



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

“CAMPUS ARAGÓN”

**“LA INTEGRACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA PARA
ACREDITAR EL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE
RESPONSABILIDAD DEL INCUPLADO”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE :

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

VICTORINO VALERO GONZALEZ

ASESOR: MTRA. MARIA GRACIELA LEON LOPEZ.

SAN JUAN DE ARAGON, ESTADO DE MEXICO, 2004.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

MI GRATITUD PERENNE, A MIS (FINADOS) PADRES:

ASUNCIÓN VALERO GUTIERREZ Y MICAELA GONZALEZ RIVERA, QUE HICIERON DE MI, UN HOMBRE DE BIEN E INDUCIRME POR CAMINOS DE RECTITUD Y HONESTIDAD.

A MI ESPOSA:

ROSITA, QUE HA SIDO UNA FIEL COMPAÑERA EN MI CAMINO Y UNA DAMA, QUE HA ESTADO CONMIGO EN LAS BUENAS Y EN LAS MALAS Y QUE GRACIAS A ELLA, PUDE TERMINAR MI CARRERA CON SU AYUDA ECONOMICA Y MORAL.

A MIS HIJOS:

DAVID, JORGE Y ALEJANDRA, PERSONITAS QUE ME HAN INSPIRADO PARA SEGUIR LUCHANDO EN LA VIDA Y QUE ME HAN HECHO MUY FELIZ, DESDE EL MOMENTO MISMO QUE LLEGARON A MI VIDA.

DEDICACIÓN ESPECIAL MERECE, MI MAESTRA MARIA GRACIELA LEON LOPEZ, QUE HA SIDO UNA PERSONA QUE, HA SABIDO CONducIRME EN LA ELABORACIÓN DE MI TESIS CON VERDADERO PROFESIONALISMO Y ALTA CALIDAD HUMANA.

A MIS SÍNODOS:

QUE AUNQUE NO LOS CONOZCO PERSONALMENTE, SE QUE HABRAN DE CUMPLIR CABALMENTE CON SU ENCOMIENDA, EL DIA DE MI EXAMEN PROFESIONAL, POR LO QUE PIDO A DIOS QUE LOS BENDIGA Y LOS LLENE DE FELICIDAD.

PARA MI AMIGO:

EL LIC. RAUL MORENO VILLAFUERTE, QUE HA SIDO UNA PERSONA GENEROSA CONMIGO Y JAMAS ESCATIMO ESFUERZO ALGUNO PARA ACUDIR EN MI AYUDA Y ME APOYO EN ESTE DIFÍCIL CAMINO DE LA ABOGACÍA.

PARA MI AMIGO:

EL LIC. HONORATO GASPAR CASTREJON, QUE GRACIAS A SU GRAN APOYO INCONDICIONAL EN TODOS LOS MENESTERES DE NUESTRA VIDA, HA SIDO FIEL A PESAR DE LAS ADVERSIDADES.

A MI AMIGO:

EL DOCTOR ARTURO CRUZ MENDOZA, QUE ME HA DADO LA OPORTUNIDAD Y TIEMPO PARA QUE YO PUDIERA TERMINAR LA ELABORACIÓN DE MI TESIS Y ACEPTARME COMO UNO DE SUS COLABORADORES EN EL AYUNTAMIENTO.

INDICE

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

	Págs.
1.1. Las generalidades de la Averiguación Previa en la historia.	2
1.2. Antecedentes históricos en México.	15
1.3. Concepto de la Averiguación Previa.	23
1.4. Ubicación procesal.	25

CAPÍTULO II

ASPECTOS DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

2.1. La participación del Ministerio Público en la Averiguación Previa..	27
2.2. Naturaleza Jurídica del Ministerio Público.	31
2.3. Atribuciones del Ministerio Público y principios esenciales que lo caracterizan.	38
2.4. La acción penal.	45
2.5. La acción penal y la pretensión punitiva.	49
2.6. Justificación del tiempo de integración de la Averiguación Previa.	52
2.7. Presupuesto en los que se debe ejercitar la acción penal.	57
2.8. Aspectos que comprende la Averiguación Previa.	60
2.9. Características principales.	61

CAPÍTULO III

LA AVERIGUACIÓN PREVIA Y EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

3.1. Concepto de la Acción Procesal Penal.....	70
3.2. Concepto de la Acción Penal.....	71
3.3. Ámbito de aplicación de la ley penal.	76
3.4. La Denuncia y la Querrela como medios para dar conocimiento de un delito.	80
3.5. La declaración y retención del inculcado.	84
3.6. Principios que rigen el Ejercicio de la Acción Penal.....	88
3.7. Órganos a quienes se encomienda su ejercicio.....	92
3.8. Conclusión de la Averiguación Previa.	94
3.9. Consignación.	95

CAPÍTULO IV

EL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

4.1. Importancia del tipo penal del delito y la presunta Responsabilidad del inculcado en el Derecho Penal Mexicano.	101
4.2. La integración del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado.....	106
4.3. Medios para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado en nuestra legislación mexicana....	111
4.4. Diversas resoluciones que se dictan al vencerse el término de setenta y dos horas, respecto a una debida o indebida integración de la Averiguación Previa.	121
CONCLUSIONES.....	131
BIBLIOGRAFÍA.....	134

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es realizado con el propósito de destacar la importancia que tiene una correcta y debida integración de la Averiguación Previa en el Derecho Procesal Penal, por ello intitulé el presente trabajo de tesis "LA INTEGRACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA PARA ACREDITAR EL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INculpADO." El tema en comentario es una inquietud propia del sustentante y que es concebida tomando en cuenta que el Órgano Titular del Ejercicio de la Acción Penal, es el Ministerio Público y éste Órgano abusa en muchas ocasiones de tal titularidad, así como también señalar que el Ministerio Público no integra debidamente una Averiguación Previa y consigna hechos totalmente falsos, lo que lleva a que el Órgano Jurisdiccional, haciendo uso pleno de sus facultades, dentro del término Constitucional, dicte una resolución en la cual decide sobre una de las garantías innatas de las cuales gozamos todos los individuos como lo es la libertad y la cual puede ser un acto de formal prisión a personas inocentes o a un auto de libertad por falta de elementos para procesar a una persona culpable; debiéndose esto a que los encargados de aplicar la ley, muchos de ellos desconocen la ley.

El presente trabajo lo dividí para su estudio en cuatro capítulos.

En el capítulo uno, hablo sobre las generalidades de la Averiguación Previa que ha tenido en la historia, sus antecedentes, su concepto y su ubicación procesal.

El Ministerio Público, al llevar a cabo la Averiguación Previa, tiene como objeto, la cual es si ejercita o no, la acción penal, este punto será visto en el capítulo segundo, así como la noción de la acción penal, qué artículos la rigen, sus características así como la pretensión punitiva. Veremos también el tiempo que el Ministerio Público tiene para integrar la Averiguación Previa, los presupuestos en los que debe de ejercitar la acción penal, los aspectos que comprende la Averiguación Previa y sus características principales.

En el capítulo tercero daremos los conceptos de la acción procesal, la acción penal, las disposiciones generales, la denuncia y la querrela como medios para dar conocimiento de un delito, la declaración y retención del inculcado, los principios que rigen la acción penal, los órganos a quienes se les encomienda dicho ejercicio, la conclusión de la Averiguación Previa y su consignación.

En el capítulo cuarto veremos la importancia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado en el derecho penal mexicano, la integración y comprobación del cuerpo y la probable responsabilidad del inculcado, los medios para comprobarlo en nuestra legislación vigente, así como las diversas resoluciones que dicta el Órgano Jurisdiccional al vencerse el término de setenta y dos horas, respecto a la integración de la Averiguación Previa por parte del Órgano investigador y en la cual se decide sobre uno de los valores y garantías más preciadas de todos los individuos: su libertad.

Dicho trabajo lo pongo a su siempre atinada consideración con el propósito de obtener el Título de Licenciado en Derecho.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Como sabemos, el procedimiento es el conjunto de actos y formas legales que deben ser observados obligatoriamente por todos los que intervienen, desde el momento en que se entabla la relación jurídica materia de derecho penal para hacer factible la aplicación de la ley a un caso concreto.

Partiendo de lo anterior, podemos decir que el proceso penal es un desarrollo evolutivo, que indispensablemente se sigue para el logro de un fin, pero no un fin en sí mismo, sino más bien, como medio para hacer manifiestos los actos de quienes en él intervienen, los cuales deberán llevarse a cabo en forma ordenada, pues el surgimiento de uno será el que dé lugar a su vez al nacimiento de otros, y así sucesivamente, para que mediante su previa observancia se actualice la sanción prevista en la Ley Penal sustantiva.

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 investigar 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

éstos 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.

Con el propósito de tener una mejor aplicación de la ley penal, es que las instituciones de ésta disciplina, han ido evolucionando a tal grado que lo que a la averiguación previa se refiere cada día se ha ido perfeccionando, porque de ella depende que haya una buena integración de la misma para poder comprobar en un momento dado el elemento del tipo penal del delito que se trate, y la presunta responsabilidad del diligenciado, es decir, se trata de una preparación para el ejercicio de la acción penal.

El objetivo de este trabajo es no pasar por alto el punto de vista social y las consecuencias que se derivan de la averiguación previa, por ello en el presente capítulo hablaremos de las generalidades históricas de la misma; así como de todo lo que su evolución ha tenido en nuestro derecho.

1.1. Las generalidades de la Averiguación Previa en la historia

Siendo la averiguación previa producto de la función investigadora de los delitos, natural es que su origen esté íntimamente relacionado con los antecedentes de ésta.

Partiendo de esta premisa encontramos que en la etapa conocida como régimen de autodefensa que existió en las organizaciones sociales primitivas, la reacción contra el entuerto es asunto puramente privado. "En esta época el poder público no interviene en la tutela y restablecimiento del

derecho. Él particular ofendido tiene que salir en defensa de su derecho violado para vengar la ofensa recibida y, como señala Dos Reis, en vez de que la fuerza física estuviese al servicio del derecho, éste último se encontraba a merced de aquélla.”¹ El único medio para la salvaguarda de los intereses particulares es la fuerza, quedando al arbitrio de los presentes agraviados la determinación del carácter jurídico o antijurídico de cualquier a proceder convirtiéndose de este modo en Juez y parte.

Por ello, esta situación no podía subsistir y al ir operando, históricamente, la transición de la concepción jurídica privada del delito y de la pena a la concepción jurídico-pública, el poder público, necesariamente, fue interviniendo en las contenidas a fin de buscar soluciones objetivas y limitar la venganza privada, apareciendo el Talión.

En un estadio más avanzado, el poder público, desempeña el papel de árbitro, como en el antiguo proceso privado romano, en el que a decir de Manzini, “el órgano del Estado (Juez Magistrado o Popular), se ponía como árbitro entre las partes contendientes y juzgaba atendiéndose a lo expuesto por las partes mismas.”²

Este proceso fue abandonado muy pronto, dando lugar al proceso penal público, con sus dos formas, la *cognitio* y la *acusatio*, en la cual era el Estado quien efectuaba la propia función de defensa social y, tratándose de delicta pública era también quien intervenía en el proceso, para declarar la certeza del delito y pronunciar la sentencia. Es así como finalmente la

¹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 17ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 39.

² MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. 11ª edición, Europa-América, Argentina, 2000. p. 42.

autoridad pública imparte justicia fijando la reparación para la víctima y la pena para el victimario.

Cuando en la acusatio se abusó del propósito de venganza, hubo necesidad de buscar un sistema más adecuado y surgió en el Derecho Romano el proceso penal extraordinario, en el cual las pesquisas se llevaban a cabo por funcionarios o agentes públicos denominados curiosi, nunciatores, stationari, etc., quienes transmitían al Juez los resultados de sus averiguaciones y búsquedas, pero al evolucionar este procedimiento los poderes del magistrado fueron paulatinamente aumentando, hasta invadir la esfera del acusador privado y poder proceder de oficio a la instrucción y fallo.

"El cambio continúa y el Estado poco a poco va comprendiendo que la persecución de los delitos es una función social que él debe desempeñar y no dejarla al arbitrio de los particulares. Así se llega al procedimiento inquisitivo, que culmina con la Ordenanza de Luis XIV del mes de agosto de 1670, en la cual el Juez, como representante del poder público, es quien investiga, prueba, acusa y decide, convirtiéndose en esta forma en Juez y parte desarrollándose el proceso en las tinieblas del secreto y con la mecanicidad e inmovilidad de la escritura."³

La libertad y justicia a que el espíritu humano aspira; no concibe que el Juez sea también parte en el proceso y exige la imparcialidad de aquél. Con la revolución Francesa nace la forma mixta y se entrega a otro órgano oficial, el Ministerio Público, la función de acusar.

³ FLORIÁN, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. 3ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2000. p. 66.

Al progresar la concepción pública del proceso penal, se otorgan mayores facultades al Ministerio Público, según las diversas legislaciones de los distintos países y, en la Constitución Política Mexicana de 1917, se le hace jefe de la policía judicial, quedando en sus manos la función investigadora de los delitos.

Tratando de ampliar y profundizar en nuestra exposición, consideramos pertinente señalar lo que al respecto se dio en Grecia y Roma, razón por la cual, se puntualiza lo siguiente.

En virtud de que al inicio de nuestra investigación nos hemos percatado que diversos autores coinciden en manifestar que el antecedente más remoto del Funcionario Público que nos ocupa, lo tenemos en ese país. Cabe hacer alusión que en esta época no se le conocía en los términos actuales, sin embargo, las funciones que desempeñaban los sujetos que más adelante mencionaremos eran similares a las que actualmente han sido encomendadas a la actual figura llamada Ministerio Público.

Siendo así que durante esta etapa histórica, encontramos las llamadas Ciudades Estado, resaltando Esparta y Atenas, en donde Esparta se caracteriza por una desigualdad bastante marcada ya que se encontraba dividida en tres tipos o clases sociales, resultando que la primera son los llotas o siervos, teniendo como principal función atender el trabajo agrícola, le sigue la de los Periceos o clase media, quienes se encargaban de las ocupaciones de la industria y del comercio, finalmente encontramos a los Espartanos, quienes conformaban la clase aristócrata y privilegiada, ocasionando esto una notable desigualdad social y como consecuencia una ausencia de ordenamiento jurídico capaz de propiciar convivencia alguna de igualdad en todos los aspectos, es decir, tanto político, económico, social,

etc., toda vez que la experiencia de la humanidad nos ha llevado a la conclusión de que la sociedad que ha sido jerarquizada, carece de todo medio para aspirar a una justicia social, comentario que respaldamos con lo expuesto por el Doctor Ignacio Burgoa quien señala "es inútil hablar de la existencia de derechos del hombre o garantías individuales como conjunto de potestades jurídicas oponibles coercitivamente al poder público individual."⁴ Lo anterior en referencia a la jerarquía social antes mencionada.

Asimismo, aparece la ciudad de Atenas, a la cual consideramos un poco más avanzada en relación con la política Espartana, ya que aparentemente no había clases sociales sino que todos los ciudadanos eran de igual valor y gozaban de los mismos derechos, claro que eso no quiere decir que no existía desigualdad entre los hombres de dicha sociedad, sin embargo, ésta no se encontraba tan marcada como en Esparta, propiciando con esto la creación de un ordenamiento jurídico más inspirado, es decir, más apegado a la igualdad, aunque en realidad sólo era de hecho, pues el ciudadano podía actuar con libertad ante el Estado, inclusive, podía manifestar su inconformidad ante el proceder del mismo, según lo creyere necesario, situación que pensamos fue de suma importancia; porque en este caso la potestad del Estado podía ser criticada en su proceder con la salvedad de que su opinión no obligaba; es decir, que el Estado no tenía la obligación de acatar las observaciones de los ciudadanos, pero no obstante que dichas observaciones no fueran tomadas en cuenta, la libertad del sujeto para exigir y exteriorizar sus opiniones constituyó un paso muy importante y fundamental para lograr una impartición de justicia con las características de ser satisfactorias para todos.

⁴ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. El Juicio de Amparo. 27ª edición, Porrúa, México, 2002. p. 40.

Lo anterior, a pesar de que en la época griega en principio se contemplaba la venganza privada o autotutela, como medio de justicia; toda vez que el particular tenía en sus manos el ejercicio de la acción, pues dicho sujeto llevaba a cabo la investigación de los hechos delictivos ante el poder coercitivo del Estado, tal y como lo anota el maestro Bustamante al afirmar, “en el Derecho Ático, era el ofendido por el delito quien ejercitaba la acción penal ante los Tribunales.”⁵

Comentario del cual es importante señalar, no obstante que la impartición de justicia se enfocaba a la venganza privada, el Estado no dejaba de tener la exclusividad de la impartición y contemplación de las leyes, esto es; independientemente de que el sujeto tenía en sus manos toda la libertad para ejercer y llevar a cabo las diligencias tendientes a comprobar la realización de los hechos en su contra, a su vez no tenía la misma potestad en cuanto a la imposición de la sanción; pues esta como ya lo mencionamos se encontraba reservada al Estado, situación que como veremos más adelante no se consideró muy eficaz, en virtud de que el sujeto ofendido jamás contaría con los medios necesarios ni el Juicio apropiado para llevar a cabo de manera eficiente la investigación de los sucesos de los cuales le interesaba comprobar, con relación a que incluso no se permitía la intervención de un tercero ni en la acusación, ni en la defensa ya que el sujeto que llevaba a cabo la acusación, tenía la obligación de presentar ante el Tribunal todos los medios de prueba y manifestaciones de manera personal, así de igual manera, el sujeto acusado se encontraba en la misma situación, es decir, que no podía contar con un sujeto que interviniera para comprobar su inocencia ante el órgano ejecutor. Aspectos importantes, ya que dentro del ordenamiento que regía la convivencia entre

⁵ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Mexicano. 7ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 53.

los atenienses, se contemplaba el principio de igualdad tanto para el supuesto ofendido, como para el presunto agresor.

Hecho que como ya mencionamos, no fue considerado adecuado para la debida impartición de justicia, en base a que se pensaba que el sujeto agredido, por su afán de venganza y ánimo de castigo para con su supuesto agresor, lo privaban en muchas ocasiones de la rectitud necesaria e imprescindible para que el Estado confiara en su palabra. Siendo por ese motivo que hubo la necesidad de crear una figura que actuara libre de cualquier ánimo de castigo y venganza, originándose de ésta manera lo que actualmente conocemos como el antecedente más remoto del Ministerio Público en Grecia, que es el Arconte.

Pero antes de entrar al estudio de este funcionario, mencionaremos que su labor se encontraba "limitada a la denuncia presentada por el agredido ante el Temosteti, el cual tenía en el derecho Griego la función de denunciar los delitos ante el Senado o ante la Asamblea del pueblo, para que se designara a un representante que llevara la voz de la acusación"⁶ superándose así la etapa de la acusación privada por la etapa de la acusación pública.

El Estado tenía ahora la obligación y facultad de intervenir en la investigación de los sucesos entre particulares en materia penal, situación que antes no se daba ya que se negaban las autorizaciones para la intervención de terceros en esos casos, hasta que se crea el llamado "Arconte, funcionario en el cual coinciden en manifestar diversos autores se encuentra el antecedente más remoto del Ministerio Público, porque tenía las funciones de investigador y persecutor de los delitos entre otras; en virtud que al titular de este nombramiento, se le otorgó la facultad para

⁶ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. cit. p. 54.

intervenir en los problemas entre particulares y en un momento dado ejercía la acción penal, designación que se consideraba honrosa y enaltecía al elegido premiándolo el pueblo con corona de laurel, como lo señala el jurista Bustamante.”⁷

Lo anterior, consideramos daba al designado “un sentido de responsabilidad, en base a que su actuación dependía de la denuncia del ofendido y la insistencia del mismo en otras, ya que el Arconte no sólo actuaba a petición del agredido, sino que su función trascendía más allá, porque también actuaba incluso por incapacidad o negligencia de aquél y de sus familiares, como lo señala el maestro Colín.”⁸ Advirtiéndose con este comentario, que el funcionario gozaba de la facultad para representar al ofendido aún y cuando no contara con el conocimiento ni los medios necesarios, lográndose con esto un avance significativo en la impartición de Justicia Griega, toda vez que se desprende que una de las funciones del Arconte, se enfocaba a resolver e investigar el origen de los hechos delictivos, y así determinar la supuesta responsabilidad o en su caso, la inocencia, fin fundamental para la debida integración del proceso penal Griego y ante la sala de la justicia social, además principio importante en nuestros días al que los juristas Griegos se adelantaron desde aquella época, de ahí que la cultura Griega sea considerada como la primera en donde se concibió desde un aspecto no tan avanzado la figura del Ministerio Público; empero, pensamos, que fue una invocación importante la creación del Arconte, en virtud de que marcó la pauta para el antecedente del Representante Social a estudio, figura tan trascendente en nuestros días que aún se encuentra limitado para llevar a cabo la función que tiene designada; situación que no es imposible de superar, pero que a la vez requiere de una labor muy minuciosa.

⁷ Ibidem. p. 55.

⁸ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 15ª edición, Porrúa, México, 2003. p. 104.

Durante la época romana se presentaron diversos periodos en donde la situación política del imperio contemplado éste como la sociedad en sí misma y no como la forma de gobierno que llegó a establecer en un momento dado, marcó la pauta para que el antecedente del Ministerio Público en esa época, se viera transformado en diversas ocasiones dependiendo principalmente de la forma de gobierno que se establecía en su momento. Y aunque los conceptos con los que se manejaban eran variados, en esencia, la función era similar, es decir, no con las mismas facultades o funciones en muchos casos, pero sí con la misma estructura la cual consistía en la designación de un funcionario que se encargara de llevar a cabo todas aquéllas diligencias para lograr con la búsqueda de la verdad, el esclarecimiento de los hechos y así estar en posibilidad de poder fincar una responsabilidad, o en su caso como ya lo hemos mencionado, poder determinar el grado de responsabilidad del sujeto al cual se le imputaba un determinado ilícito.

Pero al funcionario al que se le encomendaba la actividad persecutora de los delitos no se creó de un día para otro, sino que tuvieron que presentarse una serie de circunstancias para que se considerara la necesidad de su existencia; tal y como la señala Manduca citado por el jurista Bustamante al comentar: "cuando el romano se adormeció en su indolencia y los hombres de Breno tocaron las puertas de la gran urbe, cuando las rivalidades entre Mario y Sila produjeron el periodo de las declaraciones secretas se abandonó la acusación privada y se adoptó la acusación popular y el procedimiento de oficio que es para algunos autores el germen del Ministerio Público."⁹

⁹ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. cit. p. 86.

Como podemos darnos cuenta, en el pueblo romano no pasó desapercibida la etapa de la acusación privada, toda vez que se desprende del comentