suficiente para extinguirse por su no ejercicio o actuación de este derecho de persecución.

En cambio la prescripción de la pena supone el incumplimiento de la sentencia, y el quebrantamiento, en una pena privativa de libertad, es cabalmente la fuga.

Directo 8793/1960. Santos Rodríguez Maravel. Resuelto el 2 de marzo de 1961, por unanimidad de 4 votos. Ponente: Sr. Mtro. Rivera silva. Srio. Lic. Victor Manuel Franco. 1ª sala Boletín 1961, pág. 223.

El tema relativo a la prescripción tiene que ser entendido como uno de los casos de excepción al principio general que autoriza y obliga al Estado a la persecución de los delitos y la sanción a los delincuentes, excepto que tiene como fundamento sólo el transcurso del tiempo, aun cuando el tiempo corrido pueda ser motivo de diversas valoraciones.

La Ley Mexicana vigente se ocupa de tratar el problema de la prescripción en los artículos 94 al 106 del Código Penal para el Estado de México, lo que revela la existencia de un conjunto de normas que, a nivel de Derecho Penal objetivo, tratan y regulan el fenómeno que, por el propio contenido sustancial de tales normas, implican una limitación legal a la facultad represiva del Estado, o sea, una limitación del Derecho Penal subjetivo o "ius puniendi".

Ahora bien si reconocemos que el titular mopolístico de la acción penal lo es el Ministerio Público y que a él mismo corresponde por mandamiento constitucional (artículo 21) la investigación de los hechos con apariencia de delitos y la persecución de ellos para efectos de su calificación final por la autoría judicial, es claro que todo lo que en exclusividad es propio al Ministerio Público como entidad en esta etapa, sea motivo de titularidad de su parte para realizar las

declaraciones que procedan, siempre que la ley no las haya dado expresamente a una autoridad diferente.

Con lo anterior se quiere significar que durante la llamada etapa de investigación, o de averiguación previa cuando aún no se ha ejercitado la acción penal, el Ministerio Público es el titular del derecho para declarar la prescripción de la acción persecutoria, sin violar ningún derecho, ley o principio.

Pongamos como situación hipotética la siguiente: en etapa de averiguación previa el Ministerio Público investiga y prueba con suficiencia la existencia de un hecho presumiblemente delictuoso e imputable a un sujeto determinado; al proceder a formular la consignación, analizando como deber ser, el momento consumativo, se encuentra que ha corrido el término necesario para la operancia de la prescripción. Como consecuencia no solamente se abstiene de la consignación, sino que resuelve en orden a la prescripción, porque es el titular de la facultad en la etapa que mencionamos.

El Ministerio Público no ejercita la acción penal cuando, este extinguida legalmente; y ya sabemos que entre las causas de extinción legalmente establecidas tenemos, a la prescripción. Con esto puede comprobarse la titularidad en cuestión, referida a la materia federal. Por lo que hace al ordenamiento común, ya antes habíamos apuntado que la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México indica que es facultad del Ministerio Público ejercitar la acción penal cuando proceda y que a esta afirmación de la Ley tenemos que asociar, por razón natural, la facultad de abstenerse de tal ejercicio de la acción penal, cuando ella no proceda; entre las causas que hacen que no proceda el ejercicio de la acción penal está la prescripción.

El artículo 100 del Código Penal para el Estado de México, se ocupa de las cuestiones relativas a la interrupción del curso de la prescripción, al establecer: la prescripción de la acción penal se interrumpirá por las actuaciones del Ministerio Público que se practiquen en averiguación del delito.

Si se dejare de actuar, la prescripción comenzará a contarse de nuevo desde el día siguiente a la actuación.

Contiene el principio general que determina que los actos procedimentales son causas que interrumpen el curso de la prescripción de la acción persecutoria. La más sana lógica indica que esta situación es aceptable puesto que la acción persecutoria nacida junto con la realización del hecho relevante requiere de una serie de actos en preparación de su ejercicio. Siendo cierto e indiscutible que el derecho de Estado para perseguir a quien supone delincuente surge contemporáneamente con la producción del hecho relevante, y que en igual momento inicia su curso la prescripción de la acción persecutoria, sería absurdo pretender exigirle al propio Estado una actuación inmediata cuando que es la propia Ley la que le impone la obligación de actuar en todo caso, fundada y motivadamente.

Pueden darse dos casos con capacidad investigadora en materia de delitos: El Ministerio Público en materia de Averiguación Previa o fase preparatoria del ejercicio de la acción persecutoria, y el juez, después de que ha recibido una consignación y no ha dictado auto de formal procesamiento; en consecuencia, la persecución de los delitos es facultad del Ministerio Público y de la Policía Judicial como órgano de apoyo, es claro que sus actuaciones, orientadas finalísticamente en "averiguación del delito y delincuentes", son causa de interrupción; por otra parte, en las actuaciones ante el órgano jurisdiccional, competente como lo es para calificar de delictuoso o no delictuoso un hecho y a su autor, es indiscutible que hay, sustancialmente, la misma orientación final de averiguar la verdad, por lo que sus actuaciones son igualmente idóneas para interrumpir el curso de la prescripción. Quedan así precisadas las dos autoridades referidas.

Prescripción interrupción de la. Las actuaciones del Ministerio Público practicadas en averiguación previa, para la

determinación del delito y obtención de datos a fin de demostrar en su oportunidad ante los tribunales la responsabilidad del delincuente, indudablemente interrumpieron la prescripción. El artículo 100 del Código Penal para el Estado de México establece que la prescripción de las acciones se interrumpirá por las actuaciones que se practique en averiguación del delito y delincuentes, aunque por ignorarse quiénes sean éstos, no se practiquen las diligencias contra persona determinada. Del precepto mencionado debe concluirse que la Ley, en forma expresa, habla de las actuaciones practicadas por el Ministerio Público, único autorizado de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para averiguar los delitos. En todo caso la prescripción que comenzó a correr desde el momento de comisión de los delitos se interrumpió, como se ha expresado, por las actuaciones del Ministerio Público, en la fase de averiguación previa.

Amparo Directo 8423/64 Ramón Corral Portillo. Junio 20 de 1968. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Mtro. G: Rebolledo F. 1a. Sala. Informe 1968, página 48.

Desde el punto de vista doctrinario, la ley mexicana acepta una posición similar (con las reservas propias de las diferencias de cada procedimiento) a la que toma la legislación francesa, es decir, que reconoce a ambas como fuerza interruptora a todas las diligencias practicadas en averiguación del delito y del delincuente".⁶¹

Esto significa que siendo el Ministerio Público la autoridad competente para investigar los delito y perseguir a los delincuentes y el juez el facultado para resolver si un hecho y su o sus autores son; igualmente delito, y delincuente, solo sus actuaciones pueden estar dotadas de esa finalidad a la que hemos hecho referencia y que dimana de la ley misma; en consecuencia, actos que realice una entidad o autoridad diferente, aun cuando se pretenda que son para averiguar acerca

⁶¹ SERGIO, VELA TREVIÑO, *La Prescripción en Materia Penal*, Edit Trillas, México 1993, Págs.57-67

del delito y delincuente, no deben ser jamás tomadas como idóneos para interrumpir el curso de la prescripción, salvo que haya una ley que así lo establezca.

Pudiera parecer que todas las actuaciones o actos procedimentales practicados por la autoridad competente y que tengan la orientación final referida, fueran capaces para interrumpir el curso de la prescripción: esto no es totalmente cierto, ya que existe, por disposición de la propia ley, una limitación derivada del tiempo, que condiciona el efecto interruptor de tales actos procedimentales.

En el caso de que las actuaciones se practiquen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la prescripción. Entonces esta no se interrumpirá sino con la aprehensión del inculcado.

En términos de los preceptos legales antes citados, y como se precisa en la demanda de garantías, la acción penal prescribe en un lapso igual al tiempo de la sanción corporal que corresponda al delito, pero en ningún caso bajará de tres años, interrumpiéndose únicamente la prescripción por actuaciones que se practiquen en averiguación del delito y del delincuente, excepto el caso de que las actuaciones que se practiquen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la prescripción, porque entonces sólo se interrumpirá con la aprehensión del inculcado.

TEORIA BASADA EN LA SEGURIDAD JURIDICA.

“Por razón de seguridad que todos los hombres deben tener ante el poder del Estado, la prescripción, sea de la acción o de la sanción, está plenamente justificada en los sistemas legales.

Carrara dijo que “en materia penal, el tiempo extingue la acción porque además de hacer difícil la justificación del inocente, hace cesar el daño social merced al presunto olvido del delito, lo cual conduce a la cesación de la impresión

moral que nació de él, sea respecto de los buenos, en quienes deja de existir el temor, sea respecto de los malvados, en quienes deja de tener influjo el mal ejemplo. Desaparecido el daño político, se torna útil la reparación penal”.

Igualmente, a Gueyer, Von Hippel. Este último dice que la prescripción se basa en dos motivos: con el tiempo desaparece el interés en la persecución y la punición; el segundo es que se original dificultades de determinación y prueba (que sin embargo por si solas no bastan, porque no justificarian la diversidad de plazos según la gravedad).

No hay en esta situación, una seguridad pública establecida, porque no aparece, en estricto sentido, ninguna inseguridad para la sociedad.

Podemos mencionar, en las garantías de seguridad jurídica, como lo son la exacta aplicación de la Ley penal, la no retroactividad y otras. Lo importante es destacar que, ante el Estado, el hombre debe tener siempre una seguridad en su posición jurídica; debe saber y sentir que su libertad esta limitada sólo en lo expresamente consignado en la Ley (los tipos) y que, en todo momento, debe tener el conocimiento o la certeza de la aplicación de todos los principios previamente consignados en la propia ley.

En esta tarea de dotar al hombre de la seguridad jurídica indispensable entran en juego elementos tales como la necesidad de la tranquilidad que da la limitación de la actividad estatal. No debe ser posible que el ser humano esté indefinidamente sujeto a la zozobra que implica el saber que en cualquier momento puede ser privado de su libertad. Los efectos que este estado produce pueden ser más dañinos inclusive que el delito mismo que se haya cometido.”⁶²

Cuando se tocan temas como los relativos a la seguridad jurídica, a la libertad, a la certeza del hombre ante el poder del Estado, es difícil no fijar una posición filosófica, aun cuando no sea un filósofo, en mi opinión, las relaciones entre el hombre y el Estado están sometidas a una premisa inalterable, como lo es

⁶² SERGIO, *ibid* Págs. 47-53

la existencia del Estado de Derecho, o sea, una conformación de todas las relaciones bajo el mandamiento imperativo de la Ley, que al mismo tiempo que crea y estructura la forma que en particular haya de adoptar el Estado, va estableciendo los límites de la libertad de acción del propio Estado y de los individuos; es la ley, entonces, la soberana en todas las relaciones.

Solo por medio de la ley se puede alcanzar el verdadero Estado de Derecho que es imprescindible para las sociedades contemporáneas, ya que no es concebible una organización estatal sin ley y sin derecho.

Ante la Ley, el hombre requiere de la seguridad, es decir, debe conocer el individuo libre su posición frente al Estado y más aun cuando la figura del Estado está representada por su medio más drástico de coacción, como lo es la pena o sanción con la que comunica a los transgresores de la ley penal.

Si el Estado tiene facultad de invadir la esfera de libertad de los individuos que considera pueden ser delincuentes, o de aquellos que ya han sido motivo de calificación como tales por los tribunales, es lógico también que ese poder o facultad del propio Estado esté sometido a ciertas limitaciones, oriundas en la propia ley que rige la actividad estatal y que crean, como consecuencia, una diferente esfera de derecho a favor de todos los sujetos.

Con lo inmediatamente antes expuesto queremos significar que si hay leyes generales que regulan el fenómeno de la prescripción, como es el caso de nuestra legislación penal, en realidad esas reglas están creando, además de una limitación al poder del Estado, una esfera de derechos a favor de los individuos, que tendrán, siempre, un derecho individual oponible al derecho general del Estado a perseguir los delitos y a los delincuentes.

Este derecho es, justamente, su seguridad jurídica y como fieles creyentes que somos del Estado de Derecho, es que consideramos que en materia de prescripción, el verdadero sustento se encuentra, a nivel sustancial, en la necesidad de que las relaciones individuo-Estado estén dotadas de la seguridad

jurídica necesaria, ya que, como lo ha expresado Manzini, si la potestad de castigar se justifica exclusivamente con el criterio de necesidad, todo ejercicio de potestad represiva debe considerarse injustificado cuando no parezca necesario, y no podría ser nunca necesario lo que implique una violación a los principios de seguridad jurídica.

La suprema Corte de Justicia de la Nación, intérprete de nuestra legislación positiva se ha expresado en esta cuestión en los siguientes términos:

Prescripción de la acción Penal. Para que opere el fenómeno de la prescripción en cuanto a la acción persecutoria, la Ley alude al término medio aritmético de la pena, que se ha interpretado como deducible de la individualización legal correspondiente a las entidades delictivas consumadas, pero sin modalidades.

Se considera que la prescripción implica la cesación de la potestad punitiva del Estado, al transcurrir un periodo de tiempo determinado, en virtud de que el propio Estado abdica de su potestad punitiva, por razón de que el tiempo anula el interés represivo, apaga la alarma social y dificulta la adquisición de pruebas respecto a la realización del evento delictivo. La prescripción penal, por la esencia misma del ordenamiento punitivo, opera coactivamente. Es un mandato impuesto del Estado para que órgano delegado específicamente, la instrucción del Ministerio Público, conforme al artículo 21 constitucional, se abstenga de toda acción respectiva del delito y para que el órgano jurisdiccional decrete la extinción de la pretensión punitiva; y por ello, se aplica de oficio y en cualquier grado y estado de la causa.

Entendida la acción penal como el fundamento y marco de la decisión jurisdiccional y la prescripción como una causa extintiva de la acción del orden coactivo, es lógico concluir que para calcular el término de su operancia, debe atenderse a la pena conminada en abstracto para el delito simple y no la pena en concreto que habría debido infringirse, computadas las circunstancias objetivas y subjetivas del delito. La acción penal al ejercitarse y mover al órgano jurisdiccional tiene un contenido concreto, pero le compete al órgano decisorio su calificación técnica. El Ministerio Público solo la ejercita por hechos que estima delictivos. En el auto de formal prisión o de

procesamiento, deberá el Juez natural fijar el tema del proceso y esta determinación se dictará por el delito que se estime comprobado en forma genérica, sin precisar las modalidades del delito, que son materia de la sentencia definitiva. En tal sentido, si la acción penal, en el acto de consignación, se ejercita únicamente por hechos delictivos y el Juez natural dicta la formal prisión o sujeción a proceso por el delito simple sin considerar sus modalidades y la prescripción atiende al medio medio de la pena conminada en abstracto, es obvio que si la extinción de la acción penal por prescripción opera de oficio y en cualquier estado de la causa, no es posible, por ningún concepto atender a la penalidad aplicable por el delito calificado por modalidades cuya existencia es materia de la sentencia definitiva. Si se atiende a la penalidad del delito considerado como calificado, ello daría lugar a que la prescripción dependiera del arbitrio del Juez, que tendría que definir en una fase procesal previa circunstancias que le compete decidir en el fallo que pone fin al proceso; y, lógicamente, daría lugar a que se prejuzgase en agravio del imputado, con violación de los principios que norman el instituto de la prescripción de la acción persecutoria.

Amparo directo 8431/63. Mario Valdez Gonzalez. 17 de abril de 1968. mayoría de 3 votos ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Precedentes

Volumen XXXII, segunda parte, pág. 77.

Volumen XLV, segunda parte, pág. 59.

Volumen LXXX, segunda parte, pág. 31.

Se publica parcialmente la ejecutoria.

Prescripción de la acción penal. Para que opere está es necesario que el acusado o procesado se encuentre sustraído a la acción de la justicia, pues el legislador toma en cuenta la zozobra, la agitación anímica por la que atraviesa al tener cuentas pendientes con la justicia. Por tanto, no puede correr la prescripción cuando el acusado, aun ignorándolo el Juez de la causa, se encuentra sujeto a otro proceso e incluso recluso en prisión con motivo de éste.

Directo 1429/1954. Efrén Faire Cerca. Resuelto el 27 de junio de 1958. Por unanimidad de 5 votos. Ponente: Sr. Mtro. Mercado Alarcón, Srío. Lic. Raul Cuevas.

1ª sala boletín, pág. 395.

En la primera de las dos tesis transcritas es observable la amalgama de razones que hace valer nuestro Alto Tribunal para dar fundamento a la prescripción; por una parte se dice que el Estado abdica de su potestad punitiva porque el tiempo anula el interés respectivo, que viene a ser parte de lo fundamental de acuerdo con la llamada tesis de la intimidación inexistente.

También se hace referencia a que por razón de la esencia misma del ordenamiento punitivo, la prescripción opera coactivamente, ya que se trata de un mandato que el Estado dirige a uno de sus órganos (el Ministerio Público), para que se abstenga de toda persecución del hecho posiblemente delictuoso, al igual que lo dirige al órgano jurisdiccional para que decrete la extinción de la pretensión punitiva del propio Estado, cuando a transcurrido el término necesario para la prescripción, referida, obviamente, a la sanción. Aquí nos encontramos frente a la tesis de la seguridad jurídica, derivada del imperio de la norma preexistente.

La verdadera fundamentación se encuentra en la seguridad jurídica que el hombre requiere frente al Estado (la norma preexistente) y la certeza que habrá de darle, en cada caso en particular, que la situación concreta que se plantee en cuestiones relativas a la prescripción, sea de la acción o de la pena, se resolverá en estricto apego a la norma que regula el fenómeno de la prescripción.

Es obvio que en materia de prescripción se impone al juzgador la obligación de tenerla siempre presente ya que está sujeto a declararla, aun de oficio, tan pronto se percate de que a operado a favor de alguien. Aquí tenemos la consagración del propio general de seguridad jurídica, puesto que el simple transcurso del tiempo necesario hace que la prescripción tenga que producir, imprescindiblemente, sus efectos extintivos respecto de la pretensión punitiva del Estado; pero si además consideramos que los jueces sólo conocen de los casos particulares respecto de los cuales tienen que pronunciarse fundadamente (artículo 16 Constitucional) en razón del principio de legalidad, estamos también obteniendo

del propio precepto del Código Penal el reconocimiento de la certeza de la que antes nos referimos.

En lo tocante a la segunda de las tesis de nuestra Suprema Corte de Justicia que ha sido transcrita, tenemos que ahí se aborda la cuestión de la prescripción desde un punto de vista propio del autor del hecho enjuiciado o enjuiciable. Se dice que “el legislador toma en cuenta la zozobra, la agitación animica por la que atraviesa (el acusado o procesado) al tener cuentas pendientes con la justicia.

Quien se encuentre en cualquier condición al poder represivo del Estado es siempre un sujeto de estado de zozobra y de agitación animica, precisamente por tener “cuentas pendientes” con la justicia.

e) Sobreseimiento. El sobreseimiento pone así mismo término al ejercicio de la acción procesal penal, en cuanto sus efectos son los mismos de una sentencia absolutoria, y, una vez ejecutoriada tendrá valor de cosa juzgada (ART. 272 del código De Procedimientos Penales para el Estado de México). Fuera de las causas que extinguen la acción procesal penal ya referidas, existen otras que solamente suspenden sus efectos mismas que son:

- a) falta de querrela en los delitos que la requieran;
- b) sustracción del inculpado a la acción de la justicia;
- c) perturbación mental del inculpado ocurrida durante la tramitación del procedimiento penal; y
- d) En los demás casos en que la ley lo ordene expresamente.

4.6. PONENCIA DE RESERVA.

La resolución de reserva tiene lugar cuando existe imposibilidad de cualquier naturaleza para proseguir la averiguación previa y aún no se han integrado el cuerpo del delito y en consecuencia la probable responsabilidad, o

bien cuando habiéndose integrado el cuerpo del delito, no es posible hasta el momento atribuir la probable responsabilidad a persona determinada.

La imposibilidad que constituya un obstáculo para la práctica de diligencias que impidan la continuación de la investigación, debe ser de tal naturaleza que impida realmente la actuación del Ministerio Público, por ejemplo: la declaración de algún testigo o persona relacionada con los hechos que se investigan, y cuyo testimonio sea necesario para la comprobación del delito, y existan suficientes datos de que esta persona se encuentra fuera del país y no es posible presentarla a declarar. La otra situación en que procedería acordar la reserva de la averiguación es cuando comprobado el cuerpo del delito y habiéndose diligenciado cada una de las actuaciones que indica el procedimiento, no haya sido posible, hasta el momento; señalar a persona alguna como probable responsable.

“El mandar a la reserva la averiguación previa en modo alguno significa que la averiguación previa haya concluido o que no puedan llevarse a cabo más diligencias, puesto que en el caso de obtener nuevos elementos el Ministerio Público investigador, y no habiendo prescrito la acción penal, está obligado a realizar nuevas diligencias, ya que dicha resolución de reserva no tiene carácter de definitividad y constituye una causa de interrupción de la prescripción de la acción penal, por lo que siempre queda la posibilidad al practicar nuevas diligencias investigatorias de ejercitarse la acción penal”.⁶³

Para Jorge Garduño, “la resolución de reserva tiene lugar cuando existe imposibilidad de cualquier naturaleza para proseguir la averiguación previa y aún no se han integrado el cuerpo del delito y en consecuencia la probable responsabilidad, o bien cuando habiéndose integrado el cuerpo del delito, no es

⁶³ GARDUÑO GARMENDIA op cit., Pág. 82

posible hasta el momento atribuir la probable responsabilidad a persona determinada".⁶⁴

4.7. PONENCIA DE NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

Este acuerdo consiste en la determinación que hace el Ministerio Público, cuando de los elementos aportados de las diligencias practicadas en la averiguación previa, se desprende que no se acreditan los elementos para tener por comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado y que por lo tanto, no es posible ejercitar acción penal y tampoco es procedente acordar la reserva de dicha averiguación.

El acuerdo que se comenta presenta el riesgo de que una conducta ilícita quede impune por la imposibilidad de demostrar su realización y se dicte el archivo de la averiguación previa correspondiente, pero por otra parte presenta la ventaja de que intereses mezquinos no logren causar perjuicios a personas inocentes a la sombra de la Ley.

Como resultado de la Averiguación Previa, se pueda dar el no ejercicio de la acción penal, cuando agotadas las diligencias de la averiguación, se determine que no existen elementos constitutivos del cuerpo del delito o que ha operado alguna de las causas extintivas de la acción penal.

Las circunstancias o los casos por los cuales no se ejercita la acción penal son:

a) Cuando la conducta o los hechos de que conozca el Ministerio Público no sean constitutivos de delito alguno.

⁶⁴ GARDUÑO GARMENDIA, op cit., Pág 83.

b) Cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo participación en los hechos presumiblemente delictivos.

c) Cuando aún pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos resulte imposible la prueba de existencia por obstáculo material irrecuperable legalmente.

El Ministerio Público debe agotar la investigación de todos los hechos, suceso, etc., y en consecuencia practicar todas aquellas diligencias que sean necesarias para reunir los requisitos del artículo 16 Constitucional..

1) La Averiguación puede derivar hacia dos situaciones diferentes:

que no se reúnan los requisitos del artículo 16 Constitucional, y

2) Que se reúnan medios de prueba bastantes y suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Por cuanto hace al primer supuesto podemos subdividir en otros dos:

a) Que esté agotada la averiguación, en cuyo caso el Ministerio Público decretará el archivo, es decir, el no ejercicio de la acción penal; y

b) Que no esté agotada la averiguación, en cuyo caso el Ministerio Público deberá archivar las diligencias provisionalmente, en tanto desaparece la dificultad material que impidió llevarlas a cabo.

En cuanto al segundo supuesto, se puede presentar a su vez, otras dos situaciones:

a) Que se encuentre detenido el responsable; y

b) Que no se encuentre detenido.

Si se encuentra detenido, el Ministerio Público deberá consignarlo dentro de las 48 horas siguientes a la detención; si no se encuentra detenido, consignará solicitando orden de aprehensión o de comparencia, según sea el caso.

En los casos en que el delito por el cual se consigna tenga señalada una sanción no corporal o una alternativa que incluya alguna no corporal, el Ministerio Público se limitará en la consignación a solicitar que el Juez cite al inculcado para que comparezca ante él.

El Ministerio Público, una vez que ha ejercitado la acción penal, se convierte de autoridad en parte.

El Ministerio Público no ejercitará la acción penal cuando los hechos no sean constitutivos del delito, se acredite que el inculcado no tuvo participación en ellos, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable o se halle extinguida la protesta para el ejercicio de la acción penal.

En este caso, el funcionario encargado de la Averiguación Previa, formulará, la consulta respectiva al Procurador o a quien, por delegación de este, deba decidir, notificando previamente al denunciante, al querellante, al ofendido o a la víctima, según corresponda, para que aporten los elementos y formulen las consideraciones que estimen procedentes, dentro de los quince días siguientes a la notificación.

Cuando exista a favor del inculcado una cusa excluyente de responsabilidad penal o excusa absolutoria, plenamente comprobadas, el Ministerio Público lo pondrá en inmediata libertad si estuviese detenido, y se dirigirá al juzgador para que, en un plazo que no exceda de quince días hábiles, haga la declaratoria correspondiente. Si el Juez mediante resolución fundada, que no procede la confirmación de la libertad, lo hará saber así al Procurador General de

Justicia, del Estado de México, remitiéndole el expediente para que éste, en términos de la legislación aplicable, disponga lo conducente.

Garduño Garmendia al respecto sostiene que esta resolución se emite bajo los cánones del no ejercicio de la acción penal y "procede cuando el Ministerio Público investigador a verificado que no existe indicio alguno que haga suponer la comisión del delito; en este supuesto acuerda el Archivo de la averiguación previa. A esta resolución de archivo se le ha otorgado el carácter de definitividad, esgrimiéndose como argumento para evitar la investigación de los hechos ya examinados en forma indefinida, mediante la reapertura de la averiguación previa y proporcionar así seguridad jurídica a los gobernados que pudieran llegar a sufrir las consecuencias de la mala fe de los funcionarios del Ministerio Público.

En la doctrina se ha sostenido que a esta resolución de archivo no se le puede dar el carácter de definitividad como cosa juzgada, ya que esta resolución no es judicial, sino administrativa, donde impera la jerarquía del Procurador y por su mismo carácter administrativo, puede ser revocable en beneficio de la sociedad, continuar la investigación y llegado el caso, ejercitar la acción penal.

4.7.1. DIVERSAS CONSECUENCIAS JURIDICAS, SOCIALES, SUSTRAIDAS DE LAS RESOLUCIONES MINISTERIALES Y LAS PARTES QUE CONFORMAN LA INVESTIGACION MINISTERIAL PREVIA.

Las consecuencias jurídico sociales derivadas de las resoluciones Ministeriales son diversas y de resultados diversos a los que la sociedad en variadas ocasiones exige y reclama dadas las deficiencias, la falta de profesionalismo o capacitación para integrar sus mal denominadas Averiguaciones Previas. Se ha

sostenido que una de las figuras del sistema Penal liberal no sólo en México, sino en toda América Latina, ha sido por un lado la carencia de especialización en la materia y por otro lado su limitada autonomía, ya que como institución de buena fe y representante de la sociedad, del ciudadano, dentro del contexto del Estado de Derecho, lo ideal para lograr los más puros fines del derecho procesal penal, es el equilibrio de los órganos del poder público, en donde el Procurador no debe ser nombrado por parte del Ejecutivo, sino en forma libre y democrática, buscando con ello, independencia y autonomía. La coordinación y convergencia hacia los fines supremos comunes de convivencia social, se los da el marco constitucional en que los otros dos poderes actúan, interpretan y sujetan a la Ley Máxima.

Debe buscarse a nivel licenciatura, la existencia de una carrera para especializarse como Ministerio Público Investigador del delito, igualmente deberá ocurrir con el poder Judicial local y Federal, para evitar los viejos abusos de corrupción política, administrativa y de procuración. Ello determinaría una nueva tendencia altamente profesionalizada y de independencia del Ejecutivo.

El Ministerio Público como órgano acusador debe ser cada día más cuidadoso, técnico y específico, para la integración de sus investigaciones y evitar perjuicios o detrimento de la persecución de las personas que injustamente actuadas, se les ha causado perjuicio en su honorabilidad, en sus bienes, en su familia para que se busquen la indemnización correspondiente.

Las consecuencias de interpretación y de resultado con carácter jurídico social, tanto para el ofendido como para el probable responsable son de diverso tipo, veamos:

Las resoluciones de reserva y archivo son determinaciones de carácter administrativo en que culmina la Investigación Ministerial Previa, ya en forma

temporal o definitiva, al no llegar a contar con elementos suficientes de prueba que permitan ejercitar la acción penal.

Las anteriores resoluciones emitidas en la propia determinación son decretadas como consecuencia de una investigación deficiente o de un manejo arbitrario del procedimiento investigador por parte del Ministerio Público, de sus agentes o peritos y que lesionan gravemente los derechos del ofendido al perderse su posibilidad de obtener la reparación del daño dentro del procedimiento penal (ya sea esto privado o social).

El ejercicio de la acción penal, representa otra importantísima consecuencia con la cual el Ministerio Público concluye la Investigación Previa, puesto que trae como resultado, una vez concluidas las etapas de recepción, investigación, persecución y determinación, el pronunciamiento de una Sentencia, la cual puede ser Absolutoria o Condenatoria, con la primera, se produce para el absuelto el derecho de la acción reclamatoria de carácter penal en contra de la persona que directamente lo acosó al quedar comprobado que obró calumniosamente y que no tenía derecho de señalarlo responsable del delito denunciado o querellado. En contra del Ministerio Público, el absuelto carecerá de acción por no ser el Ministerio Público responsable de las molestias o daños causados a los implicados en el delito investigado, ya que procede como instrumentador al diligenciar diversas acciones investigadoras, dado el ejercicio de las funciones. Si la sentencia emitida por la autoridad judicial es condenatoria, los fines específicos del Derecho Penal y de la propia ley de la materia se han cumplido, siendo que el ofendido por el daño sufrido, dado el delito cometido, obtendrá la reparación del daño que se le haya causado, al cumplir el sentenciado con la pena impuesta, más la exigencia de aquella, sea esta social o privada, que ocasiono su proceder ilícito.

Si el estado al asumir en forma expresa el derecho de asegurar la reparación del daño de la víctima por el delito sufrido, dentro del procedimiento persecutorio, está obligado a establecer los mecanismos jurídicos que evitan que esta sanción pecuniaria no pueda cumplirse ya sea insolvente o bien porque no pueda cumplirla por diversos motivos. El Estado a través del Ministerio Público desde el inicio de sus investigaciones, debe exigir al procesado la garantía bastante y suficiente que asegure la reparación del daño causado a la parte ofendida, tal y como actualmente se maneja en la mayor parte de los Estados de la República, cuando se fija libertad caucional por tratarse de un delito calificado como no grave o de caso urgente. Aspecto técnico establecido en el artículo 20 Fracción I de la Constitución, cuando señala que debe fraccionarse la garantía de libertad; una para gozar de ella, otra por las posibles sanciones pecuniarias y la última para garantizar la reparación del daño.

En este sentido el Ministerio Público en apoyo al órgano jurisdiccional debe solicitar que desde el momento de la detención del sospechoso se imparta justicia legal que corresponde dentro del procedimiento persecutorio, pero buscando la reparación del daño y así evitar acciones adversas que puedan suscitarse entre particulares.

Otra consecuencia será, aquella que el Ministerio Público estará pendiente en la ejecución de las medidas de seguridad social o de las penas impuestas a quienes han realizado una conducta delictiva o antisocial, corresponde al Ejecutivo a través de la Secretaría de Gobernación y de la Dirección de Prevención y Readaptación Social establecer el cumplimiento de tal sanción impuesta por el órgano jurisdiccional.

Si se trata de infractores, deben estas catalogarse y designarlas a los Consejos tutelares, puesto que se trata de menores infractores; claro esta una vez demostrada su minoría de edad (imputabilidad).

La determinación de no ejercicio de la acción penal, al ser determinada como consecuencia de una investigación deficiente o de un manejo arbitrario del procedimiento investigatorio por parte de Funcionarios del Ministerio Público, lesionan gravemente los derechos del ofendido al perderse su posibilidad de obtener la reparación del daño dentro del procedimiento penal, ya que el Ministerio Público es el único órgano del Estado facultado para exigir la reparación de daño ocasionado al ofendido por la comisión del ilícito penal, por lo que el Ministerio Público, con el fin de lograr la reparación del daño privado y social, debe proceder conforme a las determinaciones que le señale la ley en cada uno de sus actos, haciendo amplio uso de la facultad de perseguir el delito que le concede el artículo 21 Constitucional.

Sin embargo, la parte ofendida queda facultada para intentar la vía Civil, con la finalidad de obtener la reparación del daño, cuando no pueda lograrlo por el no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria dictada por el órgano jurisdiccional. El ejercicio de la Acción Penal como resolución en que concluya la averiguación previa, trae como consecuencia una vez culminadas las etapas de persecución del delito efectuadas por el Ministerio Público a través del procedimiento, el pronunciamiento de la sentencia, misma que podrá ser condenatoria o absolutoria. Con la sentencia condenatoria el ofendido por el delito obtendrá la reparación del daño que se le causó, al cumplir el sentenciado con la pena que se le haya impuesto por el daño social y privado que se le ocasionó con la conducta delictuosa. La sentencia absolutoria dictada por la autoridad judicial, produce al absuelto el derecho a la acción reclamatoria de carácter penal en contra de la persona que directamente lo acusó, al quedar comprobado que obró calumniosamente y que no tenía derecho de señalarlo como responsable del delito denunciado o querrellado. En contra del Ministerio Público, el absuelto carecerá de acción, por no ser el Ministerio Público

responsable de las molestias o daños causados a los implicados en el delito investigado, cuando proceda en el ejercicio de sus funciones.

Por último se concluye que el Estado, al asumir en forma exclusiva el derecho de asegurar la reparación del daño de la parte ofendida por el delito, dentro del procedimiento persecutorio, esta obligado a establecer los mecanismos jurídicos que eviten que esta sanción pecuniaria no pueda cumplirse, ya sea porque en la mayoría de los casos el obligado sea insolvente o porque no pueda cumplir por otros motivos. Por esta razón el Estado en este caso a través del Ministerio Público, desde el inicio de sus investigaciones de averiguación previa en los casos en que proceda, debe exigir al inculpado la garantía suficiente que asegure la reparación del daño causado a la parte ofendida.

JURISPRUDENCIA

Reparación del daño exigible a terceros. Si de las constancias procesales se desprende que el autor de un hecho delictuoso lo cometió cuando desempeñaba una comisión al servicio de su patrón, éste está obligado al pago de la reparación del daño en el incidente de responsabilidad civil proveniente del delito, exigible a terceros. La sentencia que así no lo declara es violatoria de garantías. (Séxta época; segunda parte; Vol. LV, 55. A.D. 1813/61. Aurelio García Gonzalez).

Reparación del daño, procedencia de la. Sólo puede condenarse al pago de la reparación del daño si en el proceso se comprueba debidamente la existencia del daño material o moral que causó el delito cometido. (Quinta época: Tomo LXVI, pág. 159. Ponce Rodríguez Donaciano. Sexta época, segunda parte. Vol. VI, pág. 221. A.D. 2201/57: Casiano Luna Bernal y Coag. Unanimidad de 4 votos. Vol. Pág. 95 A.D. 3544/50. Amador Arellano Cervantes. 5 votos. Vol.

XL, pàg. 71 A.D. 4213/60. Alberto Martín Luna. Unanimidad 4 votos. Vol. XLVIII, pàg. 33 A.D. 2691. Unanimidad de 4 votos).

Reparación del daño. Precisión del monto: En toda sentencia condenatoria el juzgador debe resolver sobre la reparación del daño, ya sea absolviendo o condenando a pagar cantidad precisa y no dejar a salvo los derechos del ofendido ni aplazar la determinación del monto a incidente o resolución posterior. (Quinta època: Tomo III, pàg. 2168. Macario Castillo, sexta època; segunda parte vol. XXVI, pàg.121 A.D. 1304/59. Rodolfo Quintanilla Espejel. 5 votos, Vol. LV. Pàg. 55. A.D. 3507/61: Francisco Ocaña Hernández. 5 votos. Vol. XV, pàg. 40. A.D. 8928/61. Alfonso Vázquez Pérez. Unanimidad de 4 votos. Vol. MC, pàg. 26. A.D. 2870/63. José Cruz Gómez. 5 votos.

4.8. LA PROBLEMÁTICA DEL INDICIADO ANTE LA CERTEZA JURÍDICA.

La determinación de no ejercicio de la acción penal, se encuentra regulada en el artículo 117 del Código de Procedimientos penales para el Estado de México, que a la letra dice:

Cuando en vista de la Averiguación Previa, el Ministerio Público estime que no es de ejercitarse la acción penal por los hechos que se hubieren denunciado como delitos o por los que se hubiese presentado querrela, dictará determinación haciéndolo constar así y remitirá, dentro de las cuarenta y ocho horas, el expediente al Subprocurador que corresponda, quien con la audiencia de los agentes auxiliares decidirá, en un término de diez días, en definitiva, si debe o no ejercitarse la acción penal. Cuando la decisión sea en este último sentido, el ofendido, dentro de los diez días siguientes contados a partir de que tenga conocimiento de la determinación, podrá solicitar la revisión de esta y el Procurador General de Justicia del Estado deberá resolver dentro de un plazo de quince días hábiles.

Analizando el artículo anteriormente transcrito se puede decir al respecto, que cuando sobre un expediente ha recaído una determinación de no ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público remitirá dentro de las cuarenta y ocho horas, el

expediente al Subprocurador General de Justicia del Estado de México, quien con la audiencia de los agentes auxiliares decidirá dentro de un término de diez días si debe o no ejercitarse la acción penal. Una vez notificadas las partes de la resolución y confirmada la ponencia de no ejercicio por parte de los auxiliares del Subprocurador, el ofendido podrá dentro de un término de diez días solicitar la revisión de dicha determinación, al C. Procurador General de Justicia del Estado de México, quien deberá resolver en un término de quince días, llevando a cabo el estudio de dicha ponencia, si la ratifica, o, no, en caso de no ratificarla, ya sea porque existen elementos mediante los cuales se pueda ejercitar acción penal en contra del probable responsable (indiciado), o porque algunos elementos de prueba no se desahogaron de manera correcta, o no son claros del todo, regresarán el expediente al Ministerio Público que tuvo conocimiento, solicitándole practique ciertas diligencias, para la debida prosecución y perfeccionamiento legal de la indagatoria, o practique nuevas diligencias, para estar en la posibilidad de determinar nuevamente respecto de los hechos sometidos a su consideración.

El ofendido podrá solicitar la revisión de la ponencia de no ejercicio de la acción penal al C. Procurador General de Justicia del Estado de México, las veces que él así lo quiera, ya que no existe en la legislación adjetiva regulación alguna en el sentido de limitar el número de veces en que lo pueda hacer, aunque los auxiliares del Subprocurador del Estado de México ratifiquen dicha ponencia.

Al reformarse el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, enmienda publicada en el diario Oficial de la Federación el sábado 31 de diciembre de 1994, se agregó el siguiente innovador párrafo: **LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO SOBRE EL NO EJERCICIO Y DESISTIMIENTO DE LA ACCION PENAL PODRAN SER IMPUGNADAS POR VIA JURISDICCIONAL EN LOS TERMINOS QUE ESTABLEZCA LA LEY.** Dicha reforma le otorga al ofendido otra posibilidad

más para seguir con el trámite del expediente. sin considerar que en el mismo no se encuentran elementos para poder ejercitar acción penal, dotando al ofendido de más posibilidades para poder seguir hostigando al indiciado, y sin tomar en cuenta la postura del mismo, ya que, no por tener la calidad de probable responsable en un expediente quiere decir que en verdad él sea culpable de la comisión de un delito, ya que el indiciado ha comprobado lo contrario en la investigación, que se ha llevado a cabo por parte del Ministerio Público, además de que ha aportado elementos que desvirtúan la imputación que le hace el ofendido al probable responsable, tan es así que se determinó el no ejercicio de la acción penal.

La revisión solicitada por el ofendido en múltiples repeticiones, deja en estado de incertidumbre jurídica, e indefensión al indiciado, ya que al determinar el Ministerio Público el no ejercicio de la acción penal, no se da la existencia del delito, esto es no existe una conducta típica, antijurídica y culpable que pueda ser sancionada por la ley, y lógicamente con esto la responsabilidad se desvanece por entero. Sin considerar que si la revisión se lleva a cabo sin que se aporten nuevos elementos de prueba, se estaría violando el principio de seguridad jurídica que debe presidir la actuación de la autoridad.

A criterio muy personal, la revisión solicitada por parte del ofendido sobre la ponencia de no ejercicio de la acción penal, al realizarse, deberá llevarse a cabo no solamente con el hecho de manifestar en cinco renglones que se inconforma con dicha ponencia, tal y como se da en la práctica, sino que deberá establecer cuáles son los elementos que durante la etapa de averiguación previa, se aportaron y de los cuales realice un breve bosquejo para así solicitarle con argumentos al C. Procurador General de Justicia del Estado de México, la revisión de la misma, los que podrán tener por comprobado el cuerpo del delito y la probable o plena responsabilidad del inculpado, asimismo aportar elementos probatorios que justifiquen dicha revisión solicitada, o en su caso aportar nuevos elementos de

prueba de los cuales no se tenía conocimiento al momento de hacer la determinación, por parte del Ministerio Público y que sean fundamentales para poder ejercitar acción penal en contra del probable responsable.

Esta injustificada y múltiple revisión que solicita el ofendido traerá como consecuencia en la persona del indiciado un estado de inseguridad e incertidumbre jurídica lo que dará como resultado una fuente permanente de inestabilidad en la estructura de su personalidad y por ende en su entorno social, causándole daños en forma injusta y arbitraria.

La convicción de que la circunstancias de la vida son más fuertes que el individuo, es uno de sus rasgos más generales.

Las personalidades formadas bajo condiciones de inseguridad jurídica, tienden a atribuir, a circunstancias externas sus propios fracasos. Se sienten rodeadas por un mundo hostil frente al cual reaccionan de un modo ambivalente: con excesiva agresión, o con un sometimiento total, situación provocada al pasar el indiciado, de una situación jurídica a otra infinidad de veces, sin darle solución a la misma.

Los mecanismos proyectivos desarrollan considerable actividad en esas personalidades. Su frustrada afirmación y el excesivo número de tendencias reprimidas acumulan agresión en el inconsciente, son proyectadas en otra gente del mundo externo en general. En tal caso ven a su propia impotencia como ajena, su propia agresión como agresión de los demás.

Una forma de proceso en individualización de condiciones de inseguridad puede ser la del desapego o indiferencia del individuo con respecto al mundo. La fórmula es: "No me importa, no soy responsable; en realidad, no soy nadie". La personalidad resultante de esta forma de individualización exhibe tendencias

esquizoides. El individuo corta sus lazos emocionales con el mundo externo hasta el grado de la imposibilidad.

Este aspecto social de la personalidad autoritaria enmascara su verdadera naturaleza, esto es, su crisis moral crónica, pues una de las principales características de la personalidad consiste en la ausencia total de normas morales.

Cuando una persona es perseguido legalmente aún cuando no ha cometido un delito presenta en ocasiones un gran trauma psíquico los aparta del recto camino. El golpe de un infortunio o de una injusticia agudiza su sensibilidad. En parte por (culpa) propia y en parte por la concatenación de circunstancias adversas, entre ellas a veces de conceptos equivocados sobre el deber, se llega al primer paso prohibido. "El hombre de carácter débil o todavía en periodo de formación escoge la huida, que puede presentarse en forma de ataque. Es perseguido reacciona ante la persecución con la rebelión y el endurecimiento interior. Se forma un complejo de estar perdido y excluido del resto de la sociedad. Era valiente, pero no demasiado perspicaz, pues más de una injusticia causada por la naturaleza o por los hombres al individuo o al grupo puede ser hallada en el proceso evolutivo del desesperado. Claro está que debemos de aprender día a día a soportar la injusticia y a quitarnos ese peso de nuestra alma, justificándonos ante nosotros mismos y ante los demás por un esfuerzo superior".⁶⁵

En cuanto a lo anterior la psicología nos establece los siguientes parámetros:

"El Psicologismo ético individual (radical) hace depender toda la ética (y por lo tanto la idea de justicia) de la contextura real subjetiva de la psique individual concreta.

⁶⁵ Hans, Von Hentic, Estudios de la Psicología Criminal, Editorial Espasa-Calpe, S.A. Madrid, 1969, Págs. 189-191

El psicologismo ético específico considera las ideas morales y jurídicas como fruto de una disposición de la conciencia, que se supone análoga para todos los individuos de la especie humana".⁶⁶

La psicología estudia según dichos autores, todos los procesos mentales, haciendo igualmente comprensibles los que llamamos verdaderos y aquellos que reputamos falsos, pero de ningún modo los equipara. La lógica viene a constituir, pues, una parte dentro de la Psicología, a saber: aquella parte que estudia cómo tiene que comportarse nuestros pensamientos para que alcancen el carácter de la evidencia.

Derecho y moral son dos puntos de vista sobre la conducta humana, lógicamente distintos, pues que el primero afecta al acto en cuanto exteriorizado, y la segunda al elemento interiorizado del mismo: el primero versa sobre el acto en cuanto lo pone en relación con los actos de otros sujetos, y la segunda en cuanto lo refiere a la misma unidad del sujeto; el primero implica en su propia estructura normativa la aplicación de sanciones, y éstas son, en la segunda, un añadido extrínseco; el primero, por último, se ciñe al fin temporal del hombre y del Estado, mientras que la segunda tiende a su santificación.

Esta lógica diferenciación, se completa con una cierta subordinación del Derecho a la Moral. Esto tiene lugar desde un doble punto de vista. En primer lugar, el Derecho es una forma de vida social, pero esta es una dimensión de la vida personal, la cual tiene en la moral su categoría fundamental, en cuanto que la moral es su estructura constitutiva, y por eso, los actos sociales en que consiste la realidad jurídica, en cuanto son actos humanos, tienen que ser también valorados en función de su estructura moral. En segundo lugar, los contenidos jurídicos han de supeditarse al contenido moral, o a la moral como contenido, a) porque el fin que es

⁶⁶Luis Legaz y Lacambra, Filosofía del Derecho, quinta edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1979, Págs 395, 396

propio de la moral es superior al fin temporal que realiza el Derecho, y b) porque el hombre, no pudiendo escindirse antinòmicamente en “homo juridicus” y “homo moralis” ha de aportar en cualquier circunstancia una conducta moral.

Sin embargo, la subordinación jerárquica del Derecho a la ley moral no puede servir para introducir un elemento perturbador de inseguridad jurídica en las decisiones judiciales o, en general, en la función de interpretación y aplicación del Derecho. El juez, en cuanto juez, ha de aplicar el derecho, interpretando en función de su sentido propio; pero si humanamente, moralmente, le repugna la aplicación de una norma inmoral, entonces la solución no es aplicar una norma distinta, abstenerse de juzgar, inventar una norma más de acuerdo con la moral etc., sino la renuncia al cargo, como ya sostuvo Santo Tomas; sólo el “hombre” integralmente considerado conserva esta suprema libertad frente al derecho.

“La experiencia religiosa tiene como sujeto al hombre en cuanto tal en su total y concreta individualidad, pero el sujeto de la experiencia jurídica es el hombre en su dimensión social, el hombre visto bajo la especie de la alteración, el hombre en cuanto “gente”. Concretamente: el hombre que está en situaciones jurídicas, en cuanto que esta en tales situaciones y que por eso es, constitutivamente, un homo juridicus. Pero, de otro lado, la experiencia jurídica implica un factor de seguridad. Quien está en derecho está seguro en el Derecho: hay una clara delimitación de las situaciones que, al ser definidas en y por las normas, alcanzan una precisión de contornos que eliminan toda vaguedad y motivo de duda: el hombre sabe a qué atenerse en lo que tiene que hacer y en lo que puede hacer o no”.⁶⁷

El Derecho se inspira, no en la honestidad intrínseca de los actos, como la Moral, sino en lo que requiera directa e inmediatamente el bien común.

⁶⁷ Luis Recasens Siches, Tratado General de Filosofía del Derecho, Editorial Porrúa, México 1981, Págs. 443, 444.

Precisamente por esa diversidad de fin resulta que el contenido de lo jurídico es menos extenso que el de la moral, y es también diverso el sentido que anima a ambas regulaciones.

Que el derecho no pueda ni deba convertirse en un agente de la moralidad no impide, sin embargo, que cree situaciones sociales favorables para que los hombres se hallen en mejores condiciones para cumplir ellos mismos por sí sus deberes morales. “El derecho no puede ciertamente imponer el cumplimiento de una virtud puramente moral, ni prohibir un acto vicioso que no dañe directa e inmediatamente a la convivencia y a la sociedad, es decir, que no implique una injusticia inferida a otra persona o a la sociedad; pero puede, e incluso debe, mediante normas adecuadas, suprimir, en la medida de lo factible, las tentaciones que constituyan un incentivo habitual y poderoso para conductas inmorales. Sin negar, ni siquiera limitar las libertades fundamentales del individuo, se puedan crear situaciones sociales que influyan sobre la configuración psíquica de las gentes y sobre sus reacciones en un sentido favorable a la moralidad, y no sólo a la moralidad pública, sino incluso a la privada”.⁶⁸

De lo anterior concluimos que la incertidumbre jurídica en que se encuentra el probable responsable (indiciado) durante todo el tiempo que transcurre desde que se inicia una averiguación previa y se le hace saber que calidad tiene en la misma, hasta que se determina dicha averiguación previa, provoca al inculpado angustia, desesperación, odio, inestabilidad emocional, sentimientos que afectan su salud y que pueden obligarlo a realizar otras conductas posible o verdaderamente delictivas, lo cual no es el propósito principal del derecho, pues con esto no termina el problema, posteriormente se le manifiesta que se ha inconformado sobre dicha ponencia, el ofendido, y se le comunica que todavía existe la posibilidad de que se pueda ejercitar acción penal en su persona, razón que psicológica y moralmente le

⁶⁸ RECASENS SICHES, op cit . Págs 197

afecta al probable responsable (indiciado), ya que con la primera determinación que hizo el Ministerio Público, se presume fuera del problema y deja a un lado la tensión, incertidumbre, preocupación y esa inseguridad jurídica que guardaba al momento de existir el problema. Por lo que, si le afecta en el desempeño de sus funciones y desarrollo de su vida particular, por estar pensando en que podría caer en la cárcel de un momento a otro aún al ser inocente y no haber cometido delito alguno, pero al conocer como se da la justicia en nuestro país, no puede estar tranquilo y dejar de preocuparse en razón a la determinación que pueda volver a recaer en la averiguación previa.

4.9. LA NECESIDAD DE LIMITAR EN LA LEGISLACION ADJETIVA EL NUMERO DE VECES, EN QUE EL OFENDIDO SE PUEDE INCONFORMAR SOBRE LA PONENCIA DE NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

Como ya lo vimos en el punto anterior, la incertidumbre jurídica, la inestabilidad psicológica y moral en que se haya inmerso el probable responsable (indiciado) dentro de la etapa de averiguación previa, es consecuencia del constante, cambio de situación jurídica, aunado a que el ofendido por la conducta probablemente ilícita al inconformarse en la determinación de no ejercicio de la acción penal, provoca que tal determinación sea revocada y por lo tanto se revise nuevamente lo actuado y realicen nuevas diligencias y actuaciones, para el indiciado, quien había logrado tranquilizarse y cambiado su situación, vuelve a perder la estabilidad emocional alcanzada.

Por lo que el probable responsable (indiciado) pasa de una situación jurídica a otra infinidad de veces tantas como el ofendido solicite la revisión sobre la ponencia de no ejercicio de la acción penal, lo que trae como consecuencia que

desconozca su verdadera situación jurídica. puesto que, mientras el Agente del Ministerio Público investigador, le notifica la ponencia de no ejercicio de la acción penal, pasa a una situación en la que no es responsable del hecho (o los hechos) que se le imputa (imputan), y una vez que la parte ofendida solicita la revisión, se revierte tal situación jurídica, considerándolo de nueva cuenta como probable responsable de la comisión de dicho hecho (o hechos) ilícito (ilícitos), lo que trae como resultado las alteraciones a que se ha hecho referencia, desconociendo su verdadera situación jurídica, indefinidamente, teniendo solamente a su favor la prescripción del delito (o delitos) que se le atribuye (atribuyen), ya que al respecto no existe regulación alguna en la legislación adjetiva, en la que se limite el número de veces en las que el ofendido se pueda inconformar con la determinación dictada por el Ministerio Público.

Situación por la cual, el objetivo de la presente tesis, es el de que se legisle, y se establezca en la legislación adjetiva que sea solamente una vez la que el ofendido pueda solicitar la revisión sobre la ponencia de no ejercicio de la acción penal al C. Procurador General de Justicia del Estado de México, y que además justifique esa revisión, respaldándola ya sea con nuevos elementos de prueba, de los cuales no se tuvo conocimiento en la etapa de investigación, y que resulten fundamentales para tener como comprobado el cuerpo del delito (o delitos) y la probable o plena responsabilidad del inculpado, o, elementos de prueba que no hayan sido tomados en cuenta por el Ministerio Público y que obren en el expediente, y sobre los cuales realice un breve bosquejo, para que no solicite la revisión sin aportar elemento alguno, y así sustentarla, ya que en caso contrario se estaría basando la revisión en los mismos elementos de prueba que se tuvieron y recabaron por parte del Ministerio Público, y que no comprobaron los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, provocando esa incertidumbre jurídica, zozobra y hasta cierto punto daño psicológico al inculpado por estar pasando de una situación jurídica a otra infinidad de veces, nada más por

así solicitarlo el ofendido, lo anterior en razón de llevar a cabo una autentica procuración de justicia, puesto que es de entenderse, que el Ministerio Público, los Auxiliares del Subprocurador General de Justicia, y el mismo Procurador General de Justicia del Estado de México son peritos en la materia, en consecuencia les debe ser suficiente una sola vez, la revisión de la ponencia de no ejercicio de la acción penal en una averiguación previa, para estar en aptitud de señalar e indicar, si procede o no el ejercicio de la acción penal, y en caso de no confirmar la ponencia de no ejercicio de la acción penal, deberá indicar al Ministerio Público que diligencias tendrá que practicar, o cuales tendrá que perfeccionar, o indicarle que elementos de prueba no fueron tomados en cuenta por el Ministerio Público dentro de dicha etapa de investigación.

Con lo cual se evitaria la incertidumbre jurídica, inestabilidad psicológica y moral, que se le causa al probable responsable (indiciado), lo que originaria que se aplicara adecuadamente el estado de derecho que toda sociedad punga por que se imponga.

Aunado a esto que los derechos del supuesto ofendido queden a salvo para que los haga valer en la via jurídica que considere adecuada. Por último se evitaria que en la practica, se excluyera la extorsión, por parte de algunos agentes del Ministerio Público, sobre el indiciado, e incluso sobre el ofendido.

CONCLUSIONES.

PRIMERO. -El Ministerio Público es una Institución que encuentra su fundamento legal en el artículo 21 Constitucional, que a la fecha establece en su segunda parte que, la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará de una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. En la fase de Averiguación Previa el Ministerio Público actúa como autoridad.

SEGUNDO. -Para la integración de una indagatoria como primera fase del procedimiento penal, se requiere, de una denuncia o querrela, de la declaración del probable o los probables responsables y demás elementos de prueba, todos encaminados a integrar debidamente la averiguación para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, o en su caso decidir el no ejercicio de la acción penal.

TERCERO. -El aseguramiento del ahora responsable encuentra su fundamento legal en el artículo 16 Constitucional, al establecer en su párrafo cuarto, que en los casos de delito flagrante cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Manifestando entre otras cosas; ningún indiciado podrá ser detenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenársele su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial; éste plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la Ley prevea como delincuencia organizada.

CUARTO. - El Ministerio Público en apoyo al órgano jurisdiccional debe solicitar que desde el momento de la detención del sospechoso se imparta justicia legal que corresponde dentro del procedimiento persecutorio, pero buscando la reparación del daño y así evitar acciones adversas que puedan suscitarse entre particulares.

La determinación de no ejercicio de la acción penal, al ser determinada como consecuencia de una investigación deficiente o de un manejo arbitrario del procedimiento investigador por parte de Funcionarios del Ministerio Público, lesionan gravemente los derechos del ofendido al perderse su posibilidad de obtener la reparación del daño dentro del procedimiento penal, ya que el Ministerio Público es el único órgano del Estado facultado para exigir la reparación del daño ocasionado al ofendido por la comisión del ilícito penal, por lo que el Ministerio Público, con el fin de lograr la reparación del daño privado y social, debe proceder conforme a las determinaciones que le señale la ley en cada uno de sus actos, haciendo amplio uso de la facultad de perseguir el delito que le concede el artículo 21 Constitucional.

Sin embargo, la parte ofendida queda facultada para intentar la vía Civil, con la finalidad de obtener la reparación del daño, cuando no pueda lograrlo por el no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público.

QUINTO. -El artículo 117 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, permite la reiterada e ilimitada revisión de la determinación de no ejercicio de la acción penal, trayendo como consecuencia, falta de certeza e inseguridad jurídica, nada deseable en un régimen de derecho.

SEXTO.-La falta de seguridad y certeza jurídica mencionada en la conclusión precedente provoca en las personas que tienen la desgracia de ser indiciadas, desequilibrio emocional, que trae consigo alteraciones en su salud en forma injusta, arbitraria e innecesaria, por lo que la Ley Procesal Penal, debe ser reformada, para que no cause innecesarias molestias a los destinatarios de la norma penal, provocadas por la duración indefinida de la averiguación previa.

SEPTIMO. -Se propone la reforma del artículo 117 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, vía la adición que se haga al mismo en la siguiente forma: -----

Dice: "CUANDO LA DECISION SEA EN ESTE ULTIMO SENTIDO, EL OFENDIDO DENTRO DE LOS DIEZ DIAS SIGUIENTES CONTADOS A PARTIR DE QUE TENGA CONOCIMIENTO DE LA DETERMINACION, PODRA SOLICITAR LA REVISION DE ESTA Y EL PROCURADOR GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DEBERA RESOLVER DENTRO DE UN PLAZO DE QUINCE DIAS HABILES".

Debe decir: "CUANDO LA DECISION SEA EN ESTE ULTIMO SENTIDO, EL OFENDIDO DENTRO DE LOS DIEZ DIAS SIGUIENTES CONTADOS A PARTIR DE QUE TENGA CONOCIMIENTO DE LA DETERMINACION, PODRA SOLICITAR POR UNA SOLA VEZ LA

REVISION DE ESTA Y EL PROCURADOR GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DEBERA RESOLVER DENTRO DE UN PLAZO DE QUINCE DIAS HABILES”.

OCTAVO. –Se propone que a la solicitud que haga el ofendido para que se revise la determinación a que se refiere el artículo 117 del Código Adjetivo de la materia, el solicitante deberá señalar con claridad el motivo de su inconformidad señalando expresamente en que se basa y deberá aportar nuevos elementos que justifiquen la inconformidad planteada, y en caso de que no lo hiciere no deberá darse curso a la inconformidad planteada.

BIBLIOGRAFIA.

1. CARNELUTTI, FRANCESCO, Lecciones Sobre el Proceso Penal, Ediciones Jurídicas, Europa América, Tomo I, Buenos Aires, 1950.
2. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, Y CARRANCA Y RIVAS, RAUL, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México.
3. CASTELLANOS TENA, FERNANDO, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Decimosexta Edición, Editorial Porrúa, México 1981.
4. CASTRO V. JUVENTINO, El Ministerio Público en México, Editorial Porrúa, Séptima Edición, 1990.
5. COLIN SANCHEZ, GUILLERMO, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, Novena Edición, 1990.
6. FRANCO SODI, CARLOS, El Procedimiento Penal Mexicano, México Editorial Porrúa, Tercera Edición, 1946.
7. FRANCO VILLA, JOSE, El Ministerio Público Federal, Editorial Porrúa, Primera Edición, 1985.
8. FLORIAN EUGENIO, Elementos de Derecho Procesal Penal, España, Librería Bosch, 1934.
9. GARCIA RAMIREZ, SERGIO, Derecho Procesal Penal Mexicano, México, Editorial Porrúa, México, 1994.
10. GARDUÑO GARMENDIA, JORGE, El Ministerio Público en la Investigación de Delitos, Editorial Limusa S.A. de C.V. México 1991.

11. GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE, Principios de Derecho Procesal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1989.

12. GUARNERI, JOSE, Las Partes en el Proceso Penal, México 1985.

13. ISLAS GONZALEZ, MARISCAL, OLGA, Análisis Lógico de los Delitos contra la vida, editorial Trillas, México. 1991.

14. JIMENEZ DE AZUA, LUIS, Lecciones de Derecho Penal, obra compilada y editada, en México, Editorial Pedagógica Iberoamericana 1995. pág. 154.

15. JIMENEZ HUERTA, MARIANO, La Tipicidad, Editorial Porrúa, México, 1995.

16. JIMENEZ HUERTA, MARIANO, Derecho Penal Mexicano, Tomo I. Editorial Porrúa, México. 1983.

17. LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS Filosofía del Derecho, quinta edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1979, Págs.395, 396.

18. MEZA VELASQUEZ, LUIS EDUARDO, Derecho Procesal Penal, Editorial Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, 1963.

19. MEZGER, EDMUNDO, Tratado de Derecho Penal.

20. MITTERMAIR, Tratado de la Prueba en Materia Criminal.

21. OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO, La Averiguación Previa, Editorial Porrúa, Sexta Edición, 1983.

22. PORTE PETIT, CELESTINO, Importancia Sobre la Doctrina Jurídica Penal.

23. PORTE PETIT, CELESTINO. Apuntamientos a la parte General de Derecho Penal, 16ª edición, Editorial Porrúa. 1994.

24. PIÑA Y PALACIOS, JAVIER, Derecho Procesal Penal, México, Editorial Porrúa 1948.

25. RAMIREZ GRONDA, JUAN D. DERECHO.

26. RECASENS SICHES, LUIS, Tratado General de Filosofía del Derecho, Editorial Porrúa, México 1981, Págs. 443, 444.

27. RIVERA SILVA, MANUEL, El Procedimiento Penal, Editorial Porrúa, México 1987.

28. VON HENTIC, HANS, Estudios de la Psicología Criminal, Editorial Espasa-Calpe, S.A. Madrid, 1969, Págs. 187-191.

HEMEROGRAFIA.

1. DE PINA, RAFAEL, Diccionario de Derecho, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1984.

2. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico, Editorial Porrúa, México. 1998.

3. J. LOZANO, ANTONIO, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Mexicanas, Tomo I.

4. MALLEFERT, EUGENIO, Y COMPAÑÍA, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Paris, 1958.

5. Revista Criminalia, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año IX, marzo 1º de 1942, número 7.

6. Diccionario Jurídico 2000, Desarrollo Jurídico Copyright, J2K-2334.

LEGISLACIÓN.

1. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Editorial Porrúa, Edición 2000, México.

2. CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO, Editorial Pac, S.A. De C.V., Primera Edición mayo del 2000.

3. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MEXICO, Editorial Pac, S.A. De C.V., Primera Edición mayo del 2000.

4. COMENTARIOS AL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES. Ediciones Delma, México 2000.

5. LEY ORGANICA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE MEXICO, Publicada en la Gaceta de Gobierno el diez de abril de 1996.

6. SEMENARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION Tomos XXXVII p.204; 623 y LXIII, p.1308.

7. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Tomos XXVII.