

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**PROBLEMÁTICA QUE REPRESENTA NO
CONTAR CON TERMINO PARA DETERMINAR
EN DEFINITIVA UNA AVERIGUACION PREVIA.**

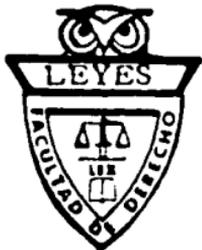
T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
GABRIEL FELIPE GONZALEZ DIAZ

ASESOR DE TESIS: DR. PEDRO HERNANDEZ SILVA

MEXICO, D. F.

NOVIEMBRE, 2002

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**





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.

Paginación Discontinua



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/181/SP/11/02
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

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

El alumno GONZALEZ DIAZ GABRIEL FELIPE, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del DR. PEDRO HERNANDEZ SILVA, la tesis profesional intitulada "PROBLEMÁTICA QUE REPRESENTA NO CONTAR CON TERMINO PARA DETERMINAR EN DEFINITIVA UNA AVERIGUACION PREVIA", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor DR. PEDRO HERNANDEZ SILVA, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "PROBLEMÁTICA QUE REPRESENTA NO CONTAR CON TERMINO PARA DETERMINAR EN DEFINITIVA UNA AVERIGUACION PREVIA" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno GONZALEZ DIAZ GABRIEL FELIPE.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

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

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 21 de noviembre 2002.

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

LFD/ipp.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

AGRADECIMIENTOS.

A la Universidad Nacional Autónoma de México,
por hacer posible la formación de profesionistas
que contribuyen al avance de nuestro México.
Gracias a mi Alma Mater.

A la Facultad de Derecho, por permitirme decir con orgullo
que soy egresado de sus aulas, en las que imparten
cátedra los mejores Maestros de Derecho del país y
Latinoamérica, con todo mi cariño y sincero
agradecimiento.

A los Maestros de mi querida Facultad de Derecho, que me
permitieron abreviar de su conocimiento, resolvieron todas
las inquietudes que se me presentaron en el transcurso de la carrera y
hoy contribuyen a la culminación del presente trabajo recepcional, el
cual se somete a la consideración del H. Jurado que habrá de
examinarme.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas
UNAM a difundir en formato electrónico e impreso
el contenido de mi trabajo recepcional

NOMBRE: GABRIEL FELIPE

GONZALEZ DIAZ

FECHA: 27 NOVIEMBRE 2007.

FIRMA: [Firma]

Al Doctor Pedro Hernández Silva, excelente Maestro de la Facultad de Derecho y brillante abogado postulante, con mi profundo agradecimiento por asesorar el presente trabajo recepcional y darme consejos para el desarrollo del mismo, estando al pendiente hasta la conclusión de esta tesis, gracias querido Maestro.

Gracias Dios, por permitirme vivir esta vida, darme unos padres excelentes, que sembraron en mí el hábito del estudio y superación, gracias Dios mío por todo lo que me has dado.

A mis Padres, gracias por darme la vida, apoyarme y contribuir a que hoy haga posible y cumpla uno de los anhelos a que siempre he aspirado, Papá, Mama este triunfo es suyo, se la grande satisfacción que podré darles con la obtención de mi Título Profesional y por creanme que me he esforzado al máximo para llegar a este día

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Araceli, Dalia, Daniel, Abimael, hermanos míos a quienes les agradezco su apoyo, respeto, cariño, con ustedes he compartido tristezas, alegrías, momentos difíciles y siempre hemos estado juntos para hacer frente a los problemas, se que siempre seguiremos así, porque esos nos enseñaron nuestros Padres, gracias a Ustedes por permitirme llegar a este momento con su apoyo, con especial agradecimiento a ti Araceli, por ser la mayor y darme siempre todo tu apoyo.

Paola, Thábata y Tulio, gracias a Ustedes, hoy me siento con toda la fortaleza para seguir adelante y proponerme otras metas que he de cumplir por Ustedes, hijos míos.

A Ilda Pacheco Monroy, por ese gran cariño y contribuir en gran medida a este logro de mi vida profesional.

Al Lic. Jorge Delfín Sánchez, gracias por honrarme con su amistad desinteresada a lo largo de la carrera y brindarme todo el apoyo en circunstancias adversas, Amigo no tengo con que agradecerte todo lo que haz hecho por mi, pero sabes que hago mi mejor esfuerzo por contribuir al fortalecimiento de esa amistad.

INDICE.

AGRADECIMIENTOS	I
INDICE	IV
INTRODUCCIÓN	VIII
CAPÍTULO I	
LOS PROCEDIMIENTOS PENALES EN NUESTRA LEGISLACIÓN	
Proceso y Procedimiento Penal.	1
AVERIGUACIÓN PREVIA	12
TÉRMINO CONSTITUCIONAL	19
INSTRUCCIÓN O PROCESO MISMO	27
EL JUICIO	30
DIVERSAS ACEPCIONES DE LA PALABRA JUICIO	31
DOCTRINA	31
LEGISLACIÓN	32
CONCLUSIONES EN GENERAL	33
CONCLUSIONES Y FINES ESPECIFICOS DEL PROCESO PENAL.	34
MOMENTO PROCEDIMENTAL Y TIEMPO DENTRO DEL CUAL DEBEN FORMULARSE	
a) Materia Federal (procedimiento ordinario)	35
b) Materia Común (procedimiento ordinario)	36
AUDIENCIA DE VISTA	38

IV TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

SENTENCIA	39
SEGUNDA INSTANCIA	41
RECURSO	42
EJECUCIÓN DE SENTENCIA	43
EJECUCIÓN DE SENTENCIA EXTRANJERA	46
PROCEDIMIENTO DE INIMPUTABLES	49
CAPÍTULO II	
LA INSTITUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO	
ANTECEDENTES	53
SU NATURALEZA.	63
PRINCIPIOS Y FUNCIONES.	67
SUS AUXILIARES	72
AUXILIARES DEL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL	74
AUXILIARES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL DISTRITO FEDERAL	76
AUXILIARES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL ESTADO DE MEXICO	76
CAPÍTULO III	
INTEGRACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN	
EL CUERPO DEL DELITO Y LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD PENAL	81
CRÍTICA AL CONCEPTO CUERPO DEL DELITO	97
CRITICA DE LA DESCRIPCIÓN LEGAL DE LOS ARTÍCULOS 168 DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y 122 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.	101

V

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

TRATAMIENTO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA CUANDO EXISTE PERSONA A DISPOSICIÓN. 114

REQUISITOS Y DIFERENCIAS PARA QUE EL MINISTERIO PÚBLICO PUEDA LIBRAR ORDEN DE DETENCIÓN EN EL FUERO FEDERAL Y EN EL FUERO COMUN, CRITICA AL RESPECTO. 116

EL ARRAIGO 119

TRATAMIENTO DE LA AVERIGUACION PREVIA CUANDO NO EXISTE PERSONA A DISPOSICIÓN 133

CAPÍTULO IV

DETERMINACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

a) EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL. (PROCESAL PENAL) 135

b) CONSIGNACIÓN CON DETENIDO. 136

c) CONSIGNACIÓN SIN DETENIDO. 140

d) RESERVA. 141

e) ARCHIVO. 144

f) NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL. 150

REQUISITOS LEGALES. 151

CAPÍTULO V

LA AVERIGUACIÓN PREVIA SU TÉRMINO

a) PROBLEMÁTICA QUE EXISTE AL NO SEÑALAR TÉRMINO PARA LA DETERMINACIÓN DE UNA AVERIGUACIÓN PREVIA. 156

b) LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL GOBERNADO IMPLICADO EN UNA AVERIGUACIÓN PREVIA. 162



c) PROPUESTA DE SEÑALAR UN TÉRMINO PARA DETERMINAR EN DEFINITIVA UNA AVERIGUACIÓN PREVIA.	165
CONCLUSIONES	170
BIBLIOGRAFÍA	176

I N T R O D U C C I Ó N

En el Estado existen dos órdenes fundamentales: el fáctico y el jurídico, entre los cuales debe haber una leal adecuación, una verdadera correspondencia, de tal suerte que el precepto no sea sino el elemento formal de ordenación del hecho. Pero la norma de derecho no sólo debe ser el continente de los muy variados aspectos de la realidad social, sino que dada su tendencia valorativa enfocada primordialmente hacia la consecución de la igualdad y la justicia, debe asimismo consistir en un índice de modificación social con miras a un mejoramiento o a una superación de las relaciones humanas dentro del Estado. Si no se atribuyere esa virtud a la norma jurídica, ésta sería únicamente simple reflejo de la realidad en la que predominan las desigualdades y las injusticias, que, de esa guisa, serían sancionadas por el Derecho.

La normación está en razón directa con el objeto o la materia normados que inciden en distintos ámbitos de la realidad social, de tal manera que siendo ésta por naturaleza cambiante, el Derecho tampoco debe ser estático o inmodificable. Por ende, uno de los atributos naturales de la ley es su reformabilidad, pero para que una reforma legal se justifique plenamente, debe propender hacia la obtención de cualquiera de estos dos objetivos: sentar las bases o principios de un mejoramiento o perfeccionamiento social o brindar las reglas según las cuales

pueda solucionarse satisfactoria y eficazmente un problema que afecte al pueblo o subsanarse una necesidad pública. La reforma que se propone a la Ley procesal penal para la debida determinación de la averiguación previa, importa una necesidad social que exige un plazo equitativo y razonable para que con el debido desahogo se puedan desarrollar las funciones del Ministerio Público en la investigación y persecución de los delitos, cuando sus reales o aparentes autores ya se encuentren identificados en la averiguación previa.

La seguridad jurídica del gobernado, como atributo esencial de su naturaleza, se reconoce en sus primordiales manifestaciones por nuestra Constitución. Pero el simple reconocimiento de esa seguridad jurídica, es decir su elevación a la categoría de derecho público subjetivo, del que es titular todo gobernado, y la obligación correlativa necesariamente existente a cargo de las autoridades del Estado, serian meras declaraciones constitucionales teoricas o ideales sin la implantación y debida regulación, en la norma secundaria.

Es evidente que la función investigadora de los delitos y de sus posibles autores no está sujeta a ningún plazo, claro está para el caso en que no se encuentra persona puesta a disposición en la averiguación previa, pues el Ministerio Público o la policía judicial bajo su mando directo disponen de un tiempo indefinido para preparar debidamente la consignación judicial del probable responsable, sin que la dicha institución social le sea dable vulnerar la seguridad jurídica del gobernado ni afectar la libertad de nadie aunque se trate del mismo probable responsable dentro de la averiguación previa, sino es en los casos de flagrancia o caso urgente que marca la Ley, mismos que deberán de estar debidamente acreditados, por lo que la mayor pretensión que se persigue con la exposición del presente trabajo es

no solo hacer conciencia de la problemática existente que representa no contar con término para determinar en definitiva una averiguación previa, sino abatir la inseguridad jurídica del gobernado que se ve implicado en una averiguación previa como probable responsable, ya que no es posible que el acto de molestia que conlleva el estar sujeto a investigación por parte del Ministerio Público no este sujeto a reglamentación alguna, conllevando a una grave violación de garantías jurídicas no solo para el probable responsable, ya que incluso el Ministerio Público dentro de las diligencias que desahoga para su investigación procede a citar o a presentar a testigos, cuando inclusive los delitos que se investigan ya han prescrito.

La averiguación previa como tal debe de ser puesta en el centro de la atención legislativa y estructural, a efecto de reglamentar no solo su secuela, sino su determinación definitiva y acabar con su utilización indiscriminada.

CAPÍTULO I

LOS PROCEDIMIENTOS PENALES EN NUESTRA LEGISLACIÓN

a) Proceso y Procedimiento Penal.

Para dar inicio al presente trabajo es importante hacer una distinción clara y precisa de lo que debemos entender por cada uno de estos conceptos, que aunque durante el trayecto de la carrera siempre han estado presentes, estos no siempre han estado bien delimitados y por ello se pretende dar una definición de dichos conceptos, para posteriormente poder adentrarnos en los procedimientos en particular comprendidos en el presente capítulo.

Por proceso debemos entender el conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno, es decir, cada una de las etapas que tienen lugar durante el desarrollo de un suceso o evento. Lo anterior se refiere a cualquier tipo de proceso que tenga lugar en el mundo fáctico.

El proceso en su acepción jurídica debe de entenderse como el "conjunto complejo de actos del Estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo"¹

¹ Gómez Lara, Cipriano *Teoría General del Proceso*, editorial Harla, México 1999, p. 132.

De la anterior definición podemos entender, del porque en muchas ocasiones la palabra proceso es ocupada como sinónimo de juicio, ya que en las más de las veces estos conceptos son utilizados de forma indistinta, sin que exista alguna delimitación por lo menos jurídica para que pueda ser de otra forma.

Para el Maestro Marco Antonio Díaz de León, el proceso es "el conjunto de actos procesales, ligados entre sí como una relación jurídica, por virtud del cual el Estado otorga su jurisdicción con objeto de resolver los litigios o relaciones de derecho sometidos a su decisión."²

De lo antes expuesto, se colige que el proceso esta compuesto de una serie de eventos, los cuales concatenados entre sí permiten el desarrollo de forma progresiva, para llegar a un fin, el cual jurídicamente se entiende con la consecución de una sentencia que resuelve el conflicto o litis del asunto.

Ahora bien, para la mejor comprensión del presente estudio debemos enfocarnos a lo que es el proceso penal, ya que es muy importante que delimitemos su estudio desde este momento, para evitar confusiones más adelante, pero no sin antes llamar la atención sobre la importancia que tiene el proceso penal para la aplicación del derecho penal, ya que sin la regulación del proceso penal se convertiría en letra muerta el derecho penal sustantivo, de lo anterior lo

² Díaz de León, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal, Tomo II*, 2ª. Edición, edit. Porrúa, México 1989 p. 1392.

significante de esta rama del derecho, por lo que entendemos el proceso penal como "un medio indispensable para el ejercicio del derecho estatal de castigar o, mejor todavía, de readaptar socialmente al infractor."³

De la anterior concepción desprendemos que a través del proceso judicial el Estado, pretende alcanzar uno de sus fines como lo es actualizar el *ius puniendi*, es decir el derecho persecutorio que tiene el Estado para castigar e imponer una pena o medida de seguridad a quien con su conducta típica, antijurídica y culpable, se encuadra en los supuestos previstos por la Ley penal. Ahora bien el proceso penal es la forma que prevé la Ley para que el Estado proteja el orden jurídico público, mediante el castigo de los actos definidos como punibles.

Para nuestro Maestro el Dr. Pedro Hernández Silva, el proceso penal es "el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos por medio de los cuales el órgano jurisdiccional resuelve las pretensiones del Ministerio Público"⁴

Definición que nos parece acertada y satisfactoria, ya que queda debidamente entendido que en el proceso hay movimiento compuesto por una serie de sucesos y que es mediante normas que lo rigen como el Juez decide sobre el pedimento que hace el Ministerio Público, refinándose claro esta al proceso penal mexicano.

³ García Ramírez Sergio y Adato Green, Victoria. Prontuario del Proceso Penal Mexicano, 9ª Edición, edit Porrúa, México, 1999, p. 1

⁴ Apuntes tomados de la cátedra de Derecho Procesal Penal del Dr. Pedro Hernández Silva, 30 de mayo de 1994.



ya que nuestro sistema es más acusatorio que inquisitivo, en virtud de que es el Ministerio Público quien tiene el monopolio de la acción penal y el Juez no puede ir más allá de lo que pide el Representante Social.

Pero, es claro que el proceso penal debe de estar regulado por normas jurídicas debidamente establecidas con anterioridad al hecho sancionado por la ley penal, por lo que el derecho procesal penal debemos entenderlo como "un conjunto de normas jurídicas correspondientes al derecho público interno, en tanto regulan relaciones entre el Estado y los particulares, destinatarios de ellas (aunque no en exclusiva) que hacen posible la aplicación del Derecho Penal sustantivo a los casos concretos, con el propósito de preservar el orden social."⁵

Para otros autores que han escrito sobre la materia debe de entenderse como la rama del derecho que "regula el proceso destinado a solucionar las controversias sobre la comisión de delitos y la aplicación de penas a los que resulten responsables de ellos."⁶

Aunque para otros autores el derecho procesal penal debe de entenderse como el *Derecho de Procedimientos Penales*, entre ellos el Maestro Colín Sánchez y lo define como "el conjunto de normas internas y públicas, que regulan y determinan los actos, las formas y formalidades que deben de observarse para hacer factible la aplicación del derecho penal sustantivo."⁷

⁵ Hernández Phego, Julio A., *Programa de derecho procesal penal*, 3ª. Edición, edit. Porrúa, México 1998 p. 3

⁶ Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1ª. Edición, México, 1991, p. 18.

⁷ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 17ª. Edición, edit. Porrúa, México, 1998, p. 5.

Otro de los conceptos que debemos de dejar precisados en este capítulo, es el de procedimiento, ya que una vez comprendido será más fácil continuar el desarrollo de nuestra exposición, el procedimiento debe de entenderse como el método para ejecutar alguna cosa, es decir, el camino a seguir para la realización de algo.

Para el Maestro Marco Antonio Díaz de León el procedimiento es el "conjunto coordinado de actos procesales que sirven para la obtención de un fin determinado dentro del proceso."⁸

Al respecto el Maestro Hernández Silva enseña que el "procedimiento penal es el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos que tiene por objeto determinar qué hecho puede ser calificado como delito, para en su caso, aplicar la sanción correspondiente"⁹

Aunque la palabra procedimiento referida a las formalidades procesales es sinónima de enjuiciamiento como la de proceso lo es a la de juicio, sin que ello repercuta a la comprensión de nuestro estudio, pero también es cierto, que la palabra juicio más bien debe de ser entendida como "el acto del Juez que sucede al análisis y ponderación de los hechos de la causa, a la luz de la totalidad de los

⁸ Díaz de León, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Op. cit. , p. 1390.

⁹ Apuntes tomados de la cátedra de Derecho Procesal Penal del Dr. Pedro Hernández Silva, 30 de mayo de 1994.

elementos de prueba aportados al proceso, y que es anterior al dictado de la sentencia¹⁰.

Sin embargo atendiendo a la palabra juicio, concluyo, que es la etapa del procedimiento penal, en la cual el estado por conducto de la institución del Ministerio Público, precisa su pretensión, el acusado, su defensa, el Juez valora las pruebas y dicta resolución.

Una vez hecha la anterior disensión, es necesario enfocarnos al procedimiento penal, para encontrar dentro del significado de dicha palabra la idea de avanzar de un acto a otro, paso a paso para la consecución de un fin, aunque sobre este concepto se han elaborado varias definiciones entre ellas la que entiende por procedimiento penal "el conjunto de normas o actos sujetos a determinadas solemnidades, derivados de leyes previamente establecidas y de observación obligatoria, que se materializan mediante una secuela procedimental, involucrándose en su desarrollo Juez, Ministerio Público, acusado y terceros extraños, cuando proceda la reparación del daño, actos sucesivos que se inician desde la primera fase del procedimiento penal que conocemos como Averiguación Previa, continuando con la preinstrucción o término constitucional, la Instrucción y concluyendo con el juicio en el cual las partes aportan las pruebas que tiendan a acreditar la procedencia de sus respectivos intereses y el órgano jurisdiccional queda en disposición de pronunciar la sentencia definitiva que en derecho

¹⁰ Hernández Phego, Julio A., Op. cit., p. 8.

proceda, ejecutando de esa manera o materializando las disposiciones contenidas en el Código Penal, referente a las penas y medidas de seguridad aplicables al infractor de determinado delito."¹¹

Aunque dicha definición es un tanto larga, en ella se alcanzan a comprender las partes que intervienen en el procedimiento penal.

A nuestro criterio, debemos de entender el procedimiento penal como aquel que se integra con una serie de actos ordenados y encaminados hacia un objetivo, ya que la finalidad u objetivo que se busca no necesariamente habrá de ser una resolución judicial, en virtud de que no todo procedimiento penal habrá de llevarse ante un Juzgador, como lo veremos más adelante.

Así de acuerdo a lo previsto por el artículo 1º, del Código Federal del Procedimientos Penales, tenemos los siguientes procedimientos:

- I. El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias, para que el Ministerio Público, pueda resolver si ejercita o no la acción penal;
- II. El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo

¹¹ De la Cruz Agüero, Leopoldo, *Procedimiento Penal Mexicano*, 4ª. Edición, edit. Porrúa, México, 2000 p.4.

- penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar;
- III. El de instrucción que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste;
 - IV. El de primera instancia, durante el cual el Ministerio Público precisa su pretensión, y el procesado su defensa ante el Tribunal, y éste valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva;
 - V. El de segunda instancia, ante el tribunal de apelación en que se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los recursos;
 - VI. El de ejecución, que comprende desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas;
 - VII. Los relativos a inimputables, a menores y a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.

Para una mejor comprensión del tema, trataremos de explicar la diferencia que existe entre el proceso y procedimiento, ya que aunque parece ser una verdad de Perogrullo, no es tarea inútil, ya que solamente a través de una comprensión clara y precisa de estos conceptos es como podremos arribar a darle sentido a tales expresiones dentro de la justicia penal.

Podemos encontrar la primera diferencia en cuanto a la persona que habrá de presidir cada uno de estos fenómenos jurídicos, encontrando que el proceso solo puede ser dirigido o instruido y llevarse a cabo ante el órgano jurisdiccional, ya que solamente en función del Juez tiene sentido hablar del proceso, ya que solo de esta forma cumple el Estado su deber de prestar el servicio judicial que, en nuestro sistema jurídico, contempla el artículo 17 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos al establecer:

"Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales..."

Siguiendo con este análisis podemos apreciar que el titular del procedimiento, en cambio, puede serlo un órgano del poder ejecutivo o legislativo, como ocurre en nuestro sistema penal en el primero de los supuestos con el Ministerio Público que depende directamente del ejecutivo y es este órgano el encargado de llevar a cabo la averiguación previa. Y es el caso del poder legislativo quien preside el procedimiento para la declaratoria de procedencia o como comúnmente se le conoce "desafuero" en el juicio político relacionado con alguno de los servidores

públicos a que hace referencia el primer párrafo del artículo 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Como ya lo habíamos apuntado existe una diferencia muy marcada respecto a la finalidad que persigue cada uno de estos fenómenos, ya que mientras el procedimiento es integrado con una serie de actos ordenados y encaminados hacia un objetivo, que pretende alcanzar algún fin o la elaboración de un objeto, sin que sea necesario que la conclusión del procedimiento sea una resolución jurisdiccional o sentencia que dirima una controversia, como si ocurre en el proceso donde el fin que se persigue es una resolución jurisdiccional, misma finalidad que es específica al actuar el órgano jurisdiccional y aplicar la ley dirimiendo una controversia que le fue planteada mediante las pretensiones de las partes. Como ya se dijo en el procedimiento puede además intervenir una autoridad administrativa, llamémosle Ministerio Público, Consejo Tutelar o bien autoridad ejecutora.

Para el Maestro Aarón Hernández López, existe una diferencia cualitativa entre los dos conceptos, misma que llega a reflejarse en una diferencia cuantitativa, la cual "se puede expresar considerando el proceso como continente y el procedimiento como contenido: en realidad, si un solo procedimiento puede agotar el proceso, es posible y hasta frecuente que el desarrollo del proceso tenga lugar a través de más de un procedimiento; el paradigma de esta verdad nos lo ofrece la hipótesis, absolutamente normal, de un proceso que se lleva a cabo a través del primero y

del segundo grado; y, como se verá, en los dos grados tienen lugar dos procedimientos, que se suman en un solo proceso."¹²

De la anterior diferenciación, podemos de forma más objetiva y con fines didácticos, establecer que el proceso es el teatro, con sus butacas y salón, en tanto que el procedimiento es la escena u obras que se representan en ese teatro.

Aunque hemos de tener presente, que entre proceso y procedimiento existe una relación del todo con una de sus partes, ya que dentro del proceso tienen lugar procedimientos.

Como acertadamente lo indica el Maestro Julio Antonio Hernández Pliego: "de la lectura del artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP), que menciona los procedimientos penales que regula, a saber: el de averiguación previa, preinstrucción, instrucción, primera y segunda instancia, ejecución y los relativos a inimputables, menores y a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos. De estos procedimientos, según el artículo 4º del Código citado, sólo cuatro integran el proceso penal federal: el de preinstrucción, instrucción, primera y segunda instancia."¹³

¹² Hernández López, Aarón. *El Proceso Penal Federal*, 5ª. Edición, edit. Porrúa, México, 1999 p. XXIV.

¹³ Hernández Pliego, Julio A.. *Op. cit.* p. 7.

Se hace crítica en cuanto a la redacción del artículo 4 de la Ley Adjetiva Penal Federal, toda vez que también encontramos dentro de los procedimientos penales federales, una etapa de averiguación previa, una ejecución de sentencia, así como las facultades que tiene el Juez de Distrito en relación a los menores infractores y de aquellas personas que tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Una vez que hemos entendido lo que es el proceso y lo que es el procedimiento, así como su diferenciación y relación entre cada uno de estos conceptos, pasamos al estudio de uno de los procedimientos que tienen lugar dentro del sistema penal mexicano, como lo es la averiguación previa.

AVERIGUACIÓN PREVIA

No hemos encontrado antecedentes históricos anteriores a la Constitución de 1917, ya que antes de dicha Constitución los jueces eran quienes se encargaban de la investigación de los delitos y también de reunir todas las pruebas existentes para demostrar la probable responsabilidad penal de los acusados. con lo establecido en la Constitución de Querétaro se desecha la fase inquisitorial que le era asignada a los propios jueces y se encomienda en forma absoluta al Ministerio Público el ejercicio de la acción investigadora que es llevada a cabo en la fase procedimental llamada averiguación previa.

Mediante esta averiguación previa que preside el Ministerio Público, es como el Estado en ejercicio de la facultad y con el mando directo sobre la Policía Judicial, practica las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar o no la acción penal, para cuyos fines debe acreditarse el cuerpo del delito y allegarse de datos que hagan probable la responsabilidad penal del indiciado.

Aunque su tratamiento legal, en ocasiones llega a provocar confusiones y ambigüedades, debido a que esta no es una creación de la Constitución y por ello no se encuentra debidamente regulada en nuestra Ley Suprema, sino que encontramos su regulación en los códigos de procedimientos penales.

Ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, solo la menciona de paso en su artículo 20 al señalar las garantías de que goza el inculcado en el proceso penal, estableciendo en el apartado "A" fracción X, de dicho artículo que:

"Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan..."

La averiguación previa es "el conjunto de actividades que desempeña el Ministerio Público, para reunir los presupuestos y requisitos de procedibilidad necesarios para ejercitar la acción penal. Es una etapa procedimental (no del proceso) que

antecede a la consignación a los tribunales, llamada también fase investigatoria, que tiene por objeto investigar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad penal del inculcado, para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no ejercita la acción penal."¹⁴

Ya se ha dicho quien preside la averiguación previa, así como la finalidad que persigue, pero aun falta por determinar cuando se inicia y cuales son los supuestos para que se inicie, por lo que empezaremos por decir que la averiguación previa se inicia a partir de las denuncias o querellas que recibe el Ministerio Público por parte de los particulares o de cualquier autoridad o mediante un acto equivalente a estas en el caso de la excitativa para delitos internacionales y la autorización o declaratoria para los delitos oficiales, sobre hechos que estén determinados en la Ley como delitos, debiendo proceder en forma inmediata el representante social a la practica de las primeras diligencias, como son el aseguramiento de los objetos o instrumentos del delito, las huellas o vestigios que haya dejado su perpetración, y la búsqueda de la probable responsabilidad penal de quienes hubiesen intervenido en la comisión del evento delictivo.

Dentro de esta fase indagatoria o de investigación del hecho delictivo el Ministerio Público goza de amplias facultades para llevar a cabo su cometido, aunque en muchas ocasiones con violación de las garantías no solo del indiciado, sino de la

¹⁴ Díaz de León, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Op. cit., p. 310.*

víctima, ofendido y de cualquier implicado en la fase de la investigación de los delitos.

La facultad de investigación y persecución de los delitos por parte del Ministerio Público, se encuentra establecida en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y para corroborar lo anterior citamos la siguiente interpretación del Poder Judicial de la Federación.

Octava Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo. XI, Febrero de 1993

Página: 280

MINISTERIO PÚBLICO, FACULTAD CONSTITUCIONAL DEL, EN LA INVESTIGACION DE DELITOS. Mientras no prescriba la pretensión punitiva de que se trate, existe la posibilidad de que se abra otra indagación, pues al surgir a la vida jurídica nuevos elementos de prueba que permitan establecer la participación del inculcado en la comisión de un ilícito, es correcto que en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 118 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Tabasco, el agente del Ministerio Público adscrito al juzgado, obtenga copias certificadas de las actuaciones practicadas en un proceso y las haga llegar al agente del Ministerio Público investigador, a fin de que este último integre la averiguación correspondiente y haga uso de las facultades que le otorga el artículo 21 constitucional.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CIRCUITO

Amparo directo 422/92. María Luisa García Mejía 30 de junio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Leonardo Rodríguez Bastar Secretario José Rivera Hernández.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

La averiguación previa es piedra angular del proceso penal, ya que solo una vez cubierta esta etapa es como podemos arribar al desarrollo de un proceso penal, que habrá de iniciarse una vez que a consideración del Ministerio Público se encuentren cubiertos y satisfechos los requisitos exigidos por la Ley para emitir su determinación de ejercicio de la acción procesal penal, consignando al sujeto ante el órgano jurisdiccional, misma consignación que puede ser de dos tipos ya sea con detenido o sin detenido, de lo que nos ocuparemos más adelante, ahora bien, queda claro que la legislación secundaria es la que da vida y trata de regular a la averiguación previa, cuando nos referimos a la averiguación previa como etapa inicial del procedimiento penal en México, estamos haciendo mención a la manera en que efectivamente, se inicia la parte formal del procedimiento penal para lograr, en el momento procesal oportuno, la sentencia a la pena que corresponda al individuo que ha cometido un hecho que la ley describe como delito y para el cual prevé una sanción penal.

Nuestra legislación adjetiva penal federal señala en su artículo 1o. el procedimiento "de averiguación previa a la *consignación* a los tribunales, que establece las diligencias necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la "acción penal". Misma consignación que no se encuentra sujeta a solemnidad alguna establecida por la Ley, para que pueda tener lugar, siendo bastante que promueva el representante social el inicio del proceso, mediante su pliego de consignación para que el Juez proceda a proveer lo conducente, como

se desprende de la siguiente interpretación que ha hecho el poder Judicial de la Federación:

Octava Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XV-II, Febrero de 1995

Tesis: VI.1o 147 P

Página: 271

CONSIGNACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA. SE CONSUMA CUANDO SE PRESENTA EL PEDIMENTO AL JUEZ. En ninguna ley se establece solemnidad especial para formular la consignación, basta con que el Ministerio Público promueva ante el juez competente la incoación de un proceso, para que se tenga por ejercitada la acción penal, en términos de lo dispuesto por el artículo 21 constitucional. Consecuentemente, hasta en tanto no se haya presentado al juez el pedimento respectivo no puede considerarse que la consignación se haya consumado, y por ende, es evidente que el Ministerio Público tiene amplias facultades para continuar actuando en la propia indagatoria

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO

Amparo en revisión 26/89 Martín Salas Robles. 29 de marzo de 1989. Unanimidad de votos.

Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Roberto Javier Sánchez Rosas

En algunos otros códigos de procedimientos penales locales, como el del Distrito Federal, la organización de los procedimientos se encuentra expresada en forma diferente, pero su contenido es fundamentalmente igual o semejante, omitiéndose en algunos la etapa de preinstrucción y el señalamiento expreso de los procedimientos o de sus etapas, pero conteniéndose en los encabezados, capítulos o secciones, como es el caso del Título Segundo del Código del Distrito

Federal que comentamos y que se denomina "Diligencias de averiguación previa e instrucción. Sección primera. Disposiciones comunes" o la "Sección segunda. Diligencias de averiguación previa. Capítulo I. Iniciación del procedimiento."

Otras leyes, como el Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, en su artículo 2º señala que:

El procedimiento penal tiene cuatro periodos:

- I. El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que comprende las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita la acción penal;
- II. El de instrucción, que comprende las diligencias practicadas por los tribunales con el fin de averiguar la existencia de los delitos, las circunstancias en que hubieren sido cometidos y la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculcados;
- III. El de juicio, durante el cual el Ministerio Público precisa su acusación y el acusado su defensa, ante los tribunales, y estos valoran las pruebas y pronuncian sentencias definitivas, y
- IV. El de ejecución, que comprende desde el momento en que causa ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas.

Hemos de hacer mención, que el presente trabajo se enfoca básicamente al análisis del trabajo desarrollado por el Ministerio Público durante la fase de averiguación previa, por lo que las cuestiones abordadas en las etapas posteriores solamente se mencionan sin profundizar en ellas sino solo como complemento de los planteamientos legales aquí esbozados.

La propia denominación de la etapa en comento da la pauta acerca de su naturaleza y de su función, esto es, la de investigar, indagar o averiguar, si existen elementos o no suficientes, que hagan presumible la comisión de algún evento criminal, así como la probable responsabilidad de un sujeto determinado, por tanto, no se trata de un acto de preparación acusatoria, sino como manifiesta el Maestro Sergio García Ramírez "...tiene como objetivo directo preparar la determinación del Ministerio Público, entendida ésta en amplio sentido, por igual comprensivo del ejercicio de la acción penal o del no ejercicio..."¹⁵

TÉRMINO CONSTITUCIONAL

Esta etapa fue creada con la finalidad de no hacer procesos inútiles, aquí se buscan los elementos del proceso, es decir la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de alguien, en esta etapa ya interviene la trilogía procesal, órgano de defensa, órgano de decisión (Juez) y el órgano de acusación (Ministerio Público), siendo este último quien provoca la intervención del Juez al

¹⁵ García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, 5ª. Edición, edit. Porrúa, México, 1989, p. 333.

determinar el ejercicio de la acción procesal penal mediante la consignación que realiza ante un tribunal penal, sea Juez de Paz Penal en el Distrito Federal de Primera Instancia ya sea Fuero Común o Fuero Federal, tal consignación puede ser de dos tipos con detenido o sin detenido.

Al tener conocimiento el Juez de la consignación que le fue remitida si esta fue hecha con detenido deberá de forma inmediata ratificar la detención, es decir procederá a realizar el estudio de las constancias de averiguación previa y calificará de constitucional o inconstitucional la detención, en el primero de los casos debiendo ratificarla y en el segundo deberá de decretar la libertad del detenido con las reservas de ley.

En el auto que decreta el Juez cuando la consignación fue hecha con detenido deberá de ordenar que se registre el expediente en el libro de gobierno bajo el número de causa que le corresponda, se de aviso a la superioridad, se de aviso al representante social adscrito al juzgado y se entre al estudio sobre la calificación de la detención, ya que calificándose de legal, ordenara le sea tomada la declaración preparatoria al indiciado haciéndole saber los beneficios que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se practiquen todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

Una vez que se ha dictado el auto de radicación, se procederá a tomar la declaración preparatoria al indiciado dentro de las cuarenta y ocho horas

contadas a partir de que fue puesto a disposición de la autoridad judicial y dentro de las setenta y dos horas también contadas partir de que fue puesto a disposición de la autoridad judicial habrá de resolverse su situación jurídica plazo que podrá duplicarse cuando lo solicite el indiciado, por sí o por su defensor al momento de rendir su declaración preparatoria, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el Juez resuelva su situación jurídica, para lo cual el órgano jurisdiccional habrá de dictar un auto de formal prisión o de sujeción a proceso y en su caso el de libertad por falta de elementos para procesar.

A continuación, para una mejor ilustración sobre el tema pasamos a exponer los criterios sustentados por el Poder Judicial de la Federación, respecto el tema que nos ocupa:

Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VI, Noviembre de 1997

Tesis: XXI.1o.44 P

Página: 472

AUTO DE RADICACIÓN O CABEZA DE PROCESO. LA OMISIÓN DE DICTARLO CONSTITUYE VIOLACIÓN A LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 CONSTITUCIONALES Si el Ministerio Público hace una consignación con detenido ante el Juez Federal, este debe dictar el auto de radicación o cabeza de proceso de inmediato. La omisión de ello constituye una violación a las formalidades esenciales del procedimiento y a los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, consecuentemente, trae

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

aparejada la concesión de la protección de la Justicia Federal, para el efecto de que sea subsanada, sin que lo anterior implique que se deba declarar la libertad del probable responsable, pues no prejuzga sobre los elementos del tipo penal ni sobre la probable responsabilidad.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 464/97. Álvaro Márquez Manzanares. 28 de agosto de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Raya Arredondo. Secretario: José Luis Arroyo Alcántar.

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VII, Marzo de 1998

Tesis. 1a. IX/98

Página. 248

COMPETENCIA EN MATERIA PENAL. EFECTOS DE LA RECLASIFICACIÓN DEL ILÍCITO EN EL AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL, PARA LA DETERMINACIÓN DEL FUERO.

El juzgador federal que resuelva en el término constitucional la situación jurídica de los procesados y con fundamento en el numeral 432 del Código Federal de Procedimientos Penales decline de oficio seguir conociendo de los hechos ante el consignados, con base en que en el mismo auto constitucional se reclasificó el hecho delictivo federal que le otorgaba competencia, por un ilícito cuyo conocimiento e investigación corresponde a las autoridades judiciales del fuero común, aunque el fiscal federal hubiese interpuesto recurso de apelación en contra de la reclasificación aludida, la determinación del juzgador de reservar sobre la admisión o desechamiento del recurso en cita no debe incidir sobre la tramitación normal de la incompetencia planteada, toda vez que en los términos de la ley de la materia, el recurso solo podrá admitirse, en su caso, con efecto devolutivo, lo que significa que durante el lapso que dure su tramitación no deberá suspenderse el proceso en lo principal. Por tanto, mientras el auto de formal prisión o de sujeción a proceso no se revoque o modifique mediante los

recursos legales conducentes, esta determinación gozará de la firmeza jurídica necesaria para precisar la competencia jurisdiccional por la que deberá seguirse la causa penal correspondiente; consecuentemente, la investigación y conocimiento de esos hechos delictivos corresponderán a las autoridades del fuero común.

Competencia 302/97. Suscitada entre el Juez Sexto de Distrito en Materia Penal en el Distrito Federal y el Juez Vigésimo Séptimo Penal del Fuero Común en el Distrito Federal. 18 de febrero de 1998. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro, en su ausencia, hizo suyo el proyecto José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEPTIMO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo. XI, Febrero de 2000

Tesis XVII to 3 P

Página 1128

TÉRMINO CONSTITUCIONAL AMPLIADO. PUEDE RESOLVERSE LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL INDICIADO AUN ANTES DE QUE CONCLUYA LA AMPLIACIÓN, SI EL DEFENSOR DE AQUÉL DESISTIÓ DE LA MISMA, ASÍ COMO DE LAS PRUEBAS OFRECIDAS EN DICHA ETAPA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA) El artículo 178 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua prevé sustancialmente que los defensores pueden libremente desistirse de las diligencias que hayan solicitado o de los recursos promovidos que no hubieran sido solicitados a su vez de manera personal por el procesado, porque en ese caso se requerirá del consentimiento de este último para que surta efecto dicho desistimiento. luego, si el Juez de la causa tuvo al defensor del indiciado por desistido de la ampliación del término constitucional y de la prueba testimonial que había ofrecido, puesto que el autor de ambas promociones fue el propio defensor y por ello no se requería del consentimiento del indiciado, no puede estimarse

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

entonces ilegal el auto de formal prisión, por el solo hecho de que el Juez no haya esporado el fenecimiento del plazo por el que amplió el término constitucional para resolver la situación jurídica, pues dada la legítima petición de desistimiento de esa ampliación, dicha autoridad responsable no estaba obligada a efectuar la mencionada espera, máxima que no existía ninguna prueba de descargo pendiente de desahogo

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEPTIMO CIRCUITO

Amparo en revisión 146/99 7 de octubre de 1999 Unanimidad de votos Ponente Luis Ignacio Rosas Gonzalez. Secretario Oscar Arturo Andujó Sosa

Octava Época

Instancia. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Fuente. Semanario Judicial de la Federación

Tomo VI, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1990

Tesis V 2o J/3

Página: 328

AUTO DE FORMAL PRISION. AMPLIACION DEL TERMINO CONSTITUCIONAL. EI
 objetivo que persiguió el legislador con el establecimiento de la ampliación del término constitucional de las sesenta y dos horas en el doble de ese tiempo para resolver la situación jurídica del inculcado, es el que se brinde a éste una mayor oportunidad de defensa, para que el juzgador resuelva teniendo en cuenta no sólo los datos que arroje la averiguación previa, sino también los elementos de prueba recabados dentro de dicho término y su ampliación, por lo que, si el juzgador omite estimar las pruebas del inculcado allegadas y desahogadas tanto en el término constitucional como en su extensión, tal hecho importa una violación a los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO

Amparo en revisión 13/89 Hector Leonardo Carrillo Terrazas 26 de abril de 1989. Unanimidad de votos. Ponente. Victor Hugo Diaz Arellano. Secretario Gonzalo Hernández Cervantes.

Amparo en revisión 52/90. Jorge Arturo Navarro Bernal. 9 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretario: Javier Leonel Baez Mora.

Amparo en revisión 53/90. Armando Moreno Salcido. 9 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretario: Javier Leonel Baez Mora.

Amparo en revisión 74/90. Daniel Ramírez Uriarte. 13 de junio de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Hugo Díaz Arellano. Secretario: Víctor Hugo Guel de la Cruz.

Amparo en revisión 110/90. Socorro González Esquerri y Javier Francisco Del Castillo Hernández. 12 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretaria: María del Carmen Gabriela Herrera Martínez.

NOTA. Esta tesis también aparece publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, número 36 Diciembre de 1990, pag. 54.

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo II, Parte SCJN

Tesis: 57

Página: 32

AUTO DE TERMINO CONSTITUCIONAL, OBLIGACION INELUDIBLE DE LA AUTORIDAD JUDICIAL DE DICTAR. El artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, impone a los jueces la obligación de resolver acerca de la situación jurídica del acusado, dentro del término de las setenta y dos horas, contado a partir del momento en que fue hecha su consignación. Sin que constituya impedimento para dictar dicha resolución, la supuesta o verdadera incompetencia del juez del conocimiento, siendo inexacto que, de resultar cierta tal incompetencia, se le violen garantías individuales al inculcado, toda vez que la ley procesal declara válidas las primeras diligencias practicadas por un juez, aun cuando resultase incompetente, siempre que las mismas no admitan demora, como lo son la recepción de la declaración preparatoria del inculcado y el propio auto de

término. Es más, el Código Federal de Procedimientos Penales autoriza al juez que previene, para actuar hasta que las partes formulen sus conclusiones. Un razonamiento contrario al anterior, implicaría el incumplimiento de la disposición constitucional, o bien la impunidad de un gran número de delitos, o que los presuntos responsables fueren equivocadamente consignados ante juez incompetente.

Septima Época

Contradicción de tesis Varios 277/79. Entre las sustentadas por el Primero y Segundo Tribunales Colegiados del Segundo Circuito. 3 de marzo de 1980. Cinco votos.

Si la consignación fue hecha sin detenido, el Juez deberá de dictar su auto de radicación dentro del plazo de tres días contados a partir del en que se haya hecho la consignación esto con la finalidad de que el Juez entre al estudio del asunto, de no ser así el representante social podrá ocurrir en recurso de queja ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia que corresponda, para que una vez que el Juez ha dictado su auto de radicación dentro de los cinco días contados a partir de la emisión de dicho auto, el juez deberá de resolver si niega u ordena la aprehensión, reaprehensión o comparecencia que le solicita el representante social.

Existe una excepción a lo antes dicho, ya que cuando se trate de una consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada, inmediatamente habrá de radicarse el asunto, y dentro de las veinticuatro horas siguientes el Juez resolverá sobre el pedimento de la orden de aprehensión.

Esta etapa, como ya se ha mencionado inicia con el auto de radicación o "cabeza de proceso", que "es la primera resolución que dicta el Juez, dentro ya del procedimiento penal de preinstrucción y después de que el Ministerio Público ejercita ante su potestad, la acción penal. A partir de ahora, todos los actos, incluyendo dicho auto de inicio, serán presididos por la autoridad jurisdiccional."¹⁶

Los efectos del auto de radicación son entre otros: El inicio del procedimiento penal de preinstrucción, fija la jurisdicción del Juez, vincula a las partes a un órgano jurisdiccional sometiéndolas a su competencia, por lo que las partes deberán de desarrollar sus funciones de acusación y defensa respectivamente ante dicho órgano, además de que como lo señala nuestro Maestro el Dr Pedro Hernández Silva "todos los asuntos de esa situación deberán de resolverse en ese mismo acto, deberán de practicarse las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos y queda de manifiesto que ahí se va a llevar un enjuiciamiento con la persona consignada"

INSTRUCCIÓN O PROCESO MISMO

Aunque en el presente apartado se pudiese interpretar que se han utilizado como sinónimos las palabras de *proceso e instrucción*, debemos de aclarar que ambas palabras ni en el lenguaje coloquial deben de ser confundidas y en la

¹⁶ Hernández Pliego, Julio A., Op. cit. p. 142.

materia que nos ocupa deben de entenderse bien el significado de cada una de ellas entendiéndose por *instrucción* el enseñar, el dar a conocer, es decir, es el momento en el cual se pone en conocimiento del Juez los hechos controvertidos y el *proceso* es el conjunto de las fases a través de las cuales la autoridad jurisdiccional tiene conocimiento de los hechos, empero es menester acotar que en el proceso penal tanto la *instrucción* como el *proceso*, en ocasiones son utilizadas como acepciones de una misma palabra, debido a que en la práctica procesal son confundidas las mismas, ya que la instrucción tiene lugar dentro del proceso penal, confundiéndose dicha etapa como el proceso mismo.

La etapa de instrucción en el proceso empieza con el *auto de sujeción a proceso* o con el *auto de formal prisión* y termina con la sentencia definitiva. En la etapa que nos ocupa vamos a buscar la existencia del delito, buscando además la responsabilidad de alguien en este momento se debe de instruir al Juez para que pueda decir el derecho, además en este momento el Juez conocerá de las circunstancias peculiares del inculpado que lo llevarán a normar su criterio para emitir una sentencia justa. Debiéndose de apuntar que uno de los objetos de la instrucción es el de perfeccionar, corregir, enmendar, anular, ampliar las diligencias de la averiguación previa y particularmente purgar los vicios o defectos que le son propios, como los de la unilateralidad, los de falta de defensa. O del secreto de sus actuaciones.

El Código Federal de Procedimientos Penales establece en su artículo 1º fracción III, que la instrucción abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de este. Para el profesor Julio A. Hernández Pliego la *instrucción* es "el momento procesal indicado para que las partes e inclusive el Juez, aporten al proceso todas las pruebas que estimen conducentes, para dar contestación a las interrogantes que surgen del conflicto de intereses que busca solución en la sentencia. Esas pruebas habrán de despejar las incógnitas que pueden resumirse en el qué, quién, cómo, cuándo, dónde y porqué."¹⁷

Al respecto y para una mejor comprensión del tema que nos ocupa, se considera adecuado señalar el pronunciamiento que al respecto ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Octava Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo VIII, Noviembre de 1991

Página 144

ACCION PENAL, EJERCICIO DE LA. ETAPAS DEL PROCESO El ejercicio de la acción penal se realiza cuando el Ministerio Público ocurre ante el juez y lo solicita que se avoque el conocimiento de un asunto en particular, la acción penal pasa durante el proceso, por tres etapas bien diferenciadas que son: investigación o averiguación previa, persecución y acusación. La investigación, tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción que se

¹⁷ Hernández Pliego, Julio A., Op. cit., p. 165

fundará en las pruebas obtenidas, para estar el representante social en posibilidad de provocar la actividad jurisdiccional, en esta etapa basta con la consignación que del reo haga el Ministerio Público, para que se entienda que este funcionario ha ejercido 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 corresponda, en la persecución, hay ya un ejercicio de la acción ante los tribunales y se dan los actos persecutorios que constituyen la instrucción y que caracterizan este periodo: en la acusación, la exigencia punitiva se concreta y el Ministerio Público puede ya establecer con precisión las penas que serán objeto de análisis judicial y, por lo mismo, esta etapa es la que constituye la esencia del juicio, ya que en ella pedirá el representante social, en su caso, la aplicación de las sanciones privativa de libertad y pecuniaras, incluyendo en ésta la reparación del daño sea por concepto de indemnización o restitución de la cosa obtenida por el delito. Por tanto, es durante el juicio, en que la acción penal obliga a que se concreten en definitiva los actos de acusación, al igual que los de defensa, de esa manera con base en ellos, el juez dictará la resolución procedente. Dicho de otra forma, el ejercicio de la acción penal se puntualiza en las conclusiones acusatorias.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO

Amparo directo 348/91 Jose Ortiz Collazo 15 de agosto de 1991. Unanimidad de votos.
Ponente: Guillermo Ballazar Alvear. Secretario: Esteban Oviedo Rangel.

EL JUICIO

Una vez que se dicta el auto que declara cerrada la instrucción, esta resolución judicial, produce como consecuencia principal, el surgimiento de la tercera etapa del procedimiento penal, que es la de preparación del juicio.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por lo tanto es conveniente precisar el significado y alcance de la palabra "juicio", en el lenguaje común y en el procedimiento penal mexicano.

DIVERSAS ACEPCIONES DE LA PALABRA JUICIO

Juicio.- según el Maestro Eduardo Pallares, "se deriva del latín *judicium*, que a su vez viene del verbo *judicare*, compuesto de *jus*, derecho y *dicere*, dare, que significa dar, declarar o aplicar el derecho en concreto".¹⁸

En realidad juicio (juicio), se refiere a la capacidad de discernir lo bueno de lo malo, lo verdadero de lo falso, lo legal de lo ilegal, tarea realizada por el Juez de la sentencia.

DOCTRINA

En la doctrina mexicana, algunos autores al ocuparse del tema en estudio, consideran que es un periodo del procedimiento y lo concentran en la resolución judicial (sentencia), que resuelve el fondo del asunto, poniendo fin a la instancia; otros lo ubican en el proceso como una etapa del mismo, haciéndolo consistir en las diligencias características de la denominada vista, audiencia o debate.

¹⁸ Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, Edit. Porrúa, México, 1998.

LEGISLACIÓN.

En el Código Federal de Procedimientos Penales, se indica: "el mismo día en que el inculpado o su defensor presenten sus conclusiones, o en el momento en que haga la declaración a que se refiere el artículo 297, se citará a la audiencia de vista, que deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes. La citación para esa audiencia produce los efectos de citación" (art. 305).

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, aunque en forma expresa no se establece así, en su articulado se regulan los actos incluidos en el Código Federal como característicos de este periodo; por lo tanto según el contenido del texto primeramente citado y el de los artículos respectivos del Código Federal, se puede dar la siguiente definición:

- "El juicio es el periodo del procedimiento penal, en el cual el agente del Ministerio Público precisa su acusación, el acusado su defensa, el Juez valora las pruebas y posteriormente dicta su resolución"¹⁹

Regresando al tema que nos ocupa, una vez que el Juez dicta el auto que declara cerrada la instrucción, ordena que la causa se ponga a la vista de las partes para que dentro del término legal (dependiendo del tipo de juicio sumario u ordinario), las partes formulen sus respectivas conclusiones, este acto procedimental que es mandato expreso de la ley, puede dar lugar a diversas hipótesis trascendentales. Antes de seguir avanzando en el tema de las conclusiones, es necesario definir que se entiende por estas.

¹⁹ Definición de juicio que realiza el Dr. Pedro Hernandez Silva en sus cátedras.

CONCLUSIONES EN GENERAL

Gramaticalmente la palabra conclusión, procede del verbo concluir; o sea, llegar a determinado resultado o solución; por eso, desde el punto de vista jurídico: las conclusiones son actos procedimentales realizados por el agente del Ministerio Público y después por el defensor con el objeto en unos casos de fijar las bases sobre las que versará la audiencia final (audiencia de vista) y en otros para que el agente del Ministerio Público fundamente su pedimento y se sobresea el proceso. Las conclusiones, son actos procedimentales porque entrañan actividad del agente del Ministerio Público y el defensor, en momentos distintos aunque sucesivos y dependientes.

En el auto de formal prisión, se fijaron los hechos por los cuales se ha seguido el proceso, el "nomen iuris" utilizado para catalogarlos, no deja de ser provisional, ya que al ser investigados, a través de la instrucción, pueden resultar afectados, no en cuanto a su esencia, pero sí en cuanto a sus circunstancias y accidentes; por tal motivo, antes de celebrarse el juicio, es conveniente precisarlos en las conclusiones y relacionándolos con el proceso, establecer el nexo causal entre la conducta y el resultado, para que según el caso sean el tema sobre el cual verse la audiencia final de primera instancia y la sentencia; o por el contrario den lugar al sobreseimiento de la causa y a la libertad del procesado, en tal virtud si existe acusación, la notificación de lo concluido por el agente del Ministerio Público al defensor, entraña una garantía de seguridad jurídica dentro del procedimiento penal.

CONCLUSIONES Y FINES ESPECIFICOS DEL PROCESO PENAL.

Los fines específicos del proceso penal son: buscar la verdad histórica de los hechos materia de la causa penal y la personalidad del delincuente; situación que en el procedimiento penal operan fehacientemente, para las atribuciones que tiene encomendadas el agente del Ministerio Público y para los de defensa al formular sus respectivas conclusiones.

Si van a basar sus posiciones jurídicas, deben basar sus pedimentos en las actuaciones procedimentales de averiguación previa e instrucción, a través de las cuales se ha pretendido realizar los fines específicos del proceso penal; en otras circunstancias, carecería de apoyo la acusación concreta del agente del Ministerio Público y la justificación del porqué solicita la penalidad o la exculpación del procesado, "ya sea por no contar con elementos suficientes que acrediten la responsabilidad o por operar alguna causa de exclusión del delito".²⁰¹

El procesado por conducto de su defensor, aunque en principio toma en cuenta para fijar su posición legal, lo solicitado por el Agente del Ministerio Público, debe acudir también a las probanzas existentes, para dar mayor solidez a sus puntos petitorios, de lo contrario toda pretensión, de exculpación o disminución de la penalidad, sería inconsistente para lograr su cometido.

Ambas situaciones demuestran, una vez más que, la prueba en general va dirigida a todos los intervinientes en el procedimiento, de otro modo no se explicaría que el agente del Ministerio Público y el procesado por sí o por conducto de su

²⁰¹ Cfr. artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

defensor, pudieran formular conclusiones, porque la base para hacerlo, reside en las probanzas hechas valer en las actuaciones.

MOMENTO PROCEDIMENTAL Y TIEMPO DENTRO DEL CUAL DEBEN FORMULARSE

a) Materia Federal (procedimiento ordinario)

Ministerio Público

Cerrada la instrucción se mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público, por diez días, para que formule sus conclusiones por escrito. Si el expediente excediere de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción se aumentará un día al plazo señalado sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles.

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

"Si transcurren los plazos a que alude el párrafo anterior sin que se formulen las conclusiones, el Juez tendrá por formuladas las conclusiones de no acusación y el procesado será puesto en inmediata libertad y se sobreseerá el proceso".²¹

Defensa

Con las conclusiones acusatorias, ya sea formuladas por el agente del Ministerio Público o por el Procurador en su caso, "se harán conocer al acusado y a su defensor dándoles vista de todo el proceso, a fin que en un término igual al que el Ministerio Público, (diez días, pero si el expediente excediere de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción se aumentará un día al plazo señalado sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles), contesten el escrito de acusación y formulen a su vez, las conclusiones que sean procedentes"²²

"Si al concluirse el término concedido al acusado y a su defensor estos no hubieren presentado conclusiones, se tendrán por formuladas las de inculpabilidad".²³

b) Materia Común (procedimiento ordinario)

Ministerio Público

Una vez declarada cerrada la instrucción, el Juez mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público con la finalidad de que formule sus respectivas conclusiones, si el agente del Ministerio Público adscrito, no formula sus conclusiones, o estas son contrarias a las constancias procesales, el Juez remitirá

²¹ Cfr. artículo 291 del Código Federal de Procedimientos Penales

²² Cfr. artículo 296 del Código Federal de Procedimientos Penales

²³ Cfr. artículo 297 del Código Federal de Procedimientos Penales

testimonio de las constancias que integran la causa penal, al Procurador General de Justicia del Distrito Federal, señalando en su caso las contradicciones que existan, con la finalidad de que ordene a sus auxiliares, la formulación de las conclusiones pertinentes, en un plazo de diez días hábiles, contados desde la fecha en que se haya notificado la omisión, sin perjuicio de que se apliquen las sanciones que correspondan, pero si el expediente excediere de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción se aumentará un día en el plazo señalado, sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles.

"Si transcurre el término señalado, sin que se formulen las conclusiones, el juez tendrá formuladas conclusiones de no acusación y el procesado será puesto en inmediata libertad y se sobreseerá el proceso".²⁴

Defensa

La exposición de las conclusiones de la defensa no se sujetará a regla alguna. Si aquella no formula conclusiones en el plazo que establece el artículo 315 de la ley adjetiva, se tendrán por formuladas las de inculpabilidad y se impondrá al o a los defensores una multa hasta de cien veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal o un arresto hasta de tres días.

Cabe señalar que la defensa puede libremente retirar y modificar sus conclusiones en cualquier tiempo, hasta antes de que se declare visto el proceso.

²⁴ Cfr. artículo 315 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

AUDIENCIA DE VISTA

En el procedimiento ordinario, una vez aceptadas las conclusiones de las partes, se dicta un auto en el que se señala día y hora para la celebración de la audiencia final o mejor conocida como "audiencia de vista".

El auto que señala fecha y hora para la celebración de la audiencia de vista, pone al tercer periodo del procedimiento penal, llamado como el de preparación del juicio y abre el cuarto periodo del procedimiento penal, conocido como el juicio.

La palabra "vista", según lo indicado en la enciclopedia Espasa-Calpe: "es la actuación en que se relaciona ante el tribunal con citación de partes, un juicio o un incidente, para dictar el fallo, oyendo a los defensores o interesados que en ella concurren."

En el diccionario razonado de la Legislación y Jurisprudencia, Joaquín Escriche, indica: "Vista es el reconocimiento primero que se hace ante Juez o tribunal con relación a los autos y defensas de las partes para la sentencia."

El término "audiencia", viene del latín audientia: acto de oír o de hacerse oír; por lo mismo, tradicionalmente, en el ámbito jurídico, equivale al momento procedimental o tiempo destinado a la celebración de una diligencia, en que las "partes" se hacen escuchar ante el Juez.

En el Código Federal de Procedimientos Penales, el legislador al referirse a este momento procedimental, utilizó el concepto "audiencia de vista".

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se le llamó "vista" y también "audiencia".

Como el sentido asignado por Joaquín Escriche, al vocablo "vista" lo considero poco preciso, en atención a la finalidad perseguida en las diligencias que comprende, considero más técnico denominarle "audiencia final de primera instancia".

La "audiencia de Vista", es la última audiencia que se celebra en la primera instancia, en ella las partes reproducen verbalmente sus conclusiones, lo cual permitirá al Juez, a través del juicio propiamente dicho y atendiendo a los fines específicos del proceso penal, definir la pretensión punitiva del Ministerio Público y la contradicción que realiza la defensa.

Hasta esta audiencia el Ministerio Público únicamente podrá modificar sus conclusiones, a favor del sujeto del cual formuló acusación y jamás podrá ampliar su pretensión punitiva en contra del mismo. Lo anterior entraña una garantía de seguridad jurídica, pues sería de negación de justicia, que se le diera la oportunidad al Ministerio Público, de poder ampliar su acusación, sin darle tiempo a la defensa de poder alegar lo que a su derecho convenga.

SENTENCIA

Sentencia proviene del latín *sententia*, que significa dictamen o parecer, por eso, generalmente, se dice: la sentencia es una decisión judicial sobre alguna controversia o disputa.

También se afirma que viene del vocablo latino *sentiendo*, porque el Juez, partiendo del proceso declara lo que siente.

Desde la doctrina clásica hasta la moderna, se han emitido conceptos sobre sentencia. Carrara apunta: "Es todo dictamen dado por el Juez acerca del delito a cuyo conocimiento ha sido llamado."

Por su parte Caballo señala que la sentencia penal, es la decisión del órgano jurisdiccional que declara imperativamente, en las formas establecidas por la ley, el derecho sustantivo, para resolver el conflicto de derechos subjetivos que se agitan en la pretensión jurídica, deducida en el proceso y que agota definitivamente el fin de la jurisdicción en relación con la fase procesal en la cual se pronuncia.

Guillermo Colín Sánchez por su parte señala, que la sentencia penal, "es la resolución del estado por conducto del Juez, fundada en los elementos del injusto punible y en las circunstancias objetivas, subjetivas y normativas condicionantes del delito y en la cual se define la pretensión punitiva estatal, individualizando el derecho y poniendo con ello fin a la instancia."²⁵

A decir de los Maestros Sergio García Ramírez y Victoria Adato Green, "la sentencia constituye, sin duda, el acto de voluntad por antonomasia del órgano jurisdiccional, precisamente aquel en que ejerce con toda su amplitud y para todas sus consecuencias, la potestad estatal de que se halla investido. La actividad de sentenciar equivale, para el orden judicial y poder de esta naturaleza-, a las actividades de legislar y de ejercitar respectivamente, para las instancias legislativa y ejecutiva. La sentencia en el principal, porque puede haberla interlocutoria-pone fin a la controversia y, en este sentido, "dice el derecho"

²⁵ Op. cit., pág. 574.

Constituye, en fin el modo, normal de concluir un proceso, el acto al que han tendido todas las actividades realizadas desde la formulación de la denuncia o la querrela.²⁶

SEGUNDA INSTANCIA

No siempre el Juez, resuelve en estricto apego a derecho y justicia, el contenido de dichas resoluciones, es de importancia capital para el desenvolvimiento normal del proceso y para definir la pretensión punitiva estatal; en consecuencia, pueden afectar en sus intereses, al Ministerio Público, al probable autor del delito y al ofendido por eso, en prevenciones de males irreparables, susceptibles de romper con toda aspiración de justicia, las leyes consagran el derecho e inconformarse, a través de diversos medios de impugnación, cuya finalidad es evitar la marcha del proceso por causas indebidas o bien que éste llegue a facilitar una resolución injusta.

Es de interés público que la Justicia se realice no solo para tranquilidad de los integrantes de la sociedad, sino también dentro de lo posible, en beneficio de quien directa e indirectamente resintió el daño causado por la conducta o hecho ilícito.

Más quienes resuelven situaciones de tanta trascendencia, son seres humanos; por ende, la falibilidad, las pasiones, los intereses en pugna y muchas otras negaciones, incesantemente rondan todos los ámbitos de la justicia, provocando el error, la mala fe y el quebranto del deber estatuido en la ley.

²⁶ Op. cit., pag. 771.

Frente a estas situaciones y a muchas otras que suelen con frecuencia manifestarse, desde antaño se instituyeron medios de control: recursos o remedios jurídicos, para establecer el equilibrio perdido con motivo del error o de la arbitrariedad, así el Estado por conducto del Juez autor de la resolución, u otro Juez de mayor rango jerárquico, previo examen del proveído impugnado, se enmendarán la ilegal o improcedente resolución, a través de una nueva que elimine la anterior, por consiguiente cualquier vicio en los actos del procedimiento o en el acto mismo de juzgar.

La existencia de los medios de impugnación no es factor suficiente para los fines señalados. Son necesarios además un conjunto de actos y formas idóneos para actualizarlos, lo cual implica un procedimiento encaminado a realizar su objetivo y fines.

RECURSO

La palabra recurso, viene del latín *recursus*, cuyo significado, es: "volver al camino andado".- Los recursos son los medios establecidos por la Ley para impugnar las resoluciones judiciales que por alguna causa fundada, se consideran ilegales o injustas, garantizando de esa manera, en forma más abundante, el buen ejercicio de la función judicial.

Los medios de impugnación son el género y los recursos la especie. No obstante, existen procedimientos o juicios, como también se les llama, cuya finalidad es impugnativa; tal es el caso del Juicio de Amparo.

Los medios de impugnación requieren de un impulso procesal que los actualice (acto donde se manifiesta la inconformidad) y de un procedimiento (conjunto de actos, formas y formalidades previstos en la ley para su tramitación y resolución).

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

Por agravio se debe entender que es todo perjuicio, que sufre una persona por violaciones, a la ley en una resolución judicial.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

El vocablo ejecución proviene de ex, e: fuera de; sequor, sequi: seguir lo que sigue y a su vez de exsequor, exsequi, lo que va después. Ejecución de sentencia será, entonces lo que va después de la sentencia.

Ejecutar significa también concluir, realizar, perpetrar, ajusticiar, de manera que ejecutar una sentencia corresponde a la actividad realizada después de dictar la sentencia.

En términos generales dice el maestro Cipriano Gómez Lara "debe entenderse por ejecución la materialización de lo ordenado por el Tribunal a efecto de que tenga cumplimiento en la realidad-en lo fáctico-lo establecido en la sentencia."²⁷

²⁷ Gómez Lara, Cipriano. Derecho Procesal Civil, edit Harla, México, 1994.

En el tema de ejecución de sentencia no ha sido bien visto en el campo procesal por los procesalistas y menos por los del área penal. Se aduce una tajante separación entre el derecho procesal y el que Hafter llama derecho ejecutivo.

Entre las muchas razones que se esgrimen figuran las siguientes: en la ejecución no se da el vínculo triangular que caracteriza al proceso (el acusatorio), no existe relación triangular procesal, los sujetos del proceso se han transformado, así la figura del juzgador deja de serlo, ya no va a "juzgar"; la figura del acusador se desvanece, ya no "acusa", puesto que en el mejor de los casos solo "vigila" y en el caso del sentenciado además de dejar de ser procesado se convierte en objeto de la propia ejecución. La pretensión que durante el proceso fue conducida por la acción ha quedado resuelta y en el mejor de los casos solo queda pendiente la ejecución.

En México hasta no hace mucho tiempo, se cuestionaba en la doctrina si la ejecución de la sentencia penal es un acto jurisdiccional o un acto administrativo.

Rafael de Pina, por ejemplo, afirmaba que "la naturaleza jurisdiccional de la ejecución de la sentencia, en el orden penal como en el civil es evidente. La jurisdicción no consiste solo en la aplicación del derecho, sino también en la realización del contenido del fallo que en virtud de la misma se dicte, cuando la sentencia haya alcanzado la firmeza necesaria para que se produzcan los efectos de la cosa juzgada".

La intervención de los órganos administrativos en la ejecución de la sentencia penal-continuaba de Pina-debe interponerse como una forma de auxilio, prestado por los órganos de un poder del Estado a otro, para facilitar el cumplimiento de sus

fines. El órgano administrativo que realiza lo procedente para la ejecución de la sentencia penal, no hace (no debe hacer) otra cosa que poner en ejercicio la voluntad del órgano jurisdiccional expresada en la resolución de que se trate.

En sentido contrario Pietro Castro, afirma que "Si la función esencial de la jurisdicción consiste en el *ius dicere* en declarar el derecho, la función de la jurisdicción penal terminaría con la declaración de los hechos que resulten probados y si estos hechos son delictivos y que pena hay que imponer por ellos. La actividad posterior sería una actividad meramente administrativa, penitenciaria, serían los órganos penitenciarios del Estado los que cumplirían lo que los órganos jurisdiccionales establecieron en la sentencia, y en respecto a la temporalidad de la pena, bien sobre la forma del cumplimiento de la condena."⁸

Una idea arraigada en parte del foro partiendo del criterio formal- es decir del órgano del que proviene el acto-, se reduce a afirmar que la ejecución de sentencia es acto jurisdiccional en la medida en que interviene el tribunal, o que es acto administrativo, porque es la administración la que dirige la ejecución.

Este planteamiento no resiste la menor crítica. No es posible sostener que por ejemplo en México, la ejecución de sentencia civil es jurisdiccional, porque la ejecuta el tribunal y que la ejecución de la sentencia penal es administrativa porque es la administración la que ejecuta.

No es el criterio formal del órgano el que determina la naturaleza del acto. Si bien es cierto que en algunos países los llamados "tribunales de ejecución", (por

⁸ Pietro Castro y Fernández, I. y Cabiedes, Eduardo G. de. Derecho Procesal Penal, edit. Tecnos, Madrid 1976. pág. 431.

ejemplo), son los que ejecutan la sentencia penal, esto no significa que su actividad sea jurisdiccional puesto que la resolución del conflicto, que es lo que caracteriza al acto ya fue realizada.

Un viejo adagio resulta muy aplicable a la cuestión tratada "lata sententia desinit esse iudex" (dictada la sentencia el Juez cesa de ser Juez).

Es cuestionada a la vez, si la resistencia del sentenciado es o no relevante en la ejecución. En el campo civil generalmente la ejecución estatal se lleva a cabo cuando el condenado se niega a cumplir con la obligación que se le impone. En el campo penal se afirma, que es irrelevante la voluntad del condenado, porque aún en el caso de que este de acuerdo con la ejecución ésta no se podrá realizar sin la intervención del Estado.

Este punto también es cuestionado desde el momento mismo, en que ciertas penas pueden ser cumplidas sin la intervención directa del Estado. Si el sentenciado tiene prohibido ir a cierto lugar, puede ser que simplemente no vaya o que pague lo que debe pagar, sin necesidad de que el Estado tenga que realizar el acto coactivo.

Pero tampoco es posible que las fundamentales sanciones penales las cumpla el condenado por sí solo, es menester que intervenga el Estado, por ejemplo la condena a pena de muerte (que no se aplica en México), no puede ejecutarla el propio condenado porque entonces sería suicidio.

Así hablar de un proceso de ejecución no es tarea fácil, tal vez sería mejor aludir a una ejecución procesal y esto porque realmente no hay proceso en la ejecución, e

inclusive se niega que dicho procedimiento sea "penal", pues en todo caso sería "administrativo".

Afirma el maestro Sergio García Ramírez, que no hay condena penal que no sufra modificaciones en la fase ejecutiva; la multa y la confiscación serían excepciones (salvo desde luego casos de indulto). "Se asiste pues, a un abandono casi generalizado de la autoridad de la cosa juzgada de la parte de la sentencia referente a la pena, dentro del propósito de modelar la ejecución con base en la evolución del delincuente y de su estado peligroso, hay debate empero, acerca de la naturaleza jurídica de las modificaciones que se introducen a la sentencia de condena, pues mientras cierto sector de la doctrina sostiene que frecuentemente no se trata de otra cosa que de modificaciones de ejecución, otro sector afirma que se está ante un verdadero y propio quebrantamiento de la cosa juzgada."⁷⁹

Son conocidos diversos casos mediante los cuales la sanción se agrava, se atenúa o libera, destaquemos que en algunos países como Estados Unidos de Norte América entre otros, permiten transformar la sentencia de condena por auxilio judicial o sea que si el condenado ayuda a las autoridades a encontrar a otro delincuente, su sanción puede verse reducida.

Los diversos tipos de modificación o transformación de la condena existentes en México pueden clasificarse en dos grandes rubros: transformaciones in favor reus y transformaciones contra reus, esto es, que lo beneficien o lo agraven en su situación.

⁷⁹ García Ramírez, Sergio, *Manual de Prisiones*, edit. Porrúa, México, 1994, pág. 143.

En las transformaciones "in favor" tenemos algunas extintivas como la amnistía, el indulto (el verdadero, que es el perdón simple, perdón del Estado), el perdón del ofendido-como en el caso del daño en propiedad ajena- y la derogación del delito o de la pena por el legislador.

Otras transformaciones "in favor" serían las suspensivas, en las que se incluyen los casos de enfermedad mental, la condena condicional (perdón condicionado), la libertad preparatoria (otra suspensión de la condena condicional).

Dentro de las transformaciones "in favor" tenemos también las propiamente modificativas, como la conmutación de la pena y la preliberación.

Por último, entre las transformaciones "in favor" también se cuentan las rehabilitadoras, ya sea de derechos políticos y civiles.

En el campo de las transformaciones "in contra" figura de la retención, que en el Código de 1908 se tramitaba judicialmente y fue considerada por algunos, entre otros Briseño Sierra, como inconstitucional, por lo que afortunadamente fue derogada.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA EXTRANJERA

La ejecución de sentencia penal es relativamente novedosa, ya que antiguamente no era posible, México fue tal vez el primer país en el mundo que al establecerla en el nivel constitucional, dio paso a la ejecución de sentencia penal extranjera.

La reglamentación actual se encuentra en el nivel convencional internacional, es decir, en tratados como los celebrados con Estados Unidos, Canadá y Panamá. "En estos tratados se incrusta la llamada cláusula de reglamentación interna, según la cual cada país tiene la obligación de dictar su propia ley que permita el cabal cumplimiento de los tratados. Por desgracia México no lo ha hecho. En el IX Seminario Nacional de derecho privado celebrado en 1985, se llegó a la conclusión de que debería dictarse tal reglamentación."³⁰

PROCEDIMIENTO DE INIMPUTABLES

Se ha estudiado hasta este momento los procedimientos a que ha lugar, cuando el ser humano con intención o voluntad consiente para conducirse, se ubica en alguna de las hipótesis que conforman en derecho penal sustantivo; esto puede decirse, hasta cierto punto, es lo más común en el infortunado mundo del delito y por ende, sus consecuencias no implican un problema de improvisación o adivinanza jurídica, porque integran un todo orgánico ampliamente establecido en el catálogo penal. Esta afirmación no es válida para los casos de inimputables, hecha excepción de los menores, en razón de la escasa atención y el raquitismo e incongruencia con la realidad de que ha hecho gala el legislador, para situaciones sobre las cuales es indispensable poner especial atención

La conducta, no debe contemplarse como simple hecho dentro de un acontecer, es consecuencia de estímulos, tanto interiores como exteriores, que en todo

³⁰ Silva Silva, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, Edit. Harla, México, 1999, pag. 406.

momento van encaminados a una finalidad o por lo menos, a tratar de encontrar de acuerdo con las corrientes doctrinarias contemporáneas, la motivación o causa generadora de todo proceder antisocial.

Los estímulos, son de distinta especie: innatos, aprendidos, poderosos, débiles y de mínima o larga duración.

La conducta con toda la fuerza de que es portadora, conduce al delito y hasta el desajuste social, puesto que, el proceder, proyectado consciente o con ausentismo de voluntariedad, siempre será de una fuerza productora de la destrucción del hombre contra el hombre y de los valores que tutela el Derecho Penal.

No cabe duda, son multiplicidad de factores los que, en los llamados "sujetos normales", confluyen o por lo menos, tratan de explicar su actuar o no actuar negativo. También, ya he dejado establecido que dentro de lo incompleto que es el ser humano, a ello se añan deficiencias que acrecientan su pequeñez, tal es el caso, entre otros de quienes por razones de edad o de orden mental, son mayormente incompletos, por carecer dado el caso, de la voluntad o del denominado querer y entender, pero en una u otra forma también lesionan, también hieren y aun así, ni el Estado mismo puede llevar en su contra el llamado Juicio de Reproche, aunque si la implementación de procedimientos encaminados a reeducar o hacer factible la aplicación de medidas de seguridad que tales situaciones demandan, no con el fin de arribar al mundo feliz de Huxley, sino proveer lo necesano para prevenir y evitar la convulsión, la inseguridad y crear un ámbito más apropiado, hasta cierto punto, para que los individuos no sean

atrapados o sean fácil presa de conductas aberrantes o de ese actuar que de todas maneras, distorsiona y desajusta socialmente destruyendo la armonía.

En relación con el delito, "considerado como "acto humano", típicamente antijurídico y culpable, si falta el elemento culpabilidad, por ausencia de capacidad de querer y entender, lógico es concluir: no hay delito y tampoco responsabilidad penal."³¹

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

³¹ Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, edit. Porrúa, México, 2001., pág. 224.

CAPÍTULO II

LA INSTITUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Cualquier persona medianamente versada acerca del origen y desarrollo de nuestras instituciones públicas, tiene conocimiento de que el Ministerio Público no es producto sociológico de nuestro propio País, sino una institución que es nacida y plenamente evolucionada en Francia, se le traslado a nuestro medio, donde ha arraigado penetrando al espíritu del pueblo, al igual que en otras naciones que han hecho idéntica adopción. Sin embargo aún antes de haberse establecido en México el Ministerio Público, con sus perfiles y caracteres franceses, ya funcionaba una institución que bastante se le asemejaba, llamada Promotoria o Procuraduría Fiscal, derivada de la legislación española que por tanto tiempo rigió nuestras costumbres.

En la actualidad se conserva en nuestras Leyes que norman la materia, la parte substancial de la institución francesa con ciertas reformas estimadas por nuestra última Revolución, como avances y perfeccionamientos, que de todas maneras la diferencian de aquélla institución considerada en toda su pureza.

El Ministerio Público es un órgano que constituye una garantía constitucional pues al ser facultado como el único encargado de la persecución de los delitos, se afirma el sistema de acusación estatal y el monopolio de la acción penal, el cual ha sido cuestionado en épocas recientes con una visión equivocada de la función.

Para señalar siquiera someramente los orígenes y el sentido de la evolución del Ministerio Público, precisa estudiar la Institución especialmente en Francia y en España, toda vez que como se ha dicho, de la primera de esas naciones tomamos la institución ya formada completamente y de la segunda, en tiempo anterior, tuvimos algo que fue el antecedente necesario de aquélla y que preparó nuestras costumbres para que el Ministerio Público fuera aceptado con asentimiento general.

ANTECEDENTES

El Ministerio Público es un órgano que constituye una garantía contemplada en la Constitución, misma que lo faculta como el único encargado de la investigación y persecución de los delitos, lo cual significa que lo es también de los delincuentes. facultad que afirma el sistema procesal acusatorio estatal y el monopolio de la acción penal a favor del Estado.

Algunos historiadores que se han ocupado de indagar y precisar los orígenes más remotos de la Institución, aseguran que en Roma, en tiempos antiguos había Magistrados ayudados por oficiales de policía nombrados "curios", "stationari" e "irenarcas", que perseguían los delitos y a los criminales estableciendo un procedimiento penal acusatorio ateniéndose al principio de derecho penal público, aunque este no haya sido el único procedimiento ni principio utilizado, ya que

practicaron otros hasta ir perfeccionado su sistema penal y ya en la etapa del Imperio es cuando surgen las figuras mencionadas modernizando al "*advocatus fisci*" Magistrado que tenía el papel de acusador en los juicios fiscales y como acontece actualmente con los funcionarios del Ministerio Público, debiéndose lo anterior según Teodoro Mommsen a que "si la opinión de los Magistrados podía ser rectificada por una resolución de los Comicios, no podía serlo, en cambio, por la de un jurado, y á que el nuevo sistema acusatorio comenzó a practicarse en la forma de juicio por jurados."³²

En Italia durante la edad Media había cerca de los jueces funcionarios o subalternos que les denunciaban los delitos de los cuales tenían conocimiento, como ya se ha apuntado; y Bartolo, Gaudino y Aretino, más otros juristas de esa época, los designaron con los nombres de "*sindici*", "*consulus locuturum et villarum*" y "*ministrals*", más hay que advertir que no muy precisas las funciones de esos "*sindici*" parece que tan solo tenían el carácter de denunciadores oficiales tuvieron un carácter más preciso denominándoles Procuradores de la Corona; pero nunca alcanzaron la elevación de miras que fundamentó la Institución en Francia, ni tan siquiera alcanzaron el relieve judicial que en España tuvieron los Fiscales.

³² Mommsen, Teodoro, El Derecho Penal Romano. Tomo I. Traducción de Pedro Dorado Montero, Jiménez Gil Editor, Madrid, 1999.

En Francia, la institución surgió en el curso de la antigua monarquía, el Procurador, el Abogado del rey, no ha sido en su origen sino lo que indica su nombre, un Procurador encargado del procedimiento, un abogado encargado del litigio en negocio que interesaba al Rey, no ha significado antes de volverse un título jerárquico, sino un Procurador, un Abogado, el primero, de los actos del procedimiento y el segundo, del alegato, en todos los negocios que el Rey tenía ante determinada jurisdicción; y a los que el propio Rey llamaba "nos gens" (gentes nostras) o gentes del Rey. En las antiguas ordenanzas francesas, a partir de los primeros años del siglo XIV, bajo Felipe el Hermoso, se puede estudiar la transformación que se opera en estos cargos que llegan a convertirse en una gran magistratura. La Institución del Ministerio Público, después de haber sufrido la influencia de los grandes cambios operados por la revolución de 1789, y por la leyes que poco después se expidieron sobre Organización Judicial fue reconstituida y asentada sobre bases que subsistieron en Francia aun hoy día, en la Organización Imperial de 1808 y 1810 conquistándose desde entonces, principalmente la unidad y firmeza de la Institución.

De lo que podemos establecer que la Institución del Ministerio Público es "una figura jurídica que proviene básicamente del derecho francés del cual pasa al alemán y de ahí a todos los países civilizados del mundo, entre ellos al derecho español moderno y desde luego al mexicano."³³

³³ Mendoza Bremauntz, Emma. La averiguación Previa en el Procedimiento Penal Mexicano y la investigación científica de los delitos. Revista Mexicana de Seguridad Pública, número 1, enero-marzo 2000, México, D. F.

En México independiente, rigió el sistema español de Procuraduría Fiscal con ligeras modificaciones hasta la expedición del Código de Procedimientos Penales de 15 de septiembre de 1880; encontrándose sin embargo un principio de organización nacional de la Institución en la Ley de Jurados en materia Criminal para el Distrito Federal", promulgada por el Presidente Juárez el 15 de julio de 1869 en la que según el artículo 23 se califica al Promotor Fiscal, de Representante del Ministerio Público y donde a ese funcionario se le erige en parte acusadora independiente en su gestión, del agraviado o parte civil. A pesar de esos rasgos, los tres Promotores Fiscales establecidos por la Ley Juárez no formaban un cuerpo propiamente dicho, pues carecían de dirección y les faltaba unidad en el desempeño de su cargo. En el Código de 1880 antes citado, expedido por el Presidente Díaz, la Institución tomo cuerpo y se delinea adoptando francamente las características de la Institución francesa. En el capítulo 1º del título I del libro I de ese Ordenamiento, hallamos determinada la finalidad de la policía judicial, entre cuyos miembros figura el Ministerio Público, expresándose en su artículo 11 que: "la policía judicial, tiene por objeto la investigación de los delitos, la reunión de sus pruebas y el descubrimiento de sus autores, cómplices y encubridores"; precepto que diferenció por completo a la policía judicial de la preventiva, anteriormente mezcladas uniformemente en el Cuerpo Administrativo de Policía.

En el Capítulo IV del mismo título y libro, dedicado a reglamentar las funciones del Ministerio Público, encontramos determinado el objeto de la Institución, tal y como se concebía en aquella época, es decir, como auxiliar de la administración de justicia, y no como se le conceptúa en la actualidad de magistratura independiente. El artículo 28 del Código de 1880 expresa que: "El Ministerio Público es una magistratura instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de justicia, en nombre de la sociedad y para defender ante los Tribunales los intereses de ésta en los casos y por los medios que señalan las leyes y en la reglamentación que establece el propio Código de la Institución, es de notarse especialmente la prevención que pone a la policía administrativa bajo las ordenes del Ministerio Público para auxiliarla en sus labores de investigación y persecución. Por prescripciones del Código de Procedimientos Penales expedido por el Presidente Díaz el 6 de julio de 1894, vigente en su mayor parte hoy día, más por lo que toca a la Institución que nos ocupa, derogada por la Ley Orgánica del Ministerio Público en el Distrito Federal y Territorios Federales de 12 de septiembre de 1903 en la que por primera vez se funda el Cuerpo del Ministerio Público precedido por el Procurador de Justicia dándosele así unidad y dirección se abandona el sistema de los Códigos de 1880 y 1894 y el Ministerio Público deja de ser un mero auxiliar de la administración de justicia para convertirse en una alta magistratura independiente en lo judicial y representando a la sociedad como una prolongación del Poder Ejecutivo Federal. "Así mismo se le señaló como titular de la acción penal, la que debía ejercitar ante los tribunales. Aquí se vislumbra con mayor claridad al Procurador

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de Justicia como jefe de la Institución del Ministerio Público, con las características que le marcó este último ordenamiento, y su reglamento que fue aprobado por acuerdo presidencial del 15 de abril de 1910.³⁴

En resumen: la Institución del Ministerio Público en virtud de la Ley Orgánica de 1903, adquirió todos los caracteres de un Cuerpo Social bien organizado, con unidad y dirección en la alta misión que se le confiere, dependiendo del Ejecutivo y dejando de ser en su gestión genuina un auxiliar de la administración de justicia; tornándose en una alta magistratura, encargada de velar por los intereses sociales y figurando como parte en los procesos criminales.

Así fijado el carácter de la Institución, trasunto fiel de la Institución Francesa similar, perduró en nuestro medio hasta el advenimiento de la legislación revolucionaria de 1917 en la que por primera vez en nuestros anales legislativos se hizo de ella una Institución Federal, obligando su establecimiento un precepto constitucional a todos los Estados que integran la Federación, por lo que hace a su régimen interior y en institución nacional con caracteres propios, distinguiéndose bastante de la Institución francesa que la generó en nuestro país.

Cuando el C. Primer Jefe del Ejército Constitucionalista presentó al Congreso Constituyente el proyecto de nueva Constitución Federal dijo para fundar su

³⁴ Castro Juventino V., Sánchez Cortes, Hilario y Contreras Castellanos Julio Cesar. Historia de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Tomo 1, Talleres de Linhoumpresora Portales, México 1996.

iniciativa por lo que toca al artículo 21, lo siguiente: (el proyecto) propone una innovación que de seguro revolucionará completamente el sistema procesal que durante tanto tiempo ha regido al país, no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias. Las Leyes vigentes tanto en el orden federal como en el común, han adoptado la Institución del Ministerio Público, pero esa adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquel, tiene carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia. Los jueces mexicanos han sido, durante el periodo corrido desde la consumación de la independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial, ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas; a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza las funciones de la judicatura.

La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces, que ansiosos de renombre, veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes y en otra contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando en sus inquisiciones ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley. La nueva organización del Ministerio Público, a la vez que evitará ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, DEJANDO EXCLUSIVAMENTE A SU

CARGO LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS, LA BUSCA DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN, que ya no se hará por procedimientos atentatorios. Y LA APREHENSIÓN DE LOS DELINCUENTES. Con la Institución del Ministerio Público, tal como se propone la libertad individual quedará asegurada; porque según el artículo 16, nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirla sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige”.

De acuerdo con esas intenciones quedo redactado el artículo 21 de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos, de 5 de febrero de 1917, que en su parte conducente dice: “La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad y mando inmediato de aquel, compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policia.” Las propias ideas quedaron ampliadas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de la Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito y Territorios Federales, expedida el 9 de septiembre de 1919 por el Presidente Carranza, siendo de notarse especialmente los términos en que esta concebido el artículo 2 citado, que ordena:

“Toda querrela por delitos o faltas de la competencia de los Tribunales del orden común y toda consignación que se haga por las autoridades que tengan conocimiento de una infracción penal, se hará precisamente al Ministerio Público, para que éste recogiendo con toda prontitud y eficacia de los datos necesarios para la comprobación del delito y determinación de los

responsables que de él formule desde luego la acusación correspondiente, pidiendo aprehensión de los culpables, sino hubieren sido detenidos en flagrante delito, que se le cite, cuando dicha aprehensión no sea procedente."

En virtud de las disposiciones legales citadas y tras varias reformas de la misma Ley Orgánica, la Institución del Ministerio Público conservo su calidad de cuerpo orgánico social, con el Procurador de Justicia a la cabeza para su dirección y unidad, y dependiente del Ejecutivo Federal; substancialmente de modo igual en esos aspectos, a como fue establecida desde la Ley Orgánica del Ministerio Público dejó de ser miembro de innovaciones se advierten que el Ministerio Público dejó de ser miembro de la policía judicial, lo mismo que todos los otros funcionarios que antaño la integraban: jueces, inspectores de policía, comandantes, etcétera; para convertirse en el Ministerio Público en el único cuerpo encargado de la persecución e investigación de los delitos y delincuentes, ayudados en su empresa por un cuerpo subalterno de agentes de policía a sus ordenes, llamado policía judicial.

Como consecuencia inmediata de una garantía constitucional, ningún Juez puede de oficio como anteriormente acontecía ni iniciar una averiguación criminal ni proseguirla ni menos aun fallarla, sin petición expresa concreta del Ministerio Público. Si cualquier Juez procediere en forma distinta violaría la garantía del artículo 21 Constitucional y daría lugar al juicio de amparo en que el quejoso obtendría de la justicia federal la protección correspondiente de la justicia federal.

Además conforme a la nueva organización del Ministerio Público debe estar en su calidad de parte recoger todas las pruebas de comprobación de los delitos y determinaciones de sus autores, para presentarlas al Juez que instruya la causa; y solicitar de él las ordene de aprehensión que estime correspondientes sin cuyo requisito le esta vedado obrar al Juez.

Para indicar sistemáticamente que parte del sistema establecido por la Ley Orgánica de 1903, a perdurado conforme a la nueva legislación y que novedades se han introducido en el sistema se puede decir en concreto que el Ministerio Público sigue siendo un cuerpo orgánico social. con unidad y dirección, encargado del ejercicio de la acción pública; que es una parte en el procedimiento, representante de los intereses de la sociedad, como una prolongación o dependencia del ejecutivo federal; y que tiene a sus ordenes a la policía común, para el ejercicio de la acción persecutoria. Los nuevos caracteres adquiridos por la Institución se pueden resumir diciendo que el Ministerio Público tiene con exclusión de cualquiera otra autoridad el ejercicio de la acción penal desde la consignación oficial de los hechos delictuosos, la busca y presentación de las pruebas al Juez instructor, y la petición de aprehension de los probables responsables hasta la acusación definitiva del delincuente.

Esta labor está engida en garantía constitucional, de manera que el Juez que en cualquier acto del procedimiento proceda de oficio, violará esa garantía y dará

lugar al juicio de amparo. La Policía Judicial ha dejado de pertenecer al Poder Judicial, para tornarse en un cuerpo burócrata de agentes, a las ordenes directas del Ministerio Público. Los funcionarios que integran esta Institución deben practicar las primeras diligencias de averiguación, a fin de lograr la comprobación del delito y determinación de los responsables, como labor genuina y en contraposición al sistema anterior, que sólo les obligaba a practicar esas diligencias de manera excepcional. Finalmente ningún Juez puede mandar aprehender a persona alguna directamente, debiendo valerse al efecto del Ministerio Público que llevará a cabo la aprehensión bien por medio de la policía judicial o por la común.

SU NATURALEZA.

Al Ministerio Público se le concede una atribución y obligación constitucional, consistente en la investigación y persecución de los delitos. La anterior afirmación tiene una doble función, una preprocesal y otra procesal, esto es, por una parte, de investigación en la averiguación previa, para lo cual se auxiliará de la policía judicial y por la otra tiene una función acusatoria, es decir, en caso de que exista la probable responsabilidad de los sujetos

Sin embargo, el punto sobre el que hay que partir nace de qué clase de órgano es el Ministerio Público, es decir o jurisdicente o administrativo. Para el que suscribe, fuera de cualquier análisis exegético, se traduce en una categórica respuesta de

que el Ministerio Público es una autoridad administrativa que dentro del procedimiento penal tiene una doble función, esto es, en principio de investigación y posteriormente de acusación.

La razón por la que no se puede considerar al Ministerio Público como un "órgano jurisdiccional o cuasijurisdiccional"³⁵.

Es por que las posibles decisiones o toma de postura que adopte la autoridad administrativa no dista en nada de las actividades de las partes dentro de un proceso. Además en su carácter de autoridad investigadora todas las resoluciones que tome son perfectamente impugnables ante el órgano jurisdiccional por cualquiera que fuere afectado.

Además, por mucho que busquemos o rebusquemos, dicha institución no tiene características de absoluta independencia e imparcialidad, toda vez que forma parte del poder ejecutivo y aun cuando a lo largo del tiempo se ha intentado dar una serie de dotes de súper institución que abarca todo lo imaginable y se convierte metamorfoicamente de autoridad investigadora en parte acusadora y de posición activa en autoridad supervisora, con una omnifunción de supervisor de la legalidad. Ello no lo convierte en un órgano jurisdiccional ni cuasijurisdiccional, pues carece de aquel poder de decisión que permite juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, por el contrario, el Ministerio Público es un investigador y persecutor de

³⁵ Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho Procesal Penal*, Edit. Harla, México, 1999, pág. 159.

los hechos delictivos que se encuentra legitimado como tal por su carácter de representante social.

En efecto, se puede afirmar que el Ministerio Público reúne los requisitos de jerarquía o unidad, indivisibilidad, insustituibilidad, pero no de independencia, esta carencia implica lo siguiente: la facultad de decisión lleva por necesidad a la imparcialidad de quien la emite y la imparcialidad de quien la emite y la imparcialidad, a su vez, se nutre de la independencia, siendo que ésta se forma de la exclusiva sujeción a la ley y no así de la dependencia de personas o instituciones que pueden influir en sus determinaciones. En otras palabras, el Ministerio Público carece de facultad de decisión por no tener las características necesarias de plena independencia, imparcialidad y única y exclusiva sujeción a la ley.

Resumiendo esta figura tan importante dentro de nuestro derecho procesal penal mexicano, es de singular trascendencia, por lo que debemos aterrizar que se trata de una Autoridad administrativa dependiente del Poder Ejecutivo encargada de llevar a cabo la investigación de los delitos, representar a la sociedad, solicitar se de inicio a proceso penal, ser parte en el proceso y pedir la aplicación de la penal al Juez, de lo que se puede ver que dicha autoridad en su actuar comprende diversos aspectos que la convierten según dice el procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo en "una institución de cometidos múltiples, administrativos unos, procesales: Si en la figura mucho más homogénea del juzgador, no toda su

actividad es jurisdiccional, con mayor motivo habrá de destacar la posibilidad de una caracterización única o unitaria respecto al Ministerio Público.³⁶

Al respecto y para una mejor comprensión de la presente Institución se cita las interpretaciones que al respecto ha formulado nuestro Máximo Tribunal:

MINISTERIO PÚBLICO, CARACTER DEL, EN EL PROCESO Al Ministerio Público corresponde una doble personalidad, según las funciones que ejerce la de autoridad y la de parte litigante; y en el procedimiento criminal esa doble personalidad está bien marcada según el estado de proceso. Si como agente investigador, encargado de practicar las primeras diligencias tendientes a la comprobación del cuerpo del delito y la responsabilidad penal del inculcado, el representante del Ministerio Público tiene el carácter de autoridad facultada hasta para dictar órdenes de aprehensión o para proceder a la detención del presunto responsable, en los términos señalados por el artículo 41 de la Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito Federal, deja de tener tal carácter de autoridad cuando, practicadas esas primeras diligencias, las consigna al Juez instructor ejerciendo al mismo tiempo la acción penal correspondiente, porque desde ese momento se convierte en parte litigante en el proceso; y estando ya el proceso bajo la jurisdicción de un Juez, las declaraciones de prescripción de la acción penal hechas por el Ministerio Público, solo pueden tener el carácter de apreciaciones hechas por el representante de una de las partes, siendo la mejor demostración de este aserto, el hecho de que el agente del Ministerio Público haya tenido que ocurrir ante el Juez en solicitud de que este funcionario declarase que la acción penal ejercida estaba prescrita.

Amparo penal en revisión 5695/45 Madrazo Miguel, sucesión de 6 de junio de 1946 Unanimidad de cuatro votos Ausente: José María Ortiz Trado. La publicación no menciona el nombre del ponente.

³⁶ Silva Silva, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, Edit. Harla, México, 1999.

Amparo directo 8020/80. Elba Bourillón Roussel. 25 de marzo de 1982. Mayoría de cuatro votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez.

De lo anterior se colige que el Ministerio Público es una autoridad multifacética que para su mejor identificación y comprensión de la misma se deben de estudiar sus principios y funciones que es el siguiente punto de la presente investigación.

PRINCIPIOS Y FUNCIONES.

Para cumplir con su cometido el Ministerio Público debe de ceñirse a los principios que le marca la Constitución y las normas que de ella emanan, siendo los más importantes los siguientes:

PRINCIPIO DE INICIACIÓN.- consistente en que si no hay denuncia o querrela el Ministerio Público no puede actuar.

PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD.- Una vez hecha la denuncia el Ministerio Público debe de actuar hasta saber si hay elementos para ejercitar la acción procesal penal.

PRINCIPIO DE UNIDAD.- El Ministerio Público es uno solo, lo que se corrobora con las siguientes interpretaciones que al respecto ha formulado la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 65 Segunda Parte

Página: 23

MINISTERIO PÚBLICO, UNIDAD DEL ACCIÓN EJERCITADA POR EL DIRECTOR GENERAL DE AVERIGUACIONES PREVIAS. El Director General de Averiguaciones Previas forma parte del personal del Ministerio Público Federal y dicho puesto es desempeñado por un agente del Ministerio Público Federal, auxiliar, conforme lo establece el artículo 4o., fracción IV de la Ley Orgánica de la propia Institución, y siendo esta una unidad, cualesquiera de sus miembros que tengan el carácter de agentes del Ministerio Público a que se refiere el citado artículo 4o., está en aptitud legal de perseguir los delitos, haciendo las consignaciones necesarias y ejercitando la acción penal correspondiente, con independencia de las atribuciones que por razones administrativas les otorgan los artículos específicos de la ley en cita

Amparo directo 69/74. Oziel Tamez Guajardo. 3 de mayo de 1974. 5 votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F.

Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXXXVI

Página: 1603

MINISTERIO PÚBLICO Si bien es cierto que el Ministerio Público es una institución única, en la cual todos sus miembros deben obrar de consumo, cuando se trata de la misma función, también lo es que respecto a funciones y jurisdicciones diversas como el ejercicio de la acción penal, que da al Ministerio Público del orden común carácter de parte en el proceso y permite al Ministerio Público Federal ser parte en el juicio de garantías, tal unidad no se destruye por el hecho de que este último formule pedimento favorable al quejoso, ni menos ese acto implica un desistimiento de la acción penal ejercitada por el Ministerio Público del orden

común, dado que una y otra funciones son completamente diversas y provienen de Instituciones con jurisdicciones propias y de ámbito distinto.

Amparo penal en revisión 1600/45. Rubio Esquivel Jesús. 4 de diciembre de 1945. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Carlos L. Ángeles. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Quinta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LX

Página: 2615

MINISTERIO PÚBLICO, COMO DEBE ENTENDERSE LA UNIDAD DE LA INSTITUCIÓN DEL. La unidad del Ministerio Público no es óbice para establecer la ilegalidad de una gestión desautorizada por parte de alguno de sus miembros, ni impide que la institución pueda impugnarla, principalmente porque esa unidad debe entenderse dentro del orden de la ley, ya que, de otra manera, no podrían perseguirse los delitos oficiales que cometieren los agentes del Ministerio Público; aparte de que la propia unidad no es obstáculo para que en el desarrollo de los negocios, el Ministerio Público cambie de criterio y sostenga en una etapa del juicio, un punto de vista distinto del expresado con anterioridad.

Amparo civil directo 1164/38. Torres Jacinto, sucesión de. 29 de junio de 1939. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.- Debe de ser oportuno, debe de acudir al lugar del delito para recoger los vestigios oportunamente. Acudir con oportunidad.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.- Su actuar no debe de apartarse de las normas jurídicas que fundamentan su actividad, es el que con más celo debe cumplir con la Ley.

PRINCIPIO DE IRRECUSABILIDAD.- Porque dentro de su actuar como Institución nada se opone a que sean recusados sus agentes.

Dentro de las funciones con las que debe de cumplir esta Autoridad se destacan las siguientes:

FUNCIÓN DE INVESTIGACIÓN.- Es la única Institución encargada de investigar los delitos. Por mandato del artículo 21 constitucional, le corresponde única y exclusivamente al Ministerio Público la investigación de los delitos, ya que tiene el monopolio de la acción penal.

FUNCIÓN DE PERSECUCIÓN.- Con base en la cual persigue al delincuente, así como las pruebas necesarias para acreditar los hechos y la personalidad de quien los realiza, como lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Quinta Epoca

Instancia Primera Sala

Fuente Semanario Judicial de la Federación

Tomo. CIV

Página 1529

MINISTERIO PÚBLICO, FUNCION PERSECUTORIA DEL De conformidad con el artículo 21 constitucional, incumbe al Ministerio Público la persecucion de los delitos. La obligación del precitado funcionario no debe entenderse limitada al proceso en el cual ejercita la acción penal, y ante el tribunal de apelación en su caso, sino ante todos los tribunales ordinarios y constitucionales, y mediante el uso de todos los recursos que le conceden las leyes, ya que la disposición constitucional no establece limitación alguna al respecto.

Amparo penal en revision 10021/49. Gonzalez Abelardo, Jr. 2 de junio de 1950. Mayoría de tres votos. Disidentes: José Rebolledo y Luis G. Corona. La publicación no menciona el nombre del ponente.

FUNCIÓN DE ACUSACIÓN.- Única Institución que puede acusar de haber cometido un delito y se materializa en el momento en que el Ministerio Público formula conclusiones acusatorias al final de la instrucción, ya que si realiza otro tipo de conclusiones que no sean acusatorias, no estará acusando, sirve de sustento la interpretación que al respecto ha formulado nuestro Máximo Tribunal:

Quinta Época

Instancia Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXVII

Página: 1358

MINISTERIO PÚBLICO, EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL. Como conforme al artículo 21 de la Constitución Federal, el ejercicio de la acción penal es función propia y privativa del Ministerio Público en la persecucion de los delitos cualesquiera de sus fases de investigación persecutoria o acusatoria; la actividad de un Juez que ordene sin pedimento del Ministerio Público una aprehensión y secuestro de propiedades del quejoso, resulta oficiosa y,

consecuentemente, violatoria de las garantías constitucionales, por los que es procedente conceder el amparo, sin que obste en contrario el Ministerio Público haya turnado al Juez el expediente para la comprobación del cuerpo del delito, pues esto no puede considerarse como el ejercicio de la acción penal.

Amparo penal en revisión 7558/40. Montes Juan José y coagraviados. 12 de febrero de 1941. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

FUNCIÓN DE REPRESENTACIÓN SOCIAL.- Representa a la sociedad, por tal circunstancia al realizar su investigación debe de tratar en igualdad de circunstancias al ofendido u ofendidos, así como al indiciado o indiciados, ya que todos formamos parte de la sociedad y como autoridad no debe de tener preferencia por ninguno de ellos.

SUS AUXILIARES

El Ministerio Público para dar cabal cumplimiento a lo establecido por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se apoya en otras autoridades, peritos en diversas materias y oficios, policía "judicial", policía preventiva entendiéndose por esta en general en nuestra ciudad todos los elementos de la Secretaría de Seguridad Pública.

POLICÍA JUDICIAL.- Esta mal llamada policía "judicial", que aun sigue manteniéndose en el texto de nuestra legislación adjetiva penal tanto federal como local, aunque no encuentra sustento legal alguno debido a que no pertenece al

poder judicial, ni es dependiente en forma alguna de dicho poder, es la encargada en primer término de auxiliar al Ministerio Público en la averiguación de los delitos.

SERVICIOS PERICIALES.- Para una mejor determinación de las averiguaciones previas, el Ministerio Público se apoya a nivel local, en la Coordinación General de Servicios Periciales, la cual cuenta con personas entendidas en alguna ciencia o arte que puede ilustrar al Agente del Ministerio Público acerca de los diferentes aspectos de la realidad, de igual forma las Procuradurías locales y la federal cuentan con peritos, además para el caso de no contar con los peritos habrán de apoyarse de peritos externos ya sea de oficio o a petición de la parte que los ofrezca.

POLICÍA PREVENTIVA.- Que es la policía preventiva dependiente de la Secretaría de Seguridad Pública, llámense policía auxiliar, policía bancaria etc. y aunque en algunos de los Estados tiene otras denominaciones cumple con la misma función de auxiliar al Ministerio Público, además de la recién creada Policía Federal Preventiva, que no solo auxilia al Ministerio Público de la Federación, sino que al igual lo hace con el Ministerio Público local.

LAS DEMÁS AUTORIDADES.- Es el caso de todas las autoridades ya sea locales, municipales o federales, quienes están obligadas por ley a apoyar al Ministerio Público proporcionando informes que obren en sus archivos u opiniones acerca de asuntos que se les pongan en su conocimiento, siendo éste último caso

las secretarías de salud tanto federal como locales, así como la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en tratándose de delitos en los que se hayan relacionados médicos.

OTROS.- En este apartado podemos colocar a personas físicas, personas morales, ya sea asociaciones civiles, de asistencia privada, no gubernamentales, sociedades mercantiles, etc. consulados, embajadas, policías internacionales (interpol), que están obligadas a auxiliar al Ministerio Público en la averiguación de los delitos, ya sea proporcionando informes que obren en sus archivos o en cualquier otra forma para llevar a cabo la investigación de un delito

AUXILIARES DEL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL

Para el desarrollo de las funciones que son de su responsabilidad, la institución del Ministerio Público requiere de apoyos dentro y fuera del territorio nacional, en las extensiones y casos que la legislación relativa lo autoriza.

Es así que encontramos, en primer término el artículo 21 Constitucional que señala: "... La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. ...". Esta es la forma en que la referencia a la policía investigadora ha quedado contemplada en la Constitución, con una apertura que se presta a demasiadas variantes por lo cual, como veremos adelante, se han generado diferentes denominaciones para una misma institución.

El artículo 19 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de mayo de 1996, señala que son auxiliares del Ministerio Público de la Federación:

- A) Directos y por ello integrados a la institución, la policía judicial federal y los servicios periciales.
- B) Suplementarios, los siguientes:
 - a) Los agentes del Ministerio Público del fuero común y de las policía judicial y preventiva, en el Distrito Federal y en los estados de la República, previo acuerdo entre las autoridades federales y locales, en los términos del artículo 12, fracción II de la presente Ley.
 - b) Los cónsules y vicecónsules mexicanos en el extranjero;
 - c) Los capitanes, patronos o encargados de naves o aeronaves nacionales; y
 - d) Los funcionarios de las dependencias del Ejecutivo Federal, en los casos a que se refiere el artículo 31 de esta ley.

El Ministerio Público de la Federación ordenará a actividad de los auxiliares suplementarios, en lo que corresponde exclusivamente a las actuaciones que practiquen en auxilio de la institución.

AUXILIARES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL DISTRITO FEDERAL

Al respecto en el Distrito Federal señala el artículo 23 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, publicada el 30 de abril de 1996 en el Diario oficial de la Federación:

"ARTICULO 23. Son auxiliares directos del Ministerio Público del Distrito Federal:

- I. La Policía Judicial; y
- II. Los Servicios Periciales.

Igualmente, auxiliarán al Ministerio Público, en los términos de las normas aplicables, la Policía del Distrito Federal, el Servicio Médico Forense del Distrito Federal, los servicios médicos del Distrito Federal y, en general, las demás autoridades que fueren competentes.

AUXILIARES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL ESTADO DE MÉXICO

Al respecto señala la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, de fecha 2 de abril de 1996, en su artículo 18.

"Artículo 18. Son auxiliares del Ministerio Público:

- I. Los síndicos municipales; y
- II. Los cuerpos de seguridad pública estatal y municipales."

El anterior precepto en forma limitativa deja fuera a los servicios periciales, la policía judicial, el servicio médico forense estatal y la policía estatal del estado, entre otras autoridades.

CAPÍTULO III

INTEGRACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN

Este procedimiento penal llamado también de investigación, da inicio con el conocimiento que tiene el Ministerio Público de un delito, una vez que tiene conocimiento procede a la averiguación del delito hasta llegar a la determinación de consignación de los hechos al Juez, con detenido o sin detenido o de lo contrario proponer el no ejercicio de la acción penal definitivo o provisional a nivel local, o reserva y archivo a nivel local y federal o puede darse el caso de que no tenga competencia para conocer de los hechos, supuesto en el cual debe de remitir las actuaciones al Ministerio Público competente para realizar la investigación.

Ya se ha dicho que dicha averiguación previa da inicio con la noticia que tiene el Ministerio Público de haber ocurrido un delito, dicha noticia se formaliza al existir una denuncia de parte de cualquier persona que pone en conocimiento del Ministerio Público hechos delictivos y tratándose de delitos perseguibles a petición de parte, es necesario para dar inicio a la investigación del delito la querrela, que habrá de ser formulada por el ofendido del delito su representante jurídico, es decir, el Ministerio Público no puede proceder a dar inicio a la averiguación previa sin antes haberse allegado del requisito de procedibilidad correspondiente a los hechos delictivos que se le ponen en su conocimiento.

Además de la denuncia o querrela, debemos de mencionar la excitativa que es "la petición que hace el representante de un país extranjero para que proceda legalmente en contra de quien ha proferido injurias al gobierno que representa o a sus agentes diplomáticos. Esta excitativa de justicia opera cuando se manifiesta que una autoridad no está procediendo en la vía y forma legal."³⁷

La autorización, es la anuencia otorgada por los representantes de organismos o autoridades competentes, en los casos expresamente previstos en la ley, para la prosecución de la acción penal.

Atendiendo a la cualidad o especial situación del supuesto sujeto activo del delito, es necesario satisfacer ese requisito para proceder en su contra, pero es evidente que no lo será para que se inicie la preparación de la acción penal, aunque sí para proseguirla; tal es el caso del desafuero de los diputados, del permiso del superior para proceder en contra de un Magistrado, Juez, Senador, etc.

En la investigación de los delitos a través de la averiguación previa, se deberá de tratar de confirmar la existencia del tipo delictivo y la probable responsabilidad de su autor, aunque como bien dice el profesor Jorge Alberto Silva Silva, en dicha etapa también se cumplen otros cometidos establecidos en la Ley que norma la actuación del Ministerio Público, tales como "asistencia a damnificados, aplicación

³⁷ Martínez Gamelo, Jesús. La Investigación Ministerial Previa, Edit. Porrúa, México, 1998, pág. 314

de medidas cautelares, realizar investigación, desahogo de medios probatorios, ordenar inhumaciones y documentar actuaciones".³⁸

Actualizados los requisitos de procedibilidad, es decir, denuncia, querrela, excitativa y autorización dependiendo de los que señale la Ley al respecto, se da inicio a los actos de investigación por parte del Ministerio Público. Pero ¿qué es realmente la averiguación?, esto es, ¿consistirá en preparar el ejercicio de la acción penal, o bien, si se trata de investigar acerca de la viabilidad o razonabilidad del futuro juicio?

Lo que sucede en otros campos del derecho como es el caso del civil, cuando alguien pretende ejercer acción civil contra otra persona, se tienden a realizar ciertos actos de preparación en los que se pueda sustentar dicha acción. Por el contrario, en "el procedimiento penal, derivado de la naturaleza de la materia, se trata de preparar tanto la acusación como la defensa y la autoridad observará los elementos que aporten ambas posiciones para poder determinar sobre la viabilidad de entrar a un futuro juicio"³⁹

Debiendo de acreditar los extremos que establece el artículo 122 del Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal, mismos que servirán de base para el ejercicio de la acción penal y a su vez el juzgador examinará si dichos

³⁸ Silva Silva, Jorge Alberto, Op. Cit., pag. 253

³⁹ Dagdag Kalife, Alfredo, Las condiciones adecuadas para llevar a cabo la averiguación previa, Revista Lex, 3ª Época, Año VI, marzo 2001, número 69, pág. 31

extremos se encuentran cubiertos, por lo que se pasa al estudio de dichos extremos en el siguiente apartado.

El cuerpo del delito y la presunta responsabilidad penal.

Cuerpo del delito.- Ya se ha dicho en líneas arriba que una de las finalidades de la averiguación previa es acreditar tanto el cuerpo del delito (antes elementos del tipo penal) y la presunta responsabilidad o probable responsabilidad de inculpado, ya que nuestra averiguación previa al ser la base del procedimiento penal, "la misma debe de estar conformada por un elemento ineludible e indefectible que lo es la comprobación del cuerpo del delito y, consecuentemente, como presupuesto de ello, la presunta responsabilidad. Una averiguación previa defectuosa o carente de tal elemento, no obstante presumirse la responsabilidad del inculpado, la consideración que haga el Ministerio público sobre aquélla, la indagatoria resulta deleznable a la luz del derecho y ello trae como consecuencia que al interponerse el recurso de amparo en contra de la orden de aprehensión o auto de formal prisión, se obtenga el amparo y protección de la justicia federal."⁴⁰

En 1993 se reformaron los artículos 16 y 19 de nuestra Carta Magna, con el propósito de relevar el concepto de cuerpo del delito por la noción de elementos del tipo penal. El cambio desde el inicio de las discusiones para la reforma se predecía innecesario y al materializarse la reforma resultó ser perturbados. Se

⁴⁰ De la Cruz Agüero, Leopoldo, op. cit. Pág. 175

adujeron diversas consideraciones doctrinarias e incluso practicas, para justificar la reforma. Al cabo de los años, el Constituyente Permanente resolvió el retorno a la noción de cuerpo del delito, al respecto en forma conjunta se han pronunciado los profesores Victoria Adato Green y Sergio García Ramírez "el proceso de rectificación ha sido largo y accidentado; comenzó con una iniciativa del 9 de diciembre de 1997, cuya exposición de motivos reconoció el desacierto cometido en 1993 y propuso reelaborar la alusión a los elementos del tipo penal, reduciéndola a solamente los elementos objetivos del tipo. Por supuesto, esta sugerencia reducía drásticamente los derechos del individuo-en el marco de una inquietante tendencia a suprimir o reducir las garantías constitucionales- y generaba riesgos evidentes para la seguridad jurídica y la justicia."²¹

El cuerpo del delito constituye una de los dos categorías que impone abordar el artículo 19 de nuestra Carta Magna; tema que por décadas ha sido motivo de disertaciones y aún así no deja de ser apasionante ya que sigue teniendo diversos problemas en su aplicación; debido en parte, a una inadecuada legislación, en algunos casos se presenta una resistencia al cambio, es decir, negación para aceptar otra sistemática penal y nuevos conceptos, y en algunos otros, debido a la aplicación por costumbre de resoluciones (sin reflexión alguna).

Al respecto la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado

²¹ Adato Green, Victoria y García Ramírez, Sergio, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, Edit. Porrúa, México 1999.

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, XLIV

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 dolo 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 a 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 trescientos cincuenta y uno y trescientos cincuenta y dos.

Amparo directo 6698/60 Jose Zamora Mendoza. 16 de febrero de 1961. Cinco votos.

Ponente: Juan José González Bustamante.

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, XVII

Página: 77

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CUERPO DEL DELITO. El cuerpo del delito no es otra cosa que la comprobación de los elementos materiales integrantes de la figura delictiva, sin consideración a los

medios que se empleen para la demostración, con tal de que no estén prohibidos por la ley.

Amparo directo 2677/58 Juan Villagrana Hernández. 26 de noviembre de 1958. Cinco votos. Ponente: Luis Chico Goerne

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte. VI

Página: 29

CUERPO DEL DELITO (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO) Es cierto que el artículo 126 párrafo segundo, del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, establece como regla genérica que el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando este justificada la existencia de los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso, según lo determina la Ley Penal, salvo los casos en que tenga señalada una comprobación especial, pero dicha disposición no tiene el carácter de una regla absoluta y cuando no es posible comprobar el cuerpo del delito por sus elementos materiales, puede recurrirse a las demás reglas que establecen los artículos 132 y 133 del mismo ordenamiento. Por otra parte, es natural que se deje a los ordenamientos procesales describir las reglas genéricas y específicas para la comprobación del cuerpo del delito, ya que la Constitución Política de la República solo comprende las esenciales que son necesarias para preservar la legalidad del acto jurisdiccional, y si se recurre a otras reglas diferentes de la genérica, no existe violación de garantías.

Amparo directo 3684/53 Teodoro Contreras. 10 de diciembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VIII, Septiembre de 1998

Tesis: III 2o P.34 P

Página: 1155

CUERPO DEL DELITO. PARA SU COMPROBACIÓN NO DEBEN CONSIDERARSE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE PREVÉ LA LEGISLACIÓN FEDERAL, CUANDO EL ACTO RECLAMADO SE DICTÓ POR UN JUEZ DEL FUERO COMÚN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COLIMA) Los artículos 112 y 119 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Colima, en vigor, que a la letra dicen "112 En todos los casos de robo y abigeato el cuerpo del delito se justificara por los medios siguientes: I Por la comprobación de los elementos materiales del delito II Por la confesión del inculcado, aun cuando se ignore quien es el dueño de la cosa materia del delito, III Por la prueba de que el acusado ha tenido en su poder alguna cosa que, por sus circunstancias personales no hubiere podido adquirir legítimamente, si no justifica su procedencia IV Por la prueba de la preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa materia del delito V Por la prueba de que la persona ofendida se hallaba en situación de poseer la cosa materia del delito, que disfruta de buena opinión y que hizo alguna gestión judicial o extrajudicial para recobrar la cosa robada Estas pruebas serán preferidas en el orden numerado en que están colocadas, aceptándose las posteriores solo a falta de las anteriores " y "119 El cuerpo de los delitos que no tenga señalada prueba especial, se justificara por la comprobación de los elementos materiales de la infracción " Ahora bien, si el acto reclamado consistió en la orden de aprehensión dictada por el Juez del fuero común del Estado de Colima, las circunstancias que deben considerarse para comprobar el cuerpo del delito serán las de la normatividad local, ya que del texto de los artículos del código procedimental para el Estado de Colima, reseñados con antelación, se advierte que esta legislación no señala que para comprobar el cuerpo del delito, deban considerarse las circunstancias que prevé

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

la legislación federal, en virtud que el citado ordenamiento local establece de manera específica los requisitos para tener por acreditado el tópic en cuestión

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 197/96. Agente del Ministerio Público Federal adscrito al Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Colima 29 de agosto de 1996. Unanimidad de votos
Ponente: Hugo Ricardo Ramos Carreón. Secretario José de Jesús Vega Godínez

El delito, en tanto acto típico, está constituido, según Mezger, por tres elementos, que son: a) objetivos; b) subjetivos y c) normativos. De manera general debe observarse que son elementos objetivos del tipo todos aquellos elementos descriptivos que el mismo contiene y que por su naturaleza material y externa puede conocer el juez con los sentidos. Por cuanto a los elementos subjetivos se refiere, es posible definirlos diciendo que son aquellos elementos también descriptivos contenidos en el tipo y que atañen a la persona del agente.

Finalmente son elementos normativos los que contiene el tipo, refiriéndolos a una norma jurídica o de valoración, por ejemplo, el elemento bien mueble, en el robo, que se determina por el juez en cada caso concreto, en función de la norma civil que dice cuáles son los bienes muebles. Ahora bien, si se tiene en cuenta que de las tres clases de elementos del tipo, sólo es factible llamar con propiedad "materiales" a los "objetivos", concluiríamos que el cuerpo del delito sólo está constituido por semejantes elementos objetivos, con exclusión absoluta de los subjetivos y normativos. Mas si analizamos la jurisprudencia citada, caemos en cuenta que sólo excluye del cuerpo del delito los elementos que se refieren a la

culpabilidad, elementos que con amplio sentido, aun cuando no son técnica penal correcta, podríamos denominar subjetivos, lo que equivale a decir que el concepto mexicano "elementos materiales" a que aludimos cuando se trata del cuerpo del delito, comprende los elementos "objetivos" o "materiales" propiamente hablando y además los elementos "normativos". Lo anterior se corrobora teniendo presente que en el caso del robo, al acreditar su cuerpo mediante la justificación de sus elementos constitutivos, no solo se demuestra la existencia del "apoderamiento" y del "objeto" o "cosa" robada, que son 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 estos de indiscutible carácter normativo: En consecuencia puede aseverarse que "como regla general el cuerpo del delito lo constituyen, desde luego, los elementos materiales y normativos contenidos en su definición, descripción o tipo legal; pero con esto no se agota el análisis del concepto "cuerpo del delito" en función del tipo"⁴²

Probable o presunta responsabilidad.- Por cuanto a la presunta o probable responsabilidad se refiere en la Averiguación Previa, este aspecto ha sido un hecho que nos inquieta sobremanera por la siguiente razón.

¿Por qué argumenta el Ministerio Público en su determinación que en el caso de que se trata se encuentran comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado y el Juez esgrime otro criterio al determinar si decreta orden de aprehensión o no, o bien, si dicta auto de formal prisión o de

⁴² Franco Soth. Carlos. El cuerpo del delito y la teoría de la tipicidad. Revista de Ciencias Penales Criminología. Año VIII, número 7, Mexico, 1942.

libertad por falta de elementos para procesar? ¿Quién de los funcionarios encargados de administrar o impartir justicia tiene o no la razón? ¿Acaso en la actualidad el Ministerio Público se encuentra en total quiebra? ¿Ha fallado la institución o las personas físicas que la representan? ¿Es necesario un estudio y transformación de la Institución del Ministerio Público, radicalmente, para que la sociedad toda cuente con una Representación digna de crédito?

Hemos visto con suma tristeza como esta Institución ha sido calificada de inepta y corrupta, solo por mencionar algunos de los calificativos que la sociedad le ha impuesto, ya que no se puede ocultar que dicha Institución ha sido calificada injustamente debido a que en la práctica se dan múltiples casos en que hasta el más ignorante en el conocimiento del Derecho Penal logra, mediante el juicio de amparo, echar por tierra una averiguación del Ministerio Público, aunque sólo en algunos casos esto suceda por la falta de conocimiento del Ministerio Público, ya que también es de todos bien sabido que al igual la corrupción e ineptitud ha transgredido las esferas de la impartición de justicia.

Pero retomando el tema, por lo que hace a la comprobación o demostración de la probable responsabilidad del inculpado se trata en la Averiguación Previa, tal deducción no causa problema alguno una vez que se ha comprobado el cuerpo del delito con todos sus elementos materiales u objetivos.

En efecto, cuando en la especie se trata del delito de homicidio, bastan los siguientes requisitos para tener por demostrada la presunta o probable responsabilidad:

- a) Previamente la comprobación de los elementos materiales u objetos del cuerpo del delito de homicidio, como lo son: La fe ministerial y descripción de cadáver, las lesiones que presenta, el certificado de autopsia, en el que se determinarán las lesiones, el estado que guarda el cadáver y las causas que originaron la muerte.

- b) El señalamiento directo en contra del inculpado como el autor material del delito, quien infringió las lesiones que causaron la muerte, formuladas por pariente del occiso;
- c) La imputación directa formulada en contra del inculpado por testigos presenciales de los hechos;
- d) Por la confesión del inculpado de ser el autor material del hecho delictuoso que se le imputa.

Con los diversos elementos de convicción relacionados anteriormente y concatenados de una manera lógica y natural, queda plenamente comprobado el cuerpo del delito con sus tres elementos, a saber: La conducta, el Resultado y el Nexo de Causalidad que une a la conducta con el resultado y este atribuible a la acción del sujeto activo, o sea al inculpado

"La probable responsabilidad suele asociarse a las hipótesis que establece el Título primero, capítulo III: "De las personas responsables de los delitos" del Código Penal, esto es, a las formas de la participación en el delito. No son sinónimas estrictamente, pues, la responsabilidad que requiere el enjuiciamiento y la que postula el Derecho Penal Sustantivo, que encierra mayores datos que aquélla: La existencia de esta última quedará contemplada en la sentencia, cuyo propósito es, precisamente, declararla y establecer sus consecuencias"⁴³

⁴³ Adato Green, Victoria y García Ramírez, Sergio, *ob. cit.*, pag. 315.

A mayor ilustración del tema se citan los pronunciamientos que al respecto ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IX, Junio de 1999

Tesis: P. L/99

Página: 11

PRUEBAS PARA ACREDITAR LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y LA RESPONSABILIDAD. EL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO VIOLA LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD CONSAGRADA POR EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El artículo 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que faculta al Juez a emplear los medios de prueba que estime convenientes para acreditar los elementos del tipo y la presunta o plena responsabilidad de una persona no contraviene el principio de imparcialidad contenido en el artículo 17 constitucional, pues, precisamente esta posibilidad de que el juzgador emplee las pruebas que sean necesarias para esclarecer la verdad material y formal, tiene como finalidad que pueda emitir un fallo encaminado a alcanzar el ideal de equidad y justicia, sin que ello signifique que se sustituya o invada la órbita del Ministerio Público, institución a la que por mandato constitucional le corresponde la persecución de los delitos, en tanto que acorde a los principios de división de la carga procesal, la autoridad judicial se encuentra imposibilitada para mejorar en forma oficiosa la acusación, pues de lo contrario el sistema procesal pasaría de acusatorio a inquisitorio, convirtiéndose en Juez y parte al mismo tiempo. En efecto, dicho precepto no tiene como propósito que el juzgador se valga de todos los medios de prueba que tenga a su alcance para justificar el dictado de un auto de sujeción a proceso o formal prisión o bien, una sentencia de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

condena, sino allegarse y emplear los elementos de prueba que estimo conducentes para resolver lo que en derecho proceda, lo que incluso puede repercutir en beneficio del propio acusado quien se podria ver favorecido por un auto de libertad por falta de elementos o bien por una sentencia absolutoria.

Amparo directo en revision 666/97 Jesús Vazquez Quevedo 22 de marzo de 1999
Unanimidad de nueve votos Ausentes Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Jose de Jesus Gudiño Pelayo Ponente: Guillermo I Ortiz Mayagoitia Secretario Antonio Gonzalez Garcia.

El Tribunal Pleno, en su sesion privada celebrada el treinta y uno de mayo del año en curso, aprobó, con el numero L/1999, la tesis aislada que antecede y determina que la votación es idonea para integrar tesis jurisprudencial Mexico, Distrito Federal, a primero de junio de mil novecientos noventa y nueve

Novena Época

Instancia Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo IX, Junio de 1999

Tesis: P. XLIX/99

Página: 12

PRUEBAS PARA ACREDITAR LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y LA RESPONSABILIDAD. EL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LEGALIDAD QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El artículo 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que faculta al Juez a emplear los medios de prueba que estime convenientes para acreditar los elementos del tipo y la presunta o plena responsabilidad de una persona, no infringe la garantía de legalidad contenida en el artículo 16 constitucional ya que dicha norma no deja a su arbitrio tener por comprobados tales extremos, pues la propia ley establece los requisitos

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

que habrán de satisfacerse para servir de motivación legal a la resolución que en el caso pronuncie sobre la situación jurídica de las personas sujetas a un proceso penal, es decir, esta facultad debe entenderse limitada formal y materialmente a los lineamientos establecidos en el propio código adjetivo de la materia y fuero. Además, tomando en consideración que toda norma tiene como finalidad procurar el ideal de justicia, el propósito de dicho precepto es pretender que el juzgador pueda emplear los elementos de convicción que no estén prohibidos por la ley y que le sean imprescindibles para conocer la verdad formal y material, pues sólo así es factible que emita un fallo ajustado a derecho y, por consiguiente, realizar el objetivo primordial de su función que es la impartición de justicia.

Amparo directo en revisión 666/97 Jesús Vázquez Quevedo. 22 de marzo de 1999
Unanimidad de nueve votos Ausentes Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Antonio González García.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el treinta y uno de mayo del año en curso, aprobó, con el número XLIX/1999, la tesis aislada que antecede, y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a primero de junio de mil novecientos noventa y nueve

Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IV, Agosto de 1996

Tesis: X. 1o. 14 P

Página: 633

AUTO DE FORMAL PRISION. ES VIOLATORIO DEL ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL, SI NO SE HACE EL ESTUDIO DEL CONJUNTO DE HECHOS QUE INTEGRARON LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD DEL INCLUPADO CON PRUEBAS EVIDENTES No se acredita con plenitud lo ordenado por el artículo 19 constitucional, si el auto de formal prisión no se sustenta en un conjunto de hechos que integren los datos suficientes para justificar la probable responsabilidad de una persona con pruebas evidentes. pues además, los antecedentes que arroje la averiguación deben ser suficientes, no para hacerla posible, entendiéndose como tal la calidad de poder ser, de ser factible, sino de hacerlo verosímil que se pueda probar, que el artículo 19 constitucional no tiene el alcance estrecho que se le ha conferido, sino una mayor, puesto que no es posible admitir que sea rigorista en su parte objetiva, al expresar que el tipo penal debe quedar comprobado necesariamente y tolerante en su parte subjetiva, concediendo con ello que con simples datos pueda restringirse la libertad de una persona con todas las graves consecuencias que tal acto trae aparejado en el orden moral, social, económico, familiar y jurídico, y si la autoridad responsable no efectuó en el proceso relativo la valoración de todas las pruebas que obran en la causa penal, principalmente la relativa a que no estuvo presente el día en que sucedieron los hechos imputados, resulta claro que se violó en perjuicio del quejoso el precepto constitucional en cita.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CIRCUITO

Amparo en revisión 47/96 Alfonso Alonso Arcos 22 de febrero de 1996 Unanimidad de votos Ponente: Leonardo Rodríguez Bastar. Secretario: Rigoberto Ochoa Murillo

Por responsabilidad debemos entender "la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores, al tiempo de la acción, del minimum de salud y desarrollo psíquico exigidos por la

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Ley del estado; pero sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme, a responder de él.⁴⁴

En conclusión la *probable responsabilidad* consiste en la existencia de indicios que permitan, fundadamente, suponer que alguien, tuvo intervención culpable en el hecho delictivo. Suena incorrecto decir que hay probable responsabilidad cuando alguien participó o tuvo intervención en el delito, porque puede ser que efectivamente se haya intervenido o participado en el delito, sin que eso necesariamente determine la probable responsabilidad en su comisión, verbigracia, cuando esa intervención está amparada por una causa excluyente del delito.

El artículo 16 Constitucional se refiere ahora, a "probable" y no a "presunta" responsabilidad, seguramente para evitar la confusión que pudiera producirse al utilizar esta última expresión que admite múltiples acepciones.

Es menester manejar con sumo cuidado este presupuesto de la acción, para evitar causar afectaciones innecesarias, porque la Norma Suprema no quiere que al concepto de la probable responsabilidad, se llegue a través de conjeturas, sospechas o ficciones impropias, sino precisamente por indicios, de los que se deduzca la culpable intervención probable del indiciado.

Tampoco habla la Constitución de una "posible" responsabilidad porque aun cuando a primera vista pudiera entenderse que es lo mismo, lo cierto es que lo

⁴⁴ Op. cit. Castellanos Tena, Fernando, pág. 219.

"probable" se halla más cerca que lo posible. Por ejemplo, es posible que reciba una herencia en breve, pero desgraciadamente resulta ser improbable.

Podemos decir que lo probable, es lo posible próximo o al revés, lo posible, es lo probable remoto.

Al respecto nuestro Máximo Tribunal ha realizado las siguientes interpretaciones sobre el tema que nos ocupa:

Octava Epoca

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: VII, Febrero de 1991

Página: 152

AUTO DE FORMAL PRISION. LA RESPONSABILIDAD DEL IMPUTADO DEBE SER PROBABLE Y NO PRESUNTA. El artículo 19 constitucional exige como requisito de fondo que los datos que arroje la averiguación previa sean suficientes para hacer probable la responsabilidad del inculpado, por lo que es indebido utilizar el vocablo "presunta" ya que esta expresión contradice abiertamente el texto fundamental, pues deviene en un problema de principios y no meramente terminológico, porque probable proviene del latín "probabilis" y significa aquello de que hay buenas razones para creer, lo que es verosímil, lo que se funda en razón prudente; esto es, lo probable es un posible que más fácilmente puede ser que no ser. Lo anterior tiene su apoyo en el comentario de Guillermo Borja Osorno en su obra titulada Derecho Procesal Penal, publicada por editorial José M. Cajica Jr., S.A., Puebla 1969 (página 244) En cambio, conforme al Diccionario Jurídico Mexicano publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México en el año de mil novecientos ochenta y cuatro, el término

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

presunción deviene del latín "presuntio" y es la acción o efecto de presumir, sospechar (imaginar una cosa fundada en apariencias), conjeturar (sinónimo de augurar), juzgar por inducción ir de hechos particulares a una conclusión general, por lo que la expresión "presunta responsabilidad" contradice abiertamente el principio de la presunción de inocencia o de inculpabilidad

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO

Amparo en revisión 115/90 Agustín González Torre 17 de mayo de 1990 Unanimidad de votos Ponente: Enrique Dueñas Sarabia Secretaria: Irma Salgado López.

Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CIRCUITO

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IV, Agosto de 1996

Tesis: X.1o 14 P

Página: 633

AUTO DE FORMAL PRISION. ES VIOLATORIO DEL ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL, SI NO SE HACE EL ESTUDIO DEL CONJUNTO DE HECHOS QUE INTEGRARON LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD DEL INculpADO CON PRUEBAS EVIDENTES No se acredita con plenitud lo ordenado por el artículo 19 constitucional, si el auto de formal prisión no se sustenta en un conjunto de hechos que integren los datos suficientes para justificar la probable responsabilidad de una persona con pruebas evidentes, pues además, los antecedentes que arroje la averiguación deben ser suficientes, no para hacerla posible, entendiéndose como tal la calidad de poder ser, de ser factible, sino de hacerlo verosímil, que se pueda probar, que el artículo 19 constitucional no tiene el alcance estrecho que se le ha conferido, sino uno mayor, puesto que no es posible admitir que sea rigorista en su parte objetiva, al expresar que el tipo penal debe quedar

comprobado necesariamente y tolerante en su parte subjetiva, concediendo con ello que con simples datos pueda restringirse la libertad de una persona con todas las graves consecuencias que tal acto trae aparejado en el orden moral, social, económico, familiar y jurídico; y si la autoridad responsable no efectuó en el proceso relativo la valoración de todas las pruebas que obran en la causa penal, principalmente la relativa a que no estuvo presente el día en que sucedieron los hechos imputados, resulta claro que se violó en perjuicio del quejoso el precepto constitucional en cita

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CIRCUITO

Amparo en revisión 47/96 Alfonso Alonso Arcos 22 de febrero de 1996 Unanimidad de votos. Ponente: Leonardo Rodríguez Bastar Secretario Rigoberto Ochoa Murillo

Crítica al concepto cuerpo del delito.

El problema que aquí se planteará, encuentra su antecedente inmediato en la publicación del Diario Oficial de la Federación, del lunes ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, que dio a conocer las reformas a los artículos 16, 19, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuyos dos primeros preceptos se suprimió la figura del "tipo penal" para regresar a la del "cuerpo del delito", en el libramiento de las órdenes de aprehensión y autos de formal prisión.

Es oportuno recordar las razones por las cuales se eliminó la figura del tipo penal y se regresó al cuerpo del delito. Pues bien, el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia y de Estudios Legislativos, resume la

exposición de motivos del titular del ejecutivo federal, la que sostiene en las partes conducentes lo siguiente:

"Se reconoce que este precepto desde su consagración en el texto de Querétaro de 1917, no había sufrido reforma alguna, sino hasta 1993, cuando a las autoridades encargadas de la administración de justicia se le exigieron mayores requisitos para obtener una orden de aprehensión: El balance de los cuatro años de aplicación del precepto en comentario, se dice, es que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados (...).Ello demuestra, a decir de la iniciativa presidencial, el grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al Ministerio Público en la averiguación previa evita, el enjuiciamiento debido de muchos presuntos responsables, provocando en consecuencia mayor delincuencia e impunidad: De ahí que la iniciativa posponga flexibilizar los requisitos establecidos en este precepto (...). La iniciativa puntualiza que también en 1993 se reformó el precepto que nos ocupa a fin de hacer patente la garantía de seguridad jurídica a favor del inculpado, precisando la materia del debido proceso legal a través del auto de procesamiento o término constitucional..."

Por su parte, el dictamen en lo conducente al cuerpo del delito en los artículos 16 y 19 de la Constitución explica lo siguiente:

"Así rescatar el concepto de 'cuerpo del delito' anterior a la reforma de 1993 permitiría por una parte, que las autoridades tengan instrumentos para cumplir sus responsabilidades y, por la otra, que los gobernados tengan garantizados sus derechos y cuenten con posibilidades de defenderse de cualquier abuso de

las autoridades (...). Antes de la reforma de 1993 la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció jurisprudencia conforme a la cual por 'cuerpo del delito' se entendía el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal: Este es el concepto que hay que rescatar e incorporar al régimen aprobado en 1993. Así habrá de señalarse en la legislación secundaria el concepto citado (...) Debe dejarse para el proceso penal y la sentencia definitiva la acreditación plena del hecho delictivo y la responsabilidad del acusado (...) Bajo el nuevo régimen propuesto, para librar una orden de aprehensión se requerirá y así debe decirlo la legislación secundaria, que existan datos que acrediten el cuerpo del delito entendiéndose éste como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad del hecho previsto como delito por la ley; así como la probable responsabilidad del indiciado, es decir, que de los medios probatorios existentes se deduzcan fundadamente la participación del indiciado en el hecho delictuoso...".

De todo lo anterior, podemos concluir que la finalidad del poder revisor de la Constitución fue facilitar las cosas para el pronunciamiento de una orden de aprehensión y de un auto de formal prisión, porque se dijo que los elementos del tipo imponían excesivas cargas probatorias para esas dos resoluciones, cuyo compromiso se hacía caer en la Institución del Ministerio Público, por ello básicamente se extrajo de los anteriores elementos del tipo penal que contenía el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, los aspectos subjetivos del tipo y el modo de participación del sujeto activo.

Ahora bien, después de la reforma constitucional, el Código Federal de Procedimientos Penales, el del Distrito Federal y demás leyes adjetivas penales modificaron algunos de sus preceptos para conseguir una adecuación a la normativa constitucional, y también volver a establecer el cuerpo del delito, y definir su contenido, así a manera de ejemplo el artículo 168, segundo párrafo, del Código Federal de Procedimientos Penales estableció:

"Artículo 168.- (...) Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de **elementos objetivos o externos** que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los **normativos**, en el caso de que la descripción típica lo requiera".

Por su parte el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el artículo 122, párrafo segundo, preceptúa:

"Artículo 122.- (...) El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los **elementos objetivos o externos** que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito".

CRITICA DE LA DESCRIPCIÓN LEGAL DE LOS ARTÍCULOS 168 DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y 122 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Como se puede notar de la transcripción de las disposiciones que regulan el cuerpo del delito a nivel federal y local, se desprende que ambas regulan los elementos integrantes del cuerpo del delito y se clasifican en:

1. Elementos esenciales, y
2. elementos aleatorios o eventuales del tipo.

Debe advertirse, no obstante, que la distinción no se refiere a que algunos elementos deban probarse y otros no, sino que obedece a que los esenciales, son constantes, se dan en todos los tipos penales, y en cambio, sólo algunos contienen los otros, pero si el tipo penal se integra con ambas especies de elementos, entonces deberán probarse colmadamente todos, para que el Ministerio Público esté en condiciones de decidir sobre el ejercicio de la acción penal.

Los elementos esenciales son tres:

1. La existencia de la correspondiente acción u omisión y la lesión o en su caso el peligro sufrido por el bien jurídico.

Este requisito alude, por supuesto, a la demostración de la conducta voluntaria del indiciado, que no tiene más forma de exteriorizarse, que a través de un hacer o un no hacer.

Pero también abarca la prueba del resultado de dicha conducta, que puede manifestarse de dos maneras:

- a) Produciendo un cambio en el mundo de los fenómenos, en los delitos llamados de resultado material (homicidio, lesiones, violación),o
- b) Solamente poniendo en peligro el bien jurídicamente tutelado, como sucede en los llamados delitos formales o de peligro. (Omisión de auxilio). O bien en el caso de la tentativa punible

Será indispensable que la autoridad (ministerio Público o Juez, según sea el caso) constaten que no está presente alguna de las hipótesis de fuerza física exterior irresistible o caso fortuito, previstas por las fracciones I y X del Código Penal.

2. La forma de intervención de los sujetos. Aquí se alude a la autoría y participación referidas en el artículo 13 del Código Penal, que establece la diferenciación que doctrinariamente se hace entre los autores materiales, intelectuales y coautores (autoría) y los autores mediatos, cómplices, instigadores y encubridores (participación), al expresar: "Son autores o partícipes del delito: I. Los que acuerden o preparen su realización; II. Los que lo realicen por sí; III. Los que lo realicen conjuntamente; IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo; VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión; VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y VIII. Los

que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo. Los autores o partícipes á que se refiere el presente artículo, responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad. . .”

3. La realización dolosa o culposa de la conducta, con relación al elemento subjetivo del tipo, a la forma que en cada caso adopte la culpabilidad, correspondiendo al Ministerio Público demostrar que el sujeto actuó en forma dolosa, destacando por otra parte, que nuestro Código Penal solo sanciona los delitos culposos previstos en el artículo 60 párrafo segundo.

Entre los elementos aleatorios o eventuales figuran:

1. Las calidades de los sujetos. Es bien sabido que hay tipos penales para cuya integración, se reclama cierta calidad en razón del parentesco o relación (antes parricidio) en que el sujeto pasivo del delito debe ser ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, o un hermano, cónyuge, etc., del activo (artículo 323 del Código Penal para el Distrito Federal); o, en los delitos de servidores públicos en que para colmar el tipo, se requiere que el autor de la conducta típica sea precisamente un servidor público (artículos 189 y siguientes del Código Penal para el Distrito Federal).
2. El resultado y su atribución a la conducta. Este requisito precisa de la demostración tanto del resultado penalmente relevante, o

sea, del exigido por el tipo penal, como pudiera serlo la consecuencia que en el mundo material produjo la conducta (la alteración de la salud en las lesiones) como del nexo de causalidad entre la conducta y el resultado, que permita atribuir éste a aquélla. Por ejemplo, habrá que probar que la muerte ocurrió con motivo de la lesión causada por el inculpado.

3. El objeto material. Hay que recordar que se trata de la persona o cosa sobre las que recae la conducta delictiva. Verbigracia, la cartera robada será el objeto material del delito de robo, el cuerpo de la víctima será el objeto material del homicidio. En el caso, habrá que examinar si el tipo penal requiere para configurarse algún rasgo o característica especial en el objeto.
4. Los medios de comisión. Hay algunos tipos para cuya configuración legal, se exige que el resultado de la conducta se haya llegado solamente por determinados medios comisivos. Como el delito de violación en donde la cópula debe alcanzarse, como una exigencia típica, por la violencia física o moral, o en el fraude, cuyos medios de comisión deben ser el engaño o el aprovechamiento del error del pasivo.
5. Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión. Este elemento es contenido por algunos tipos, cuando requieren que la conducta se realice en cierto lugar o tiempo, o con motivo de alguna ocasión o modo concreto. Así ocurre en el robo en lugar

- cerrado; en el aborto, pues la muerte del producto de la concepción ha de ocurrir en cualquier momento de la preñez, etc.
6. Los elementos normativos. Hay dos tipos penales en donde resulta indispensable una valoración del Juez, que en eso consiste el elemento normativo, que puede ser estrictamente jurídica, como cuando hay que establecer si un documento tiene efectivamente naturaleza pública; o bien una valoración de carácter cultural, como en el caso de determinar si una publicación periodística o gráfica es obscena.
 7. Los elementos subjetivos específicos, con alusión directa a los tipos que requieren cierto "dolo especial" para colmarse, como aquellos en que se expresa: "al que con el propósito de . . ." o "al que con intención de . . ."; "dolosamente"; "conociendo"; "con el ánimo de", etc.
 8. Las demás circunstancias que la ley prevea. El último presupuesto de la acción, cuya demostración tendrá que efectuar el Ministerio Público para poder establecer si ejercita la acción penal, es el concerniente a la demostración de la probable responsabilidad del indiciado.

Nuestra ley procesal penal, (artículos 168 penúltimo párrafo del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 penúltimo párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal) refiere que para resolver sobre la

probable responsabilidad, la autoridad constate si no existe acreditada, a favor del inculpado, alguna "causa de licitud", es decir alguna causa de justificación de las señaladas en el artículo 15 del Código Penal, correspondiente al Título Primero, Capítulo IV, "causas de exclusión del delito".

Esto resulta cuando menos incompleto, pues el Código Penal en el artículo 17, obliga a la autoridad a estudiar no sólo las causas que eliminan la antijuricidad (causas de licitud) sino cualquier causa de exclusión del delito, oficiosamente o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento, como igual obligación deriva de los artículos 137 del Código Federal de Procedimientos Penales y 3 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal: El primero de ellos expresa: "El Ministerio Público no ejercerá la acción penal. . . V. Cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal." El otro señala: "En las averiguaciones previas en que se demuestre plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, previo acuerdo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, el Ministerio Público lo pondrá en libertad y no ejercerá acción penal".

Nada se opone, estimamos, a que para resolver sobre la probable responsabilidad, la autoridad previamente se cerciore también, de que no hay prueba de la existencia de alguna causa que extinga la acción penal (perdón del ofendido, prescripción (caducidad) de la acción, por ejemplo).

También a la prueba de la responsabilidad probable del inculpado, deberá concurrir la demostración de su probable culpabilidad, con lo que queda permeada

cabalmente en la legislación procesal penal, la orientación que a los elementos del delito da la teoría finalista de la acción consecuencia de lo cual resulta la necesidad de justificar, así sea sólo con criterio de probabilidades, la presencia en el caso, de los componentes de la culpabilidad: imputabilidad para establecer si al realizar la conducta, el sujeto tuvo la capacidad para comprender el carácter ilícito de ella y también si poseyó la capacidad de conducirse de acuerdo con esa comprensión, o sea, si no padecía al realizar el hecho típico, algún trastorno mental o desarrollo intelectual retardado. Artículo 15 fracción VII del Código Penal para el Distrito Federal, de igual forma, habrá de demostrarse la conciencia de la antijuridicidad, es decir, que el inculpado al ejecutar la conducta antijurídica tuvo conocimiento o al menos estuvo en aptitud de conocer, que lo que hacía era contrario a derecho, pues de otra forma se actualizaría la existencia del error de prohibición regulado por la fracción VIII, inciso b) del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal y por último se determinará si por la circunstancia en que actuó el inculpado, le era racionalmente exigible una conducta diversa a la realizada y por ello, si pudo determinarse a ajustar su actuar a la norma, ya que de lo contrario, pudiera actualizarse alguna de las causas de exclusión del delito que plantean las fracciones V (estado de necesidad) o IX (no exigibilidad de otra conducta) del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

Finalmente, establece la ley procesal en sus artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que el Ministerio Público y el Juez, para la demostración de los

elementos integrantes del tipo penal y la probable responsabilidad, pueden acudir a cualquier medio de convicción señalado en la ley, si bien no deja de advertirse que, con poca sindéresis, termina por admitir que gozarán de la más amplia acción para emplear los medios de investigación que estimen conducentes, según su criterio, aunque no sean las que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho.

Hasta la fecha el Estado de Guerrero forma parte de un segundo grupo de entidades federativas que no ha reformado su legislación procesal (como los Estados de Durango y Tabasco), y dejó intocada la figura del "tipo penal", como exigencia para la emisión de una orden de aprehensión y presentación o de un auto de formal prisión. En efecto, los artículos 63 y 64 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guerrero, establecen

"Artículo 63.- Para la comprobación de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad, el Ministerio Público y el tribunal podrán emplear los medios de investigación que estimen conducentes, conforme a las reglas probatorias contenidas en este Código".

"Artículo 64.- El tipo penal correspondiente se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de todos los elementos que integran la descripción de la conducta, según lo determine la ley. La probable responsabilidad del inculpado se tendrá por comprobada cuando, de los medios probatorios existentes, se presuma su autoría o participación en el hecho delictivo".

Expuestos los antecedentes inmediatos de la problemática actual, ésta se centra precisamente en las entidades federativas, cuyos congresos locales no han reformado sus legislaciones procesales y han dejado intocada la figura del "tipo penal", situación respecto de la cual han sobrevenido dos interpretaciones a saber.

La primera, acertada desde nuestro punto de vista, se apoya en la tesis aislada XXV.1.P del Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito, que se puede extender a las órdenes de aprehensión (dado que las órdenes de aprehensión y los autos de formal prisión comparten los mismos requisitos de fondo: tipo penal y probable responsabilidad), y que se publicó en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XI, Abril de 2000, página 933, que expresa:

Novena Época

Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO QUINTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XI, Abril de 2000

Tesis: XXV.1 P

Página: 933

AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EL ARTÍCULO 204 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE DURANGO TIENE APLICACIÓN PREFERENTE AL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL POR OTORGAR MAYORES PRERROGATIVAS AL INCULPADO EN EL DICTADO DEL De acuerdo con la reforma del artículo 19 constitucional del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, para dictar un auto de formal prisión se exige que los datos que arroje la averiguación previa deberán ser

bastantes para comprobar el cuerpo del delito penal y hacer probable la responsabilidad del indiciado, es decir, que en autos se encuentren constancias que acrediten los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva. Sin embargo, el artículo 204 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Durango, aun exige como requisito para emitir un auto de formal prisión, la demostración de los elementos del tipo penal, cuyo concepto jurídicamente incluye no solo los elementos objetivos, sino también los normativos y los subjetivos que contenga la figura típica de que se trate. De lo anterior se desprende que la legislación local en cita exige mayores requisitos que el precepto constitucional para dictar un auto de formal prisión, otorgando mayores prerrogativas al inculcado, toda vez que, en esa medida, se extiende la garantía constitucional que es el mínimo de derechos de que disponen los gobernados, por lo que resulta preferente su aplicación.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO QUINTO CIRCUITO

Amparo en revisión 85/99 9 de febrero de 2000 Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Luis González Bardan.

Del anterior criterio se pueden extraer las siguientes conclusiones, que compartimos:

- a) La figura del "tipo penal" exige mayores requisitos para la emisión de una orden de aprehensión y de un auto de formal prisión, al prever elementos no solamente objetivos-como el cuerpo del delito-, sino también normativos y subjetivos, y
- b) Al contener la legislación procesal del Estado de Durango, la exigencia del tipo penal para fundar y motivar las resoluciones citadas con antelación, se otorgan mayores prerrogativas a los gobernados,

de los que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, por lo que resulta preferente su aplicación.

Es conveniente mencionar que el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito, con residencia en la ciudad de Chilpancingo, Guerrero, aun sin publicar tesis alguna, en diversos amparos en revisión como los 146/2000 y 232/2000 se ha inclinado por el criterio del Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito.

La segunda postura, es la del Cuarto Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito, que ha sustentado un criterio que indica lo contrario, en la tesis número 1, originada al resolverse el amparo en revisión 7/2000, y lleva por rubro: "Auto de formal prisión, debe reunir los requisitos previstos en el artículo 19 Constitucional, independientemente de lo que al respecto se establezca en la Ley que lo regule, dado el principio de Supremacía Constitucional (Código de Procedimientos Penales del Estado de Guerrero)".

Como se observa, sus presupuestos fundamentales son:

- a) Dado el principio de Supremacía Constitucional plasmado en el párrafo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Jueces del Estado de Guerrero se encuentran obligados a dictar las ordenes de aprehensión y los autos de formal prisión acorde a los requisitos de los artículos 16 y 19 constitucionales, para tener por comprobado el cuerpo del delito, y no

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

los elementos del tipo penal consignados en el artículo 64 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guerrero.

- b) El artículo 64 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guerrero, se "contrapone" a los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y
- c) El cuerpo del delito exige únicamente que se acrediten los elementos objetivos del delito; mientras que el tipo penal requiere de los objetivos, subjetivos y normativos.

De las conclusiones expuestas, hay coincidencia en que el tipo penal exige mayores requisitos para la emisión de una orden de aprehensión y auto de formal prisión, que la figura del cuerpo del delito; pero subsiste un problema para los jueces del fuero común de los Estados al tener dos sentidos de interpretación, lo que implica inseguridad jurídica para los gobernados.

Sobre el particular queda mencionar que la omisión de los poderes legislativos de las entidades federativas de adaptar la legislación local a los cambios constitucionales provoca una serie de problemas de aplicación e interpretación de las disposiciones que rigen un proceso, como en el caso, en la materia penal, dejando a los órganos jurisdiccionales resolver qué sentido debe prevalecer.

*En el Estado de Tlaxcala sucedió que en los últimos años, dentro de los cuales se comprende el periodo de transición constitucional del cuerpo del delito -elementos

del tipo-cuerpo del delito, su legislación penal no sufrió alteraciones respecto de la figura del cuerpo del delito, por lo que ahora se olvido de ajustar dichas figuras procesales no afecta el sustento constitucional.

En el fondo subyace una cuestión de orden público relativa a que los particulares no gozan de una seguridad jurídica por el momento. Aun cuando ya se denunció la contradicción de tesis ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien resolverá en definitiva el criterio a que quedarán obligados tanto los Tribunales Federales como los Locales, mientras tanto, prevalece un estado de incertidumbre acerca de que camino seguir para el pronunciamiento de una orden de aprehensión o auto de formal prisión, en los que desde luego está comprometido uno de los valores más trascendentes del hombre, que después de la vida es la libertad. Esa situación no se presentaría si los Congresos locales cumplieran a cabalidad con su función, pues en este tema tal vez nunca sepamos si la pasividad en que incurrir tiene como origen el desconocimiento o apatía en dar congruencia de las normas locales respecto a la norma suprema, o bien, si deliberadamente prefieren la actual descripción legal porque ello favorece a quien se ve sometido a un procedimiento penal.⁴⁵

⁴⁵ Carranco Zúñiga, Joel y Rodríguez Moraya, Juan Ramón. Elementos del Tipo o el Delito. Revista Lex. 3ª Época, Año VI, Número 70, México. 2001.

Tratamiento de la averiguación previa cuando existe persona a disposición.

Para el caso de que el Ministerio Público tenga personas puestas a disposición, ya sea porque estas hayan sido detenidas en flagrante delito o cuasiflagrancia y presentadas al Ministerio Público o porque el Ministerio Público haya librado orden de detención en su contra por tratarse de "caso urgente", de acuerdo a lo previsto por el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, el Ministerio Público dará inicio a la averiguación previa correspondiente, en la que deberá resolver la situación jurídica de la persona o personas que le son puestas a disposición, debiendo de inmediato practicar las diligencias conducentes, allegarse de pruebas, recabar las comparecencias necesarias todas las anteriores encaminadas a la integración del cuerpo del delito que se investiga y acreditar la probable responsabilidad del o los probables responsables que tiene a disposición

La detención constituye una de las más típicas medidas precautorias dentro del procedimiento penal, y tiene por objeto evitar la desaparición del probable responsable y que utilice su libertad para borrar las huellas del delito y dificultar la acción de la justicia; pero como la detención implica la pérdida de la libertad del hombre, es necesario que se legisle al respecto en nuestras leyes procesales, rodeándola de todas las garantías necesarias.

"...entre los derechos y libertades fundamentales del ser humano, el que, de siempre, más ha sufrido los embates de la actividad represiva cuando no francamente autoritaria de los órganos del Estado, es el de la libertad personal, cuya privación constituye una de las más graves irrupciones en la esfera de los derechos humanos del individuo, ya que la misma va seguida, casi irremisiblemente, de la privación o limitación de muchos otros derechos."⁴⁶

Con base en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, podemos decir que la detención se presenta en tres hipótesis, diferenciables en cuanto a los efectos que producen y a las personas que las realizan:

- a) Detención en casos de delito flagrante o cuasiflagrancia y de presunción de flagrancia;
- b) Detención en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia.
- c) Detención por orden de la autoridad judicial, por medio de la orden de aprehensión.

⁴⁶ Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

Durante la averiguación previa, sólo será factible, legítimamente, proceder a la detención de una persona cuando haya flagrancia o se esté en el caso de la urgencia que establece la ley.

Como el Ministerio Público es autoridad administrativa, en su función queda sujeto a todas las limitaciones que a dichas autoridades impone la Constitución, y no puede en forma alguna restringir las garantías individuales, sino cuando obtuviera orden judicial, lo que significa que el Ministerio Público no puede aprehender a las personas, salvo los casos de excepción que la misma Constitución establece en el artículo 16.

La privación de la libertad sólo podrá llevarse a cabo cuando el delito de que se trate tenga señalada pena privativa de la libertad, es decir, que la detención no procede cuando el delito tenga señalada pena no corporal o alternativa.

REQUISITOS Y DIFERENCIAS PARA QUE EL MINISTERIO PÚBLICO PUEDA LIBRAR ORDEN DE DETENCIÓN EN EL FUERO FEDERAL Y EN EL FUERO COMUN, CRITICA AL RESPECTO.

- a) **Requisitos.**- Estos se encuentran establecidos en los artículos 193 del Código Federal de Procedimientos Penales y 267 del Código de Procedimientos para el Distrito Federal y son los siguientes que se trate de delito flagrante, que este satisfecho

el requisito de procedibilidad y el delito sea de los calificados por la ley como "grave".

- b) **Diferencias.-** Mientras en el Fuero Federal la calificación de los delitos graves se encuentra contemplada de manera *limitativa*- ya que enlista todos los delitos graves-en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, en el fuero común la "gravedad" de los delitos se encuentra supeditada a la sanción contemplada en el Código Penal, ya que serán delitos graves los sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años; la flagrancia equiparada en el fuero común existirá cuando no hayan transcurrido setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos y en el fuero federal habrá flagrancia equiparada si no han transcurrido cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos.
- c) **Crítica.-** Resulta del todo aberrante que el Ministerio Público pueda hacer uso de manera indiscriminada y arbitraria de la facultad de detención, establecida por el legislador como un caso de excepción, en virtud de que constantemente utiliza la detención sin que exista justificación legal alguna, ya que para el Ministerio Público le es más cómodo reunir los requisitos mínimos que marca la ley para ordenar una detención que

ceñirse a los requisitos más rigoristas que establece la ley para el caso del arraigo-del que hablaremos más adelante-, claro esta que el Ministerio Público debidamente capacitado puede echar mano de todos y cada uno de los medios establecidos por le ley, solo que en función de la representación social que ostenta, debe de actuar con cautela evitando en todo momento, vulnerar garantías individuales de los ciudadanos y no esperar a que concluyan las horas de oficina de los juzgados penales para solicitar un arraigo, ya que por lo menos en la Ciudad de México, existen 66 Juzgados Penales funcionando y por disposición legal siempre existen juzgados de guardia, por tal razón por lo menos en esta ciudad debería de quedar erradicada esa práctica tan reiterada de ordenar detenciones del todo arbitrarias y que penden sobre alfileres ante la utilización de un amparo interpuesto no precisamente por un pento en la materia, sino por un leguleyo cualquiera. Porque el Ministerio Público tanto del fuero Federal como del fuero Común no analizan la figura del arraigo y aprenden a utilizarla; dándose cuenta de las bondades que ella ofrece, como son los treinta días de plazo para la realización de una perfecta investigación y en su momento determinación.

EL ARRAIGO

Los Códigos de procedimientos Penales, Federal y del Distrito Federal, incluyen, como restricción a la libertad del probable autor del delito, el arraigo, mismo que ha sido tradicionalmente, una institución operante en el Derecho Procesal Civil, en donde es considerado como una medida de carácter precautorio, para aquellos casos en que el actor tiene el temor fundado de que el demandado, o quien lo pueda ser, se oculte o se sustraiga del lugar en que esté llevando el proceso, sin antes haber dejado un representante legítimo con facultades y medios suficientes para responder de los resultados del procedimiento de que se trate (véase los artículos 235 y 254 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

En el campo del Derecho de procedimientos penales, en los Códigos de la materia, Federal, y del Distrito Federal, se expresa: "Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerá el agente del Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, no pudiendo exceder de treinta días, prorrogables por igual término a petición del Ministerio Público. El Juez resolverá

escuchando al Ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo." (artículos 133 bis, y 270 bis, correspondientes).

Como el tema principal del presente trabajo es la averiguación previa y en ella solo tiene lugar los casos excepcionales a la detención por orden judicial, haremos una breve referencia a la *orden de aprehensión*, ya que ésta no presenta problema alguno. La aprehensión por mandato judicial, sólo procede cuando la solicita el Ministerio Público al Juez competente, y estén comprobados los requisitos que señala el artículo 16 constitucional: una vez dictada la orden de aprehensión por el juez, éste la entrega al Ministerio Público para que sea cumplimentada por la policía judicial. La orden de aprehensión la establece el artículo 16 constitucional y textualmente dice:

"Artículo 16.- . . . "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial sin que preceda 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 el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad del indiciado. . . ."

También el artículo 195 del Código Federal de Procedimientos Penales establece la orden de aprehensión, y a la letra dice: "Artículo 195 Cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 constitucional, el tribunal librará orden de aprehensión reaprehensión o comparecencia, según el caso, contra el inculcado, a pedimento del Ministerio Público. . . .". En idéntica firma se manifiesta el artículo 132 del

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y que textualmente se transcribe: "Artículo 132. Para que un juez pueda librar orden de aprehensión, se requiere:

I Que el Ministerio Público lo haya solicitado; y

II Que se reúnan los requisitos fijados por el artículo 16 de la Constitución Federal."

La *flagrancia* se da, cuando se sorprende al delincuente al momento de estar cometiendo el delito o cuando acabando de cometerlo es perseguido materialmente.

La flagrancia la define el artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y a la letra dice:

"Artículo 267. Se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el inculpaado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito. Se equipará la existencia de delito flagrante cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con ella en la comisión del delito; 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 delito; siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley. no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se hubiera iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito."

En igual sentido se manifiesta el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, y que textualmente dice:

*Artículo 193. Se entiende que existe flagrancia cuando:

I El inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito;

II Inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente, o

III El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, 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 delito; siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiere interrumpido la persecución del delito. . .”

Como se podrá ver de la transcripción de los artículos anteriores, para la legislación procesal penal del Distrito Federal y para la legislación procesal penal federal, la flagrancia es tratada de igual forma y solo existe diferencia en ambas legislaciones respecto de la temporalidad para tener por acreditada la cuasiflagrancia y lo que se debe de entender por delito grave, ya que mientras la legislación federal establece un plazo de 48 horas contadas desde el momento de la comisión de los

hechos delictivos, la legislación local fija un plazo de 72 horas a partir de la comisión del evento delictivo, para que pueda hablarse de la cuasiflagrancia o flagrancia equiparada, por otra parte la legislación federal establece de un modo limitativo los delitos graves al enumerarlos en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales y por su parte la legislación procesal penal local establece que los delitos graves serán aquellos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de 5 años, según queda establecido por el artículo 268.

Ahora bien, ya se ha hablado de las circunstancias por las cuales el Ministerio Público, puede llegar a detener a los probables responsables y las formas en las cuales los probables responsables pueden ser puestos a disposición del Ministerio Público, sirviendo de sustento a lo antes expuesto las interpretaciones que al respecto ha realizado el Poder Judicial de la Federación al tratar las figuras de retención y detención.

Octava Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XI, Febrero de 1993

Página: 256

FLAGRANTE DELITO, NO SE RESTRINGE LA LIBERTAD DE TRANSITO TRATANDOSE DE. Si la detención del inculpado de un delito (en el caso contra la salud) obedece a la intercepción que los elementos militares hicieron del automóvil que conducia cuando se desplazaba en el tramo de la carretera donde se encontraba establecida la

guardia, la captura así hecha, no es conculcatoria de lo establecido por el artículo 11 constitucional, ya que tal retención encuentra su justificación legal en que las autoridades encargadas de practicar diligencias de Policía Judicial en auxilio de la representación social, no están impedidas para interceptar el vehículo relativo cuando, como en el caso, se trate de flagrante delito sin que con ello se transgreda la garantía de libre tránsito tutelada por el precepto constitucional aludido

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO

Amparo directo 317/92 Clemente Lozano Cortez 19 de noviembre de 1992 Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Rodríguez Olmedo. Secretaria Mercedes Rodarte Magdaleno

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO PRIMER CIRCUITO

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VI, Agosto de 1997

Tesis: XXI 2o.9 P

Página: 806

RETENCIÓN DEL INculpADO. AMPARO IMPROCEDENTE CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO QUE LA DECRETA Es improcedente el amparo que se promueva contra el acuerdo que dicta el agente del Ministerio Público de retener al inculcado, cuando dicho funcionario ha determinado ejercitar la acción penal, porque tal acto, en términos del artículo 16, párrafo sexto, de la Constitución Federal, tiene que ser revisado oficiosamente por el Juez que conozca de la consignación y, en su caso, ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley, lo que motiva que se surta la causal de improcedencia establecida en el artículo 73 fracción XV, de la Ley de Amparo.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO PRIMER CIRCUITO

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Amparo en revisión 276/97. Agente del Ministerio Público del Fuero Común para Asuntos Especiales. 1o. de julio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Hernández Cervantes. Secretario: Arturo Gómez Ochoa.

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo VI. Octubre de 1997

Tesis: XIV 2o 63 P

Página. 739

DETENCIÓN. CUANDO EL QUEJOSO ADUZCA EN LA DEMANDA DE AMPARO CUESTIONES INHERENTES A LA LEGALIDAD DEL AUTO QUE LA CALIFICA, ÉSTAS DEBEN SER ESTUDIADAS, AUN CUANDO SE SEÑALE COMO ACTO RECLAMADO ÚNICAMENTE EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN El artículo 16 párrafo sexto, de la Carta Magna, dispone que en casos de urgencia o flagrancia, el Juez que reciba la consignación del detenido deberá, inmediatamente, ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley. En este contexto, debe concluirse que es obligación del resolutor constitucional estudiar el auto que califica la detención del inculcado cuando este, en la demanda de garantías impugne cuestiones relativas a su ilegal detención o retención sufridas en la averiguación previa, independientemente de que se hubiere señalado como acto reclamado únicamente el auto de formal prisión. Ello porque en primer lugar, la demanda de amparo constituye un todo, en segundo término, en razón de que los conceptos de violación relativos a la ilegal detención o retención están directamente relacionados con el acuerdo emitido por el propio órgano jurisdiccional que la ratificó y finalmente, en virtud de que las violaciones sufridas en el citado proveído calificador no

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

pueden estimarse irremediablemente consumadas en términos del artículo 73, fracción X, de la ley reglamentaria del juicio de garantías

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 63/97. Luis Fernando Basora Fóstil. 14 de marzo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Amoros Izaguirre. Secretario: Gonzalo Eolo Duran Molina

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IV, Agosto de 1996, tesis VI 2o 89 P, página 664, de rubro "DETENCIÓN, PROCEDE ANALIZAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA AUN CUANDO EXISTA AUTO DE FORMAL PRISIÓN."

Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo. VII, Mayo de 1998

Tesis: I 1o.P. J/9

Página: 896

DETENCIÓN ILEGAL. NO ES IMPUGNABLE EN AMPARO DIRECTO Una interpretación sistemática de los artículos 158 y 160 de la Ley de Amparo, permite arribar a la conclusión de que únicamente las violaciones procedimentales cometidas durante el procedimiento judicial propiamente dicho, el cual presupone la intervención del órgano jurisdiccional, pueden ser impugnables en la vía del juicio de amparo directo, por tanto, la detención ilegal del quejoso por los elementos policíacos y su indebida retención por el Ministerio Público, realizadas respectivamente antes y durante la fase de averiguación previa, son inatendibles en dicha vía debido a que no ocurren en el referido procedimiento judicial. Lo anterior, con independencia de que a los servidores públicos que en tales actos

intervinieron, se les pueda fincar responsabilidad penal conforme a lo dispuesto en el artículo 193 párrafo último del Código Federal de Procedimientos Penales.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1133/97. Alejandro Díaz Lozano 17 de junio de 1997 Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Sosa Ortiz. Secretario: Ricardo Martínez Carbajal.

Amparo en revisión 285/97. Salvador Lopecedeno Estefan 30 de junio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Hugo Luna Ramos. Secretario: Manuel Caravantes Sánchez.

Amparo directo 1769/97. Gonzalo Uribe del Río 30 de octubre de 1997 Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Hugo Luna Ramos. Secretario: Manuel Caravantes Sánchez.

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VII, Junio de 1998

Tesis: XI.2o.23 P

Página: 703

RETENCIÓN POR CUARENTA Y OCHO HORAS QUE LLEVA A CABO EL MINISTERIO PÚBLICO. NO COMPRENDE EL TIEMPO DE LA DETENCIÓN POR LA AUTORIDAD INMEDIATA, EN CASO DE FLAGRANCIA. Los párrafos del cuarto al séptimo del artículo 16 constitucional, permiten una interpretación sistemática para establecer el cómputo de dicho término constitucional, porque si fue una autoridad militar la que detuvo a los inculcados, al sorprenderlos in fraganti en la comisión de un delito, es inconcuso que su obligación constitucional consiste en ponerlos "sin demora" a disposición de la representación social, es decir, que esa prontitud constituye un plazo distinto del que a ésta se le impone para que, a su vez, los consigne a la autoridad judicial o para ordenar su libertad, pero sin que dentro de esas cuarenta y ocho horas quede comprendido el otro

término (sin demora), corriendo aquél a partir de que los indiciados sean puestos a disposición del fiscal, con el objeto de que integre la averiguación previa penal correspondiente y proceda a su consignación o a dejarlos en libertad, según se trate. No pudiendo ser en otro sentido, ya que la interpretación auténtica lo confirma, pues los debates del Constituyente Permanente por el que se discutieron y aprobaron las reformas y adiciones al señalado precepto constitucional, entre otros, efectuados en julio y agosto de mil novecientos noventa y tres, también permiten establecer que su voluntad fue la de que el término de cuarenta y ocho horas corriera a partir de que el indiciado quedase a disposición del Ministerio Público, sin contar el plazo relativo a "sin demora" y tan fue esa la intención, que lo relacionaron con la integración de la averiguación previa.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO

Amparo en revisión 104/98 Abel Aguilar Gutierrez y otro 20 de mayo de 1998
Unanimidad de votos Ponente: Raúl Murillo Delgado Secretario: Victorino Rojas Rivera.

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO SEGUNDO CIRCUITO

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XI, Febrero de 2000

Tesis: XXII.2o 5 P

Página: 1111

RETENCIÓN ILEGAL, ELEMENTOS DEL TIPO DE, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 225, FRACCIÓN X DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. NO SE SATISFACEN SI EL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO CONSIGNÓ AL INDICIADO DENTRO DE LAS CUARENTA Y OCHO HORAS A QUE ALUDE EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, CON INDEPENDENCIA DE QUE EL ACUSADO CON ANTERIORIDAD HUBIESE ESTADO RETENIDO CON MOTIVO DE UNA DIVERSA AVERIGUACION PREVIA En el artículo 16, séptimo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se especifica que el término de cuarenta y ocho horas para consignar ante la

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

autoridad judicial o dejar en libertad al indiciado, es común para todo tipo de órgano investigador, con independencia de la naturaleza del delito. Partiendo de esto, es incuestionable que el elemento del delito previsto en el numeral 225, fracción X del Código Penal Federal, consistente en la retención de un individuo durante la averiguación previa por más tiempo del establecido en el séptimo párrafo del artículo 16 constitucional, no se satisface, si de las constancias procesales se desprende que el indiciado en su carácter de agente del Ministerio Público de la Federación consignó a los detenidos ante la autoridad judicial dentro del término señalado en la disposición constitucional, no siendo relevante que con anterioridad dicho indiciado hubiese estado retenido a virtud de la investigación por parte de diverso agente del Ministerio Público del fuero común, en razón de que el inculcado también debe contar con igual término para ofrecer las pruebas pertinentes en cuantas averiguaciones se inicien en su contra, como se estableció en la iniciativa de reformas a los artículos 16, 20 y 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada ante la Cámara de Diputados el día dos de julio de mil novecientos noventa y tres. Aunado a lo anterior, debe tomarse en consideración que en nuestro Máximo Ordenamiento Jurídico se establecen las diferentes esferas de competencia de las autoridades federales y locales, y que por tanto, en materia de investigación y persecución del delito pueden actuar tanto el Ministerio Público de la Federación en términos del numeral 102 constitucional, como el Ministerio Público de las diversas entidades federadas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 21, 115, primer párrafo, 73, fracción XXI y 124, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por lo que es dable afirmar que la actuación de la institución Ministerio Público, bien puede desarrollarse en la práctica, en forma diversificada, atento a la materia que es encomendada a cada órgano acusador, de acuerdo con las competencias establecidas por el legislador secundario federal o local.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO SEGUNDO CIRCUITO

Amparo en revisión 73/99. 7 de diciembre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Franz Eduardo López Muñoz. Secretario: Guillermo Vázquez Martínez.



Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEGUNDO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IX, Febrero de 1999

Tesis: XII.1o.12 P

Página: 496

DETENCIÓN MINISTERIAL. REQUISITOS. El artículo 16 constitucional, párrafo quinto permite al Ministerio Público, bajo su responsabilidad, efectuar detenciones, fundando y expresando los indicios que lo motivan a ello, los cuales deben comprender dos aspectos; el primero, relativo a determinar con qué datos se apoya para presumir que el sujeto que se pretende detener es el autor de un ilícito, y en segundo término, cuales son los elementos que le sirvieron de base para considerar que existe el riesgo fundado de que el indiciado se pueda sustraer a la acción de la justicia. Ahora bien, si el Ministerio Público ordena la detención de un sujeto teniendo como único indicio el parte informativo rendido por la Policía Judicial, en el que cumple con la investigación ordenada por este, informando que un sujeto es el autor de un hecho, pero no indica cuales son las fuentes de donde proviene dicha información, y menos cual fue el método o pasos que siguió para arribar a esa conclusión, es incuestionable que tal actuación no puede servir de base para sostener una orden de detención ministerial.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 268/98 Camilo Ramos Olvera 10 de diciembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente, José Manuel de Alba de Alba Secretaria, María Raquel Lomeli Tisnado.

Novena Época

Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VIII, Noviembre de 1998

Tesis: VI.4o.17 P

Página: 522

DETENCIÓN ORDENADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO BAJO LA HIPÓTESIS DE URGENCIA. ES ILEGAL SI PARA DEMOSTRAR QUE NO PUDO OCURRIR ANTE LA AUTORIDAD JUDICIAL A SOLICITAR LA ORDEN DE APREHENSIÓN, SE LIMITA A HACER CONSTAR QUE ESTABA CERRADO EL LOCAL DEL JUZGADO Y NADIE RESPONDIÓ A SUS LLAMADAS, PERO RESULTA QUE ESE DÍA ESTABA CONSIDERADO COMO INHÁBIL. Para que exista urgencia y pueda el Ministerio Público ordenar por sí la detención de una persona, sin contar con orden judicial de captura ni la existencia de flagrancia delictuosa, es menester los siguientes requisitos: a) Que el indiciado hubiese intervenido en la comisión de un delito considerado como grave en la legislación secundaria, b) Que exista grave riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia y, c) Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, el Ministerio Público no pueda ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión. Ahora bien, tratándose de la exigencia marcada con el inciso c), obviamente, por tratarse de razones de índole subjetiva, compete al Ministerio Público destacarlas, a fin de que puedan llegar a examinarse, de manera que si en un caso la fundó en que no encontró a nadie que lo atendiera en el local del juzgado, a pesar de llamadas telefónicas y su presencia en el inmueble en que aquel tiene su sede, resulta que la detención es ilegal si ese día fue sábado o domingo, y como tal considerados inhábiles por la Ley Orgánica del Poder Judicial que corresponda (u otro día catalogado legalmente como inhábil), dado que era evidente que nadie lo atendería en ese lugar por corresponder a un día inhábil, que se identifica con la circunstancia de que no despacha el órgano judicial de que se trate, y el hecho de que en materia penal puedan practicarse actuaciones a toda hora, aun en días feriados, sin necesidad de previa habilitación, sólo implica que las diligencias penales pueden verificarse a cualquier hora de cualquier día, mas no que los órganos judiciales estén obligados a despachar, atendiendo a los interesados, sin ninguna

TESIS
FALLA DE ORIGEN

limitación de horario, y la consiguiente apertura o presencia de personal en sus instalaciones de manera ininterrumpida, de modo que a cualquier hora el Ministerio Público, los defensores o el acusado encontraran la atención del personal en los juzgados, ya que esta interpretación sería un contrasentido a las disposiciones que señalan los días hábiles e inhábiles de despacho de los tribunales

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO

Amparo en revisión 363/98 Joel Arreola Boyzo 16 de octubre de 1998. Unanimidad de votos Ponente: Drógenes Cruz Figueroa Secretario: José Luis González Marañón.

Novena Epoca

Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEPTIMO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo V, Junio de 1997

Tesis: VII P. J/27

Página: 613

DETENCIÓN SIN ORDEN DE APREHENSIÓN DE AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE. CONTRAVIENE EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL SI NO REÚNE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN ESTE Y SU CORRELATIVO 124 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE VERACRUZ La detención del quejoso llevada a cabo sin orden de aprehensión de autoridad judicial competente, resulta contraventora de lo dispuesto por el artículo 16 constitucional si no se esta en los casos de excepción a que se refiere dicho precepto y que se reiteran en el artículo 124 del Código de Procedimientos Penales de la entidad, es decir cuando a) No se trata de un delito flagrante, b) No se demostró que las razones en que se basó la solicitud de la detención fueran verdaderas y c) No se demostró que se tratara de un caso urgente

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEPTIMO CIRCUITO

**TESIS C
FALLA DE ORIGEN**

Amparo en revisión 280/96. Odilón Llanos Tlahuel. 2 de octubre de 1996 Unanimidad de votos. Ponente: Vicente Salazar Vera. Secretario: Lucio Marín Rodríguez.

TRATAMIENTO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA CUANDO NO EXISTE PERSONA A DISPOSICIÓN.

Es conveniente señalar que el Ministerio Público, en este tipo de averiguación previa, no cuenta con un término o lapso de tiempo establecido constitucionalmente como Ley Suprema para la determinación de la misma, ejercitando acción penal en su contra, si es procedente. Sólo en nuestra legislación en el Código Penal como ley secundaria señala como "término" de la averiguación previa. Desde el Código de Martínez de Castro (artículo 268 y 272 del Código Penal, de 1872 y 105 y 107 del Código Penal vigente), se le ha denominado "prescripción de la acción penal", señalando que nunca ha sido inferior a un año para los delitos que se persiguen por querrela de parte; y tres años para aquellos que se persiguen de oficio, según el término medio aritmético, señalado en la pena privativa de libertad, prevista en el tipo penal.

Durante el período, además de la prescripción de la averiguación previa, como término o plazo de la averiguación previa, sin detenido debe de hacerse mención que existen otros factores que ponen fin a la pretensión punitiva del ejercicio de la averiguación previa, lo es en los delitos perseguidos de oficio cuando surge alguna causa de extinción de la averiguación previa, por ejemplo la muerte del inculcado,

amnistía, indulto y perdón del ofendido, que marca el propio código penal, en los cuales el representante social debe velar porque se haga una justa reparación del daño, en todo caso, tiene naturaleza en el ámbito del derecho civil.

CAPÍTULO IV

DETERMINACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público, una vez que ha practicado todas y cada una de las diligencias conducentes para la investigación de los hechos que se le ponen en su conocimiento habrá de resolver si hay elementos suficientes para consignar o caso contrario procederá, a resolver que no se encuentran reunidos esos elementos, materializándose ese acto a través de una determinación que habrá de realizar al concluir su investigación, determinación eminentemente de carácter administrativo y diferente a la resolución que adopta el Juez al decidir con respecto a los asuntos que se le ponen en su conocimiento, dichas determinaciones a las que puede arribar el representante social son las siguientes:

a) EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL. (PROCESAL PENAL)

Esta tiene lugar cuando el Ministerio Público da inicio a la investigación de la probable comisión de un delito, es decir es el momento en el cual dicha autoridad actúa en ejercicio de su facultad de perseguir delitos, procediendo al inicio de la averiguación previa correspondiente y en su momento determinando si es procedente poner en conocimiento los hechos ante el Juez.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

b) CONSIGNACIÓN CON DETENIDO.

De acuerdo con las leyes secundarias, el Ministerio Público deberá determinar si se promueve o no la acción procesal. Entendemos entonces que si el Ministerio Público está autorizado para resolver si promueve o no la acción tendrá, por lo tanto cierta facultad resolutoria. La determinación al final de la averiguación previa (de promover o no la acción) será entonces una finalidad. Pero el problema más importante aquí es saber si el Ministerio Público puede libremente determinar si existió o no delito y si una persona específica es o no responsable.

De lo antes señalado se puede preguntar uno, si el Ministerio Público puede declarar la no existencia de un delito y sobre la responsabilidad penal del sujeto y si esto no es acaso un acto de juzgamiento.

Respecto a esta facultad de determinación del Ministerio Público, encontramos en la doctrina dos claras posiciones: negativas y positivas.

Entre la serie de opiniones en torno a la facultad que sostiene que el Ministerio Público carece de facultad para decidir (posiciones negativas) se inscribe la mayoría de los estudiosos.

Alcalá Zamora y Castillo respecto a esa función cuasijurisdiccional, sostiene que "el Ministerio Público no es una magistratura jurisdicente, sino únicamente requirente, y si por sí y ante sí se le permite impedir que el tribunal decida sobre el fondo, se le erigirá de hecho en órgano jurisdiccional negativo, ya que no positivo, es decir, no podrá condenar, pero si evitar que se condene."⁴⁷

⁴⁷ Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, Legítima defensa y proceso, pag. 615.

Rivera Silva, aludiendo a la resolución de "archivo" recuerda que ha sido criticada porque a través de ella el Ministerio Público se abroga facultades jurisdiccionales. Algunos penalistas como Olga Islas y Elpidio Ramírez llegan a afirmar que "el no ejercicio de la acción penal constituye una resolución prácticamente definitiva, que imposibilita la intervención del órgano jurisdiccional y por tanto, impide que el individuo sea juzgado por el Juez o jurado de ciudadanos. En lugar de ello y esta aberración sólo ocurre en México, el individuo es juzgado por el poder ejecutivo a través del Ministerio Público."⁴⁸

Dentro del campo de opiniones afirmatorias, esto es, las que sostienen que el Ministerio Público sí puede decidir (posiciones positivas), encontramos no sólo la práctica cotidiana, sino a otros no menos expertos estudiosos.

Briseño Sierra al respecto afirma que no debe confundirse la averiguación con la resolución. En la averiguación o investigación existe sólo pesquisa, pero en ocasiones quienes investigan, con frecuencia utilizan la facultad de mando. "Investigar no es mandar, pero para hacerlo se puede emplear el mando, lo que es muy distinto."⁴⁹

El propio Rivera Silva, al que ya nos hemos referido, pese a que afirma que "con purismo jurídico" es valedera la corriente negatoria, llega inmediatamente a afirmar que "por economía y práctica procesal es correcto, no se acuda a los tribunales

⁴⁸ Islas Olga y Ramírez, Elpidio, El sistema procesal penal en la Constitución, edit. Porrúa, México 1979, pag. 77.

⁴⁹ Briseño Sierra, Humberto, Derecho procesal, edit. Trillas, tomo IV, pag. 555.

para que hagan la declaratoria de la no existencia del delito, cuando el Ministerio Público no tiene elementos que lo comprueben y por ende no puede hacer la consignación."⁵⁰

La anterior opinión es la que consideramos más ajustada a derecho, pues la institución del Ministerio Público, en la etapa de averiguación previa, únicamente esta facultada para investigar si existió o no la comisión de un delito, así como la personalidad del probable responsable, para en su momento "solicitarle" al órgano jurisdiccional la imposición de una pena.

Ahora bien, una vez que el Ministerio Público, observa que de la integración de la averiguación previa, se encuentran reunidos los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del sujeto activo, que tiene a su disposición, ejercerá la acción procesal penal ante el Poder Judicial, dejando a la persona que se encuentra a su disposición, ante el órgano jurisdiccional, para que éste resuelva en el término de ley su situación jurídica.

En el Código Federal de Procedimientos Penales (artículo. 134), se señala lo siguiente:

"En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo

⁵⁰ Rivera Silva, Manuel. El procedimiento penal, edit. Porrúa, México, 1997, pág. 143 y 144

plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea. . .

Si el ejercicio de la acción penal es con detenido, el tribunal que reciba la consignación radicará de inmediato el asunto, y se entenderá que el inculpado queda a disposición del juzgador, para los efectos constitucionales y legales correspondientes, desde el momento en que el Ministerio Público lo interne en el reclusorio o centro de salud correspondiente. El Ministerio Público dejara constancia de que el detenido quedó a disposición de la autoridad judicial y entregará copia de aquélla al encargado del reclusorio o del centro de salud, quien asentara el día y la hora de recepción. . .”

Por su parte el artículo 286-bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala lo siguiente:

“Cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previos que en su caso exijan la ley y que se han acreditado la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda.

El juzgado ante el cual se ejercite la acción penal, radicará de inmediato el asunto. Sin más trámite le abrirá expediente en el que se resolverá lo que legalmente corresponda y practicará, sin demora alguna, todas las diligencias que resulten procedentes.

Si la consignación es con detenido deberá inmediatamente ratificar la detención, si ésta fuere constitucional; en caso contrario decretará la libertad con las reservas de ley . . .”

c) CONSIGNACIÓN SIN DETENIDO.

Una vez que el Ministerio Público, acredita los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del sujeto activo y éste no se encuentra físicamente a su disposición, consignará el expediente al Juez, con la finalidad de solicitarle una orden de aprehensión o de comparecencia.

Aprender viene del latín “prehencia” que denota la actividad de coger, de asir, en términos generales se debe de entender por aprehensión, el acto material de apoderarse de una persona privándola de su libertad.

Frente a la actividad del Ministerio Público (solicitud de orden de aprehensión), tenemos el proceder de la autoridad judicial, negando o accediendo a la petición. La autoridad judicial sólo debe dictar orden de aprehensión cuando se reúnen los siguientes requisitos:

1. Que exista una denuncia o una querrela.
2. Que la denuncia o querrela se refieran a un delito sancionado con pena corporal.
3. Que de la denuncia o querrela, se encuentren acreditados los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del sujeto.

4. Que lo solicite el Ministerio Público.

d) RESERVA.

La determinación de reserva tiene lugar cuando existe imposibilidad de cualquier naturaleza para proseguir la averiguación previa y aun no se ha 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. En otras palabras, procede la resolución de reserva cuando la averiguación la previa no esta agotada en virtud de que existe una dificultad material que impide que se acrediten los elementos que integran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Esta imposibilidad que constituye un obstáculo para la practica de diligencias que impiden la continuación de la investigación debe ser de tal naturaleza, magnitud y circunstancias, que realmente impiden 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 que acrediten que esta persona se encuentra fuera del país y no es posible presentarla a declarar; o bien cuando un documento relacionado con los hechos que se investigan y cuya presentación es básica y elemental, puesto que representa la base medular o elemento clave del cuerpo del

delito y existe la firme y legal convicción de que dicho documento llegará de otro país, pero sin poder precisar cuando llegará, razón por la cual no se aporta a la indagatoria.

La otra situación en la 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 del delito.

El mandar a la reserva la indagatoria en modo alguno significa que la averiguación previa haya concluido o que no pueden llevarse a cabo más diligencias, puesto que en el caso de obtener nuevos elementos y no habiendo prescrito la acción penal, el Ministerio Público investigador, está obligado a realizar estas nuevas diligencias, ya que dicha resolución de reserva no tiene carácter de definitiva.

Respecto a la resolución de reserva el artículo 131 del Código Federal de Procedimientos Penales, señala: artículo 131. "Si de las diligencias practicadas no resultan elementos para hacer la consignación a los tribunales y no aparece que se puedan practicar otras, pero con posterioridad pudieren allegarse datos para proseguir la averiguación, se reservará el expediente hasta que aparezcan esos datos y entretanto se ordenara a la policía que haga investigaciones tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos".

En la práctica las condiciones bajo las cuales se determina la reserva durante la averiguación previa, son las siguientes:

1.- Cuando durante la averiguación previa, y no estando agotada la misma, exista un impedimento que haga imposible acreditar el cuerpo del delito, o cuando el probable responsable no este identificado o bien no se haya perfeccionado el requisito de procedibilidad, o resulte imposible desahogar alguna prueba y las ya existentes no sean bastantes para justificar el ejercicio de la acción penal o el no ejercicio de la misma; para tal efecto el Agente del Ministerio Público actuara como sigue:

a). Comunicará al denunciante, querellante u ofendido mediante oficio, el proyecto de resolución de reserva, solicitándole si existe, la mayor información que pueda proporcionar;

b). En el supuesto de que el denunciante, querellante u ofendido no aporte mayor información o habiéndola presentado no es suficiente para continuar la averiguación previa, porque subsista alguno de los supuestos antes señalados, girará orden de investigación a la policía que lo auxilia y dictará el acuerdo de reserva, fundado y motivado;

c). Turnará el expediente respectivo, para consulta de reserva, a la Dirección General de Averiguaciones Previas. El Director General de Averiguaciones Previas, por si o a través de los servidores públicos que para tal efecto designe, resolverá lo que proceda;

d). Cuando la reserva no sea aprobada, el Agente del Ministerio Público deberá continuar la averiguación conforme a las instrucciones que al afecto reciba;

e). Si después de aprobada la reserva se presenta la posibilidad de continuar la averiguación previa, el Agente del Ministerio Público recabará la indagatoria y seguirá el trámite procedente.

e) ARCHIVO.

Esta resolución llamada comúnmente "el archivo", procede cuando practicadas y agotadas todas las diligencias de averiguación previa, el Agente del Ministerio Público investigador ha verificado que no existe indicio alguno que haga suponer la comisión del delito; es decir, el no ejercicio de la acción penal, es una resolución dictada por el Ministerio Público una vez agotada la averiguación previa de la cual se desprende que no se acreditarán los elementos del cuerpo del delito o sencillamente que no se comprobó el delito.

Respecto al no ejercicio de la acción penal el artículo 133 del Código Federal de Procedimientos Penales, señala:

"Artículo 133. Cuando en vista de la averiguación previa el Agente del Ministerio Público a quien la Ley Reglamentaria del artículo 102 de la Constitución General de la República faculte para hacerlo, determinare 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, el denunciante, el querellante o el ofendido podrán ocurrir al Procurador General de la República dentro del término de quince días contados desde que se le haya hecho saber esa determinación, para que este funcionario, oyendo el parecer de sus Agentes Auxiliares, decida en definitiva si debe o no ejercitarse la acción penal.

El artículo 137 del también Código Federal de Procedimientos Penales, señala los casos en los que el Ministerio Público no ejercitara la acción penal:

Artículo 137. "El Ministerio Público no ejercitará la acción penal:

- I. Cuando la conducta o los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en el Ley Penal;
- II. Cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo participación en la conducta o en los hechos punibles, y sólo por lo que respecta a aquél;
- III. Cuando, aún pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos de que se trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable;
- IV. Cuando la responsabilidad penal se halla extinguido legalmente, en los términos del Código Penal; y
- V. Cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal."

En materia común y en relación al no ejercicio de la acción penal, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en su artículo 3º . inciso X, señala que el Ministerio Público tendrá como una de sus atribuciones:

- a). .X. Determinar el no ejercicio de la acción penal, cuando: a). Los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito;
- b). Una vez agotadas todas las diligencias y los medios de prueba correspondientes, no se acredite la probable responsabilidad del indiciado;
- c). La acción penal se hubiese extinguido en los términos de las normas aplicables;
- d). De las diligencias practicadas se desprenda plenamente la existencia de una causa de exclusión del delito, en los términos que establecen las normas aplicables;
- e). Resulte imposible la prueba de la existencia de los hechos constitutivos de delito, por obstáculo material insuperable, y
- f). En los demás casos que determinen las normas aplicables.

Para los efectos de esta fracción el Procurador o los Subprocuradores que autorice el Reglamento de esta Ley, resolverán en definitiva los casos en que el Agente del Ministerio Público proponga el no ejercicio de la acción penal. . .”

El maestro Manuel Rivera Silva, señala que "la resolución de no ejercicio de la acción penal o de archivo ha sido criticada manifestándose que el Ministerio Público se abroga facultades jurisdiccionales al declarar que un hecho no es delictuoso. La crítica, puede tener vigencia, pero cabe pensar que por economía y practica procesal es correcto que no se acuda a los tribunales para que hagan la declaratoria de la no existencia del delito, cuando el Ministerio Público no tiene elementos que lo comprueben y por ende no puede hacer la consignacion, atento a lo dispuesto en el artículo 16 Constitucional. Si se consignaran todos los asuntos al órgano judicial para que hiciera la declaratoria, el trabajo se multiplicaria en los tribunales, entorpeciendo la rápida administración de justicia".⁵¹

Por otra parte la doctrina ha sostenido que a la resolución de no ejercicio de la acción penal o archivo, no se le puede dar el carácter de definitividad, como cosa juzgada, ya que esta resolución no es judicial, sino administrativa, y por ese mismo carácter administrativo, puede ser revocable en beneficio de la sociedad y continuar la investigación y llegado el caso, ejercitar la acción penal, es decir, que la ponencia o determinación de no ejercicio de la acción penal, en modo alguno significa que la averiguación previa ha concluido o que "por haber resuelto así ya no es posible hacer nada", ya que en el supuesto de que aparecieran nuevos elementos el Ministerio Público en tanto no haya operado una causa extintiva de la acción penal, queda obligado a continuar la averiguación, pues la resolución del

⁵¹ Rivera Silva, Manuel, El Procedimiento Penal, Edit. Porrúa, México, 1990.

no ejercicio de la acción penal es una resolución que no causa ejecutoria; La práctica de nuevas diligencias puede llevar incluso al ejercicio de la acción penal.

En relación a este criterio, en el año de 1994 se introdujo la posibilidad de impugnar la resolución del Ministerio Público sobre el no ejercicio de la acción penal adicionando el cuarto párrafo al artículo 21 Constitucional, que a la letra dice:

Artículo 21. ". . . Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley. . . "

La impugnación de la resolución del no ejercicio de la acción penal, incorporada a la norma constitucional con la reforma de 1994, constituye un verdadero parteaguas en el sistema jurídico mexicano; pues como es bien sabido antes de esta reforma, prevaleció el criterio reiterado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que las resoluciones de no ejercicio de la acción penal eran impugnables, es decir, que en su contra no procedía recurso alguno; lo que en la práctica propició que en algunos casos, aun cuando existían elementos suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público no ejercitaba la acción penal, propiciándose la impunidad y corrupción, agravando todavía más a las víctimas del delito o a sus familiares que al verse afectados por la comisión de un delito clamaban justicia.

De tal suerte que esta reforma vino a sujetar el control de la legalidad las resoluciones de no ejercicio de la acción penal al establecer que dichas resoluciones podrán ser impugnadas en la vía jurisdiccional para que los jueces federales decidan en definitiva.

Considero que no debe de operar ese criterio, por las siguientes razones:

- a) El ejercicio de la acción penal compete exclusivamente a la institución del Ministerio Público.
- b) La abstención de la institución del Ministerio Público, en el ejercicio de su función, evidentemente no lesiona derechos individuales, sino sociales y puede dar cauce a un juicio de responsabilidades, pero no al amparo.
- c) Si los tribunales asumiesen el cometido de ordenar el ejercicio de la acción penal, se caería en el erradicado sistema de enjuiciamiento inquisitivo, esto es regresariamos a los tiempos de antes de la Constitución de 1917. en otras palabras la investigación de los delitos, caería de nueva cuenta en el Poder Judicial, situación que fue aberrante para los constituyentes de 1917
- d) El interés puramente civil reparatorio, del perjudicado por el delito, puede ser satisfecho mediante el procedimiento civil ordinario.
- e) Cuando el Ministerio Público determina el no ejercitar la acción penal, es parte procesal y resulta improcedente la interposición del amparo, contra quien no realiza actos de autoridad.

- f) Bajo el pretexto de defender derechos privados, el particular interesado, quejoso, pretende intervenir en el manejo de la acción pública.

f) NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

Dicha determinación del Ministerio Público es la materialización de las dos figuras antes indicadas, es decir, viene a ser el género de las determinaciones en las que el Ministerio Público decide no llevar a dirimir el asunto a los tribunales, elaborando el no ejercicio de la acción procesal penal, es un acto unilateral en el que el agente investigador del Ministerio Público, en su carácter de representante del Estado, determina que por no estar satisfechos los requisitos exigidos en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no ha lugar al ejercicio de la acción procesal penal, esto es, de solicitarle al Juez el libramiento de una orden de aprehensión o de comparecencia contra alguna persona física.

El no ejercicio de la acción procesal penal o mejor conocido como el no ejercicio de la acción penal, tiene como principales supuestos los siguientes:

1. Que del resultado de la investigación se puede afirmar que los hechos o conductas descubiertas, no pueden ser calificados como delictuosos.
2. Que del resultado de la investigación, aunque los datos encontrados sí pueden ser calificados como delictuosos, la prueba (confirmación) de éstos resulta totalmente imposible.

3. Que aun cuando éste confirmada la responsabilidad penal del potencial demandado, resulte que tal responsabilidad se ha extinguido, como en los casos de prescripción de la "acción" o derecho, revocación de la querrela, etc.

REQUISITOS LEGALES.

En el Código de federal de Procedimientos Penales, se indica que el agente del Ministerio Público, no ejercerá acción penal en los casos siguientes (artículo. 137):

- I. Cuando la conducta o los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal.
- II. Cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo participación en la conducta o en los hechos punibles, y solo por lo que respecta a aquél;
- III. Cuando, aún pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos de que se trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable;
- IV. Cuando la responsabilidad penal se halla extinguida legalmente, en los términos del Código Penal; y

- V. Cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal.

Es necesario agregar que el penúltimo párrafo del artículo 287 de la ley adjetiva federal señala lo siguiente:

"No podrá consignarse a ninguna persona si existe como única prueba la confesión. . ."

Como se advierte, la lista y la regulación resultan demasiado estrechas. A manera de recomendación, aquí habrá de incluir: casos y regulaciones tales como la cosa juzgada, renuncia a la querrela, prescripción del derecho, muerte del indiciado, inmunidad de personas, así como aquellos que puedan provocar litispendencia.

El efecto principal que produce la resolución del no ejercicio de la acción penal, consiste en que se extingue el derecho del actor penal para promover y ejercitar la acción procesal penal, que tenga como supuesto a los hechos de esa averiguación. De Aquí que se equipare en sus efectos la determinación del no ejercicio de la acción penal, con una sentencia absolutona.

Artículo 139 del Código Federal de Procedimientos Penales:

"Las resoluciones que se dicten en los casos a que se refieren los dos artículos anteriores, producirán el efecto de impedir definitivamente el ejercicio de la acción penal respecto de los hechos que las motiven.

En materia del fuero común del Distrito Federal, el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, expidió el Acuerdo A/003/99, en donde señala en el capítulo

VI DE LOS CRITERIOS Y EL PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA AVERIGUACION PREVIA.

Artículo 60. El agente del Ministerio Público titular de la unidad de investigación que conozca de la averiguación previa propondrá el no ejercicio de la acción penal, para acuerdo del responsable de agencia a la que se encuentra adscrito, en caso de que se den alguna o algunas de las hipótesis siguientes:

- I. Cuando no exista querrela del ofendido o de su representante legal, o no exista legitimación para presentarla, si se trata de un delito que deba perseguirse a petición del ofendido o respecto del cual se requiera un acto equivalente en términos de ley.
- II. Cuando los hechos que motiven la denuncia o querrela no sean constitutivos de delito, en cuyo caso el agente del Ministerio Público, desde las primeras actuaciones que practique, buscará que el denunciante, querellante u ofendido precise y concrete los hechos que motiven la denuncia o querrela, así como las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que ocurrieron, a fin de contar con los datos necesarios para resolver si los hechos constituyen o no delito.
- III. Cuando en la averiguación previa no sea determinable la identidad del probable responsable, después de haber agotado todas las diligencias necesarias para lograr su identificación;
- IV. Cuando los medios de prueba desahogados en la averiguación previa sean insuficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable

responsabilidad y resulte imposible desahogar medios de prueba ulteriores relevantes para el efecto;

- V. Cuando se acredite plenamente alguna causa de exclusión del delito en la indagatoria;
- VI. Cuando se haya extinguido la acción penal en términos de ley, sea por muerte del delincuente, por amnistía, por perdón del ofendido o el legitimado para otorgarlo, por prescripción o por disposición legal derogatoria o abrogatoria;
- VII. Cuando exista previamente dictada una sentencia definitiva o resolución de sobreseimiento judicial que haya causado ejecutoria, respecto de los hechos atribuidos al indiciado; y
- VIII. En los demás casos que señalen las leyes.

En ningún caso, podrá proponerse el no ejercicio de la acción penal sin que se haya determinado el destino legal de los bienes y valores afectos a la averiguación previa en los términos previstos por el Código Penal

La propuesta de no ejercicio de la acción procesal penal se realizará, ante la Coordinación de Auxiliares del C. Procurador, cuando la propuesta sea realizada sobre averiguaciones de delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio sea de cinco años o más y serán remitidas para su aprobación al responsable de agencia de la adscripción cuando la averiguación que motive la propuesta de no ejercicio de la acción procesal penal verse sobre delitos y sus modalidades sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético no

exceda de cinco años, pena alternativa o exclusivamente multa, lo anterior conforme a lo establecido por la ley.

CAPÍTULO V

LA AVERIGUACIÓN PREVIA SU TÉRMINO

a) PROBLEMÁTICA QUE EXISTE AL NO SEÑALAR TÉRMINO PARA LA DETERMINACIÓN DE UNA AVERIGUACIÓN PREVIA.

La tramitación de la averiguación previa no está sujeta a término alguno. Ningún precepto legal señala el tiempo que debe durar la averiguación previa, ni el plazo que debe tener el Ministerio Público para consignar; de tal manera que estará al arbitrio del Ministerio Público determinarlo.

Es evidente que si al Ministerio Público corresponde la persecución del delito, se le deben conceder constitucionalmente facultades para instruir la fase previa al ejercicio de la acción penal, se le debe dar tiempo para practicar diligencias en comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y un plazo para la consignación; sin embargo, el Constituyente no pensó en ello y dejó de regular o de reglamentar las averiguaciones previas. El resultado de esa omisión ahora se sufre y se padece: el Ministerio Público se toma tranquilamente el tiempo que necesita para redondear o para completar su investigación y el tiempo que quiere para realizar la consignación una vez practicadas las averiguaciones, sin remedio legal y a pesar de las diarias protestas del público: El Constituyente, por su imprevisión, indujo al Ministerio Público a la violación de las garantías que por otra parte establecía.

Estimamos necesario que es indispensable, que se reglamente al respecto y se establezca un plazo, dentro del cual el Ministerio Público debe realizar la averiguación previa y reunir los elementos necesarios para consignar; y un plazo para que dicho funcionario ejercite la acción penal por medio de la consignación, una vez que haya satisfecho los requisitos que señala el artículo 16 de nuestra Constitución Política.

Proponemos que se establezca un plazo de 100 a 120 días para que el Ministerio Público lleve a cabo la averiguación previa y reúna los requisitos necesarios para poder consignar; pero si con anterioridad al vencimiento de dicho plazo que se propone, se realizan todas las diligencias necesarias y se reúnen los requisitos para el ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público no debe esperar a que se venza el plazo que se le impuso, para poder realizar la consignación, sino que en ese momento debe realizarla. Ahora bien, el plazo que se propone debe empezar a correr desde el día siguiente al en que se haya presentado la denuncia o querrela del hecho delictuoso, ante el Ministerio Público.

Lo anterior lo señalamos no sin sustento alguno ya que el Código de Justicia Militar establece en su artículo 83.- Son atribuciones y deberes de los agentes adscritos a los juzgados:

“. . . II.- Formular pedimento en las averiguaciones a que se refiere el artículo 81 fracción II, una vez que estén practicadas las diligencias respectivas y que se llevarán a cabo en un plazo no mayor de ciento veinte días. Si

estimare que no hay base para iniciar procedimiento, enviará la averiguación correspondiente al Procurador General de Justicia Militar, con informe justificado, para que éste, oyendo a sus adscritos, resuelva si confirma o no confirma su opinión. . .”

Por otra parte el proyecto de Código de Procedimiento Penal emitido por el Fiscal General de la Nación de Colombia al respecto de la investigación previa, establece en su artículo en su artículo “321. Duración de la investigación previa y derecho de defensa. La investigación previa se realizará en el término máximo de seis (6) meses vencidos los cuales se dictará resolución de apertura de instrucción o resolución inhibitoria. . .” y artículo “322. Suspensión de la investigación previa. El Fiscal General o su delegado suspenderá la investigación previa si transcurridos ciento ochenta (180) días no existe mérito para dictar resolución de apertura de instrucción o resolución inhibitoria.”

En el supuesto de que haya transcurrido el plazo que se le concedió al Ministerio Público para llevar a cabo la averiguación previa, y éste no reunió los elementos necesarios para ejercitar la acción penal, debe dentro del plazo de 24 horas dictaminar el archivo o la reserva de la averiguación previa según proceda.

Ahora bien, al legislarse al respecto y establecerse el plazo que proponemos, se hace necesario también, que se conceda al particular ofendido un recurso efectivo para que lo haga valer, en caso de que el Ministerio Público no ejercite

la acción penal dentro del plazo que se le impuso para tal efecto; y ese medio eficaz es el juicio de amparo.

Al establecerse el plazo y el recurso en caso de incumplimiento, se evitarían los abusos y arbitrariedades del Ministerio Público; las averiguaciones previas ya no serían tardadas; se garantizaría la seguridad jurídica del ofendido como al probable responsable; y se daría una pronta y expedita procuración de justicia.

Los efectos jurídicos de la falta de plazo para la integración de la averiguación previa en la que no existe persona puesta a disposición, es una laguna existente en nuestra leyes procesales tanto federal como local, aunque en algunas leyes procesales estatales ya se hayan dado pasos importantes para legislar al respecto como es el caso del Estado de Jalisco cuyo Código de Procedimientos Penales establece que *el Ministerio Público esta obligado, cuando en la averiguación previa transcurra más de un año sin elementos suficientes para ejercer acción penal, a disponer su archivo y comunicarlo para su revisión al procurador general de Justicia y, si éste lo aprueba, no podrá volver a ponerse en movimiento, sino por datos supervenientes y previo acuerdo del procurador*, con relación a dicha normatividad el poder judicial ha interpretado que:

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XI, Junio de 2000

Tesis: III.2o.P.59

Página: 562

AVERIGUACIÓN PREVIA. OBLIGACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE DISPONER SU ARCHIVO Y COMUNICARLO AL PROCURADOR GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO, CUANDO EN ELLA TRANSCURRA MÁS DE UN AÑO Y NO EXISTAN ELEMENTOS SUFICIENTES PARA EJERCITAR LA ACCIÓN PENAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). Si el acto reclamado por los quejosos consiste en el acuerdo del Ministerio Público que determinó continuar con la investigación de una averiguación previa hasta su debida integración, y de autos se demuestra que ello lo hizo después de pasado un año en que se inició aquella, tal actuación vulnera, en perjuicio de los impetrantes de garantías, lo dispuesto por el artículo 103 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Jalisco, pues el agente del Ministerio Público, en términos de lo dispuesto por el numeral en cita, está obligado, cuando en la averiguación previa transcurre más de un año sin elementos suficientes para ejercer acción penal, a disponer su archivo y comunicarlo para su revisión al procurador general de Justicia y, si este lo aprueba, no podrá volver a ponerse en movimiento, sino por datos supervenientes y previo acuerdo del procurador. De lo anterior, se infiere que una correcta interpretación del precepto legal antes indicado, nos lleva a la conclusión, que cuando menos en este Estado, si existe disposición legal para constreñir al Ministerio Público que conozca de una indagatoria, que cuando en aquella transcurre más de un año, sin que existan elementos suficientes para el ejercicio de la acción penal, dispondrá su archivo y lo comunicará para su revisión al procurador general de Justicia y, si éste lo aprueba, no podrá volver a ponerse en movimiento, sino por datos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

supervenientes y previo acuerdo del propio procurador. En caso negativo, se devolverá al agente del Ministerio Público con expresión de las instrucciones pertinentes para continuar la integración.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO

Amparo en revisión 19/99. 26 de febrero de 1999 Unanimidad de votos. Ponente Hugo Ricardo Ramos Carreón. Secretario: Daniel Castañeda Grey

Al no reglamentarse en los Códigos de Procedimientos Penales (del Distrito Federal y Federal) el plazo dentro del cual el Ministerio Público debe de ejercitar la acción penal, ocasiona que este funcionario retarde la administración de justicia en perjuicio del ofendido por el delito, toda vez que a pesar de que el Ministerio Público haya realizado todas las diligencias posibles en la averiguación previa, y reunido los elementos necesarios para la consignación, éste asume una actitud pasiva y queda a su arbitrio determinar el momento de la consignación; esta actitud no permite a los tribunales penales realizar su función, sino hasta que el Ministerio Público se digne a realizar la consignación, aunque con anticipación se hayan llenado los requisitos para su procedencia.

La indeterminación del plazo para que el Ministerio Público consigne, produce una incertidumbre jurídica, tanto para el ofendido por el delito como para el probable responsable, en virtud, de que estas personas no saben a ciencia cierta si el Ministerio Público va a ejercitar o no la acción penal, y puede pasar bastante tiempo sin que la consignación se lleve a cabo; en cambio si hubiera

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

un plazo dentro del cual el Ministerio Público deba consignar cuando estén reunidos los requisitos para ello, y no lo hace, el ofendido por el delito, puede invocando el precepto legal respectivo y haciendo valer el recurso que proceda, excitar la función persecutoria del Ministerio Público.

Además la falta de plazo origina que las averiguaciones previas sean dilatadas, que tarden meses y aún años, que el Ministerio Público se tome el tiempo que quiera, tanto para llevar a cabo la averiguación como para realizar la consignación, esto trae como resultado que el Ministerio Público cometa arbitrariedades en esta fase y que quede a su arbitrio determinar el tiempo que debe durar la averiguación previa y el momento de realizar la consignación, y esto va en contra de la garantía de seguridad jurídica a que todo ciudadano tiene derecho.

b) LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL GOBERNADO IMPLICADO EN UNA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Todo gobernado tiene derecho a tener seguridad jurídica dentro de su vida, pues inclusive existen preceptos Constitucionales, en los cuales se obliga a

la autoridad a ceñirse a determinados lineamientos, en su actuación frente al gobernado, en atención al principio de legalidad al que esta sujeta.

Existen en la actualidad diversos artículos Constitucionales y de leyes secundarias, en las cuales se le otorgan al gobernado garantías que se deben de seguir antes de privarlo de su libertad, o bien cuando ya se le ha privado de su libertad y se encuentra ante la presencia del Poder Judicial.

En la especie considero que no se ha reglamentado precepto alguno que obligue a resolver en un determinado tiempo las averiguaciones previas a la institución del Ministerio público, esto en razón de que cuando el Ministerio Público se encuentra en la etapa de investigación, su actuar no esta limitado por ningún tiempo, inclusive ni por la prescripción del delito, ya que mientras tanto el Ministerio Público siga actuando en su función de investigación, la prescripción del delito no se interrumpe.

Se observa en la practica que muchas veces la institución del Ministerio Público, consigna averiguaciones previas sumamente rezagadas, que inclusive de acuerdo al tiempo aritmético y respetando las reglas sobre la prescripción de la acción penal ya prescribieron; sin embargo de acuerdo a que sigue dicha institución actuando se entiende que tales conductas delictivas toda vía no pueden ser olvidadas e incluso se puede llegar a la sanción de la persona presunta responsable.

Por esto se observa que el gobernado no goza de seguridad jurídica, pues desgraciadamente aquél gobernado que se encuentra involucrado en una averiguación previa, se encuentra con la incertidumbre de que en cualquier momento se le puede ejecutar en su perjuicio una orden de aprehensión en su contra, lo que contraviene todo principio de seguridad jurídica.

Pienso que se debe de reglamentar el tiempo en el cual se deben de llevar a cabo las averiguaciones previas, señalando tiempo específico en el cual el Ministerio Público, teniendo conocimiento de la identidad del probable responsable, determine en definitiva sobre la misma averiguación previa y no de esta forma se deje a todo el tiempo que el Ministerio Público requiera para la investigación y esclarecimiento de los hechos.

Es cierto que existen acuerdos internos dentro de la Procuraduría que obligan al Ministerio Público a determinar brevemente sobre una averiguación previa, sin embargo, en los mismos acuerdos se observa que no existe ningún tipo de sanción para el caso de que el agente del Ministerio Público investigador, no determine la averiguación previa en el tiempo señalado.

Esa reglamentación se debe de hacer a nivel de leyes secundarias, como serían los códigos de procedimientos penales, pues de esta manera sería obligatorio para todas las autoridades.

c) PROPUESTA DE SEÑALAR UN TÉRMINO PARA DETERMINAR EN DEFINITIVA UNA AVERIGUACIÓN PREVIA.

El derecho penal persigue siempre, en realidad una finalidad positiva, proteger a los autores y a las víctimas del delito.

El estado social de derecho para cumplir sus obligaciones con el sujeto activo del delito, debe de ocuparse de él, no sólo después de cometido el delito, sino más aún antes, pues es ahí donde radica la labor fundamental del gobierno, de la institución del Ministerio Público y de la sociedad entera, en la prevención del delito y de conductas anti sociales.

La potestad universal contra las penas privativas de libertad, ve con razón en ellas un foco de corrupción, sobre todo para los jóvenes.

La cárcel, en la mayoría de las veces desocializa, vacía la mente del internado, enerva su voluntad, amputa sus vinculaciones familiares, fomenta las anomalías sexuales, etc., en consecuencia la respuesta es reducir en lo posible el número de condenados a penas privativas de libertad y ampliar más y más la prevención indirecta y directa del delito.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

La averiguación previa debe de ser considerada como el conjunto de actividades de investigación para acreditar la existencia del cuerpo del delito, y la probable responsabilidad penal, diligencias que en su conjunto representaran los hechos y las acciones indiciarias más comunes y determinadas que pueden efectuarse por parte de la institución del Ministerio Público.

Los problemas que hoy día enfrenta la institución del Ministerio Público, son por una lado, que es un órgano receptor de pruebas, el agente del Ministerio Público, se encuentra cómodo en su oficina, más o menos cumple un horario, que mal aliende a la gente, que no es y no se siente parte del equipo de la Procuraduría, sea federal o local; es decir, no cumple con su objetivo de ser un órgano investigador del delito y persecutor de los delincuentes.

Pues el agente del Ministerio Público, debería de salir de su oficina para llevar a cabo las investigaciones documentales, de campo o incluso valorativas de la escena del crimen, de manera directa o a través de documentos o terceras personas y para ello debe auxiliarse de las investigaciones, técnico- policíacas, cuya recopilación de datos sea bastante y suficiente para poder demostrar, bajo qué condiciones se cometió el delito, cuáles fueron los móviles por los cuáles se cometió, las circunstancias especiales para la detención de los inculpaos.

El hecho de recabar o de recibir las denuncias o querellas en las oficinas ministeriales, deben de quedar limitadas para el Ministerio Público, pero lo

trascendental es que de esas denuncias o querellas vaya o se introduzca el órgano ministerial o policiaco en la investigación técnica para que se lleve a cabo una verdadera averiguación previa para el descubrimiento del ejecutor de un delito y las condiciones en que éste se llevó a cabo, sobre todo si se trata de la averiguación previa sin detenido, pues los datos, pistas, testigos, objetos que pudiesen esclarecer los hechos son más difíciles de encontrar si se trata por ejemplo de un delito que se cometió hace días, semanas o meses, siempre hay que recordar que los enemigos de la verdad histórica de un hecho delictivo, son dos, el tiempo que todo lo borra y el hombre que todo lo quiere borrar, por ello la investigación del delito en la averiguación previa sin detenido debe de tener un tiempo determinado para desarrollarse, como podría ser un año, contado a partir de que el Ministerio Público inicie la averiguación previa correspondiente, pues éste es un tiempo razonable durante el cual todo el aparato investigador que representa a la sociedad y el afectado, trabajando juntos, a marchas forzadas podrían encontrar las pruebas para acreditar la verdad histórica del hecho anti social.

Sin embargo, en nuestra Constitución y Códigos Procesales desafortunadamente no existe término alguno que establezca los momentos, en que debe de concluirse una averiguación previa sin detenido; estos términos están al arbitrio de la institución del Ministerio Público y lo que se propone es limitar el periodo de investigación y con ello dar certeza y seguridad a quien se ve implicado en una averiguación previa, de que su situación jurídica se resolverá de forma pronta y

expedita, pues lo que está en juego es uno de los valores más importantes de la humanidad, la libertad.

En efecto si se atiende al hecho de que no haya detenido en una averiguación previa, esto representa un problema grave, pues entonces cualquier persona puede presentar una denuncia o querrela por así convenir a sus intereses (lo cual no significa que realmente haya delito), y tendrá todo el tiempo del mundo para fabricarlo, con la ayuda directa e indirecta de la institución del Ministerio Público, directa en cuanto a la participación parcial del Agente del Ministerio Público en la litis, e indirecta en cuanto a la pasividad y desinterés de la institución del Ministerio Público, en investigar la existencia o no del delito.

En esas condiciones, la averiguación previa sin detenido, se ha convertido para muchas personas, en un instrumento de intimidación y de chantajes, pues a nadie le gusta estar sujeto a investigación y mucho menos por un delito que no cometió.

La propuesta de limitar el tiempo que se debe llevar a cabo en la investigación de un delito, durante la averiguación previa cuando no hay detenido será; obviamente cuando desde la presentación de la denuncia exista cierta y determinada, pues cuando se desconoce la personalidad del sujeto activo del ilícito, entonces deberán seguirse las reglas de la prescripción.

Cabe realizar un paréntesis y señalar la diferencia entre acción penal y pretensión punitiva.

La pretensión punitiva es el derecho del Estado a castigar al reo, previo un juicio de responsabilidad en el que se demuestren los fundamentos de la acusación y se desprenda en consecuencia la obligación que tiene el imputado de sufrir la pena.

En cambio la acción penal es la invocación al Juez para que acepte los fundamentos de la acusación e imponga en consecuencia la pena. Ella es en suma una actividad procesal que atiende a la instauración del proceso y a la actuación de la ley pena.

Como diferencia se pueden señalar las siguientes: La pretensión punitiva en el delito vive en el ámbito del derecho sustantivo, puede tener y tiene una vida extraprocesal y es además susceptible de extinguirse. La acción en cambio vive dentro del proceso es anterior al delito y no se extingue. DE lo anterior es necesario entender que el Ministerio Público ejerce la acción penal en contra de un probable responsable pero si se justifica que no existió el tipo legal por el que fue consignado ante el órgano jurisdiccional no se da la pretensión punitiva.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los procedimientos penales son las diversas etapas que teniendo como presupuesto la ejecución del delito, regulan los actos y las formas, a que han de sujetarse los órganos que intervienen, para así en su momento definir la pretensión punitiva estatal y en su caso aplicar la pena u otra consecuencia del delito.

De acuerdo a las diversas legislaciones en materia de procedimiento penal que existen en nuestro país, tenemos los siguientes procedimientos:

1. El de averiguación previa a la consignación;
2. El de proinstrucción o término constitucional;
3. El de instrucción o proceso mismo;
4. El juicio en primera instancia;
5. El de segunda instancia;
6. El de ejecución de sentencia; y
7. El relativo a inimputables.

SEGUNDA.- La averiguación previa es la etapa del procedimiento penal en la que el Estado por conducto de la institución del Ministerio Público practica las diligencias necesarias que le permitan acreditar la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal para estar en aptitud de ejercer o no la acción procesal penal ante los tribunales sea federales o del orden común.

La institución del Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal y por tanto es el único órgano responsable de la investigación de los delitos en su fase de averiguación previa. El ejercicio de la acción procesal penal nace de la comisión de un delito que es puesto en conocimiento del órgano investigador, el Ministerio Público una vez que ha reunido los requisitos exigidos por el artículo 16 Constitucional tiene la obligación de consignar los hechos ante el órgano jurisdiccional. Así tenemos entonces que el Agente del Ministerio Público ejerce la acción procesal penal de dos formas que son consignación con detenido y consignación sin detenido.

TERCERA.- Las garantías individuales que se encuentran concentradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como son el debido proceso, fundamentación y motivación en todo acto de autoridad, como su nombre lo indica garantizan la aplicación de la ley en cuanto a los procedimientos seguidos ante tribunales, con el objeto de proteger la integridad física, la libertad y los bienes siendo estos los derechos fundamentales del gobernado entre otros; es decir las garantías individuales no son derecho sustantivos, sino que constituyen el instrumento constitucional establecido por la propia norma fundamental del país para salvaguardar tales derechos.

Toda persona involucrada en la comisión de un delito tiene el derecho a ser considerada y tratada como inocente en tanto no se establezca legalmente su responsabilidad.

CUARTA.- El derecho penal persigue siempre en realidad una finalidad positiva, proteger a los autores y a las víctimas del delito. El Estado social de derecho para cumplir sus obligaciones con el sujeto activo del delito debe ocuparse de él, no solo después de cometido el delito, sino más aun antes, pues es ahí donde radica la labor fundamental del Gobierno, de la institución del Ministerio Público y de la sociedad entera en la prevención del delito y conductas antisociales.

QUINTA.- Lo que se propone es que se reglamente en la Ley adjetiva penal un término prudente en el cual la institución del Ministerio Público en su etapa de averiguación previa cuente con un plazo lo suficientemente razonable para determinar en definitiva su averiguación previa, claro siempre y cuando se condicione a que dentro de la averiguación previa como probable responsable, exista persona cierta y que cuando menos sea de un año, tiempo que se considera muy prudente.

SEXTA.- En la actualidad la institución del Ministerio Público en México no cuenta con un término debidamente reglamentado para determinar en definitiva su averiguación previa, lo que conlleva a un estado de inseguridad jurídica del gobernado que por asares del destino se encuentra implicado en la misma como probable responsable. Salvo la institución del Ministerio Público Militar, a la cual se le ordena, mediante el Código de Justicia Militar (artículo 83) a determinar en definitiva una averiguación previa en un tiempo que no debe de exceder de ciento veinte días. De igual forma existe antecedente de término para determinar en

definitiva una averiguación previa, en el Código de Procedimiento Penal de Colombia, en el cual se le señala un plazo máximo de averiguación previa de seis meses, vencidos los cuales, se declara resolución de apertura, de instrucción o resolución inhibitoria.

SÉPTIMA.- En el mejor de los casos el probable responsable dentro de una averiguación previa deberá de esperar a que la conducta delictiva prescriba de conformidad con la ley y siempre y cuando la institución del Ministerio Público deje de practicar diligencias en la investigación del delito. Esta situación lleva a un estado de inseguridad terrible para el gobernado, pues de cualquier momento a otro sin que el sepa cuando, un Juez Penal podrá ordenar su aprehensión, aunque haya transcurrido mucho tiempo después de que se cometió el injusto penal, es por ello que vuelvo a reiterar que es necesario se reglamente un termino específico en el cual la Institución del Ministerio Público pueda determinar en definitiva su averiguación previa con la única limitante que el probable responsable sea persona cierta, es decir que se encuentre plenamente identificado.

OCTAVA.- La Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, publicó el acuerdo número A/003/99, que suscribe el titular de la mencionada institución, mediante el cual instruye a los agentes del Ministerio Público a determinar en definitiva una averiguación previa en el término de sesenta días; sin embargo no se señala ninguna sanción en el caso de que el servidor público no cumpla con la mencionada disposición.

NOVENA.- Es cierto que se obliga a los agentes del Ministerio Público, titulares de las unidades de investigación o mejor conocidas como mesas de tramite, a determinar un número mensual de averiguaciones previas a final de cada mes, sin embargo considero que se debe de regular debidamente en el Código de Procedimientos Penales, la obligación del Ministerio Público para determinar en definitiva la mencionada indagatoria.

DÉCIMA.- Considero necesario que se prepare mejor al personal que integra la institución del Ministerio Público, con la finalidad de que sus investigaciones que llevan a cabo sea de manera profesional, pronta, expedita, eficiente y ante todo buscando la verdad histórica de los hechos, como una de las finalidades inmediatas del Derecho Procesal Penal.

DÉCIMA PRIMERA.- Espero que el presente trabajo sirva algún día, como un grito que hacemos los futuros abogados, para que nuestros legisladores hagan caso de la problemática que se presenta en la actualidad y legislen en relación al tema que señalo como trabajo de tesis.

DÉCIMA SEGUNDA.- Sería conveniente que se elevará a nivel de la Constitución General de la República, como garantía individual a favor de todo gobernado involucrado en una averiguación previa, la obligación que tiene el Ministerio Público de determinar en definitiva una averiguación previa, esto a fin de que las

legislaturas locales se vieran obligados a adecuar sus respectivos Códigos de Procedimientos Penales.

BIBLIOGRAFIA.

1. **Álcala Zamora y Castillo, Niceto, Legítima defensa y proceso.**
2. **Briseño Sierra, Humberto, Derecho procesal, edit. Trillas, Tomo IV.**
3. **Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, edit. Porrúa, México, 2001.**
4. **Castro Juventino V., Sánchez Cortes, Hilario y Contreras Castellanos Julio Cesar, Historia de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Tomo I, Talleres de Lithoimpresora Portales, México 1996.**
5. **Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 17ª. Edición, edit. Porrúa, México, 1998.**
6. **De la Cruz Agüero, Leopoldo, Procedimiento Penal Mexicano, 4ª. Edición, edit. Porrúa, México, 2000.**
7. **Díaz de León, Marco Antonio, Diccionario de Derecho Procesal Penal, Tomo I y Tomo II, 2ª. Edición, edit. Porrúa, México 1989.**

8. Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, **Derecho Procesal**, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1ª. Edición, México, 1991.
9. García Ramírez Sergio, **Curso de derecho procesal penal**, 5ª edición, edit. Porrúa, México 1989.
10. García Ramírez, Sergio, **Manual de Prisiones**, edit. Porrúa, México, 1994.
11. García Ramírez, Sergio y Adalo Green, Victoria, **Prontuario del Proceso Penal Mexicano**, 9ª. Edición, edit. Porrúa, México, 1999.
12. Gómez Lara, Cipriano, **Derecho Procesal Civil**, edit. Harla, México, 1994.
13. Gómez Lara, Cipriano **Teoría General del Proceso**, editorial Harla. México 1999.
14. Hernández López, Aarón, **El Proceso Penal Federal**, 5ª. Edición, edit. Porrúa, México, 1999.
15. Hernández Pliego, Julio A., **Programa de derecho procesal penal**, 3ª. Edición, edit. Porrúa, México 1998.

16. Islas Olga y Ramírez, Elpidio, **El sistema procesal penal en la Constitución**, edit. Porrúa, México 1979.
17. Martínez Garnelo, Jesús, **La Investigación Ministerial Previa**, Edit. Porrúa, México, 1998.
18. Mommsen, Teodoro, **El Derecho Penal Romano, Tomo I**, Traducción de Pedro Dorado Montero, Jiménez Gil Editor, Madrid, 1999.
19. Pallares, Eduardo, **Diccionario de Derecho Procesal Civil**, Edit. Porrúa, México, 1998.
20. Prieto Castro y Fernández, L., y Cabiedes, Eduardo G. de, **Derecho Procesal Penal**, edit. Tecnos, Madrid 1976.
21. Rivera Silva, Manuel, **El procedimiento penal**, edit. Porrúa, México, 1997.
22. Rodríguez y Rodríguez, Jesús, **La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado**, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.
23. Silva Silva, Jorge Alberto, **Derecho Procesal Penal**, Edit. Harla, México, 1999

**TESIS CON
FALLA DE ORO**

LEGISLACIÓN

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, edit. Porrúa, México 2002.
2. Código Federal de Procedimientos Penales, edit. Sista, México 2002.
3. Código Penal para el Distrito Federal, edit. Porrúa, México 2001.
4. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, edit. Sista, México 2001.
5. Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, edit. Sista, México 2002.
6. Código de Procedimientos Penales para el Estado de Jalisco, edit. Porrúa, México 2001.
7. Código de Justicia Militar, libros jurídicos Alvarado, 1 de marzo 1998.

8. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, edit. Ediciones Fiscales ISEF, México, 2001.
9. Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Ediciones Fiscales ISEF, México, 2001.
10. Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México. edit. Ediciones Fiscales ISEF, México, 2001.
11. Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. edit. Ediciones Fiscales ISEF, México 2001.
12. Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, edit. Ediciones Fiscales ISEF, México 2001.
13. Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, edit. Sista, México 2001.
14. Acuerdo A/003/99 del Procurador General de Justicia del Distrito Federal. Talleres Gráficos de la Nación, México 1999.

OTRAS FUENTES DE CONSULTA

Revistas Jurídicas.

1. Carranco Zúñiga, Joel y Rodríguez Minaya, Juan Ramón, **Elementos del Tipo o el Delito**, Revista Lex, 3ª Epoca, Año VI, Número 70, México, 2001.
2. Dagdug Kalife, Alfredo, **Las condiciones adecuadas para llevar a cabo la averiguación previa**, Revista Lex, 3ª Epoca, Año VI, marzo 2001, número 69.
3. Franco Sodi, Carlos, **El cuerpo del delito y la teoría de la tipicidad**, Revista de Ciencias Penales Criminalia, Año VIII, número 7, México, 1942.
4. Mendoza Bremauniz, Emma, **La averiguación Previa en el Procedimiento Penal Mexicano y la Investigación científica de los delitos**, Revista Mexicana de Seguridad Pública, número 1, enero-marzo 2000, México, D. F.

Notas de clase, disco compacto y documento.

5. Apuntes tomados de la cátedra de Derecho Procesal Penal del Dr. Pedro Hernández Silva en la Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, 1994.
6. Jurisprudencia y Tesis Aisladas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1917-2000, IUS 2000.
7. Proyecto de Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (documento no oficial de trabajo para la consulta convocada por la segunda Asamblea Legislativa sobre el nuevo Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal) elaborado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Asamblea Legislativa del Distrito Federal II Legislatura y Gobierno del Distrito Federal, distribuido por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN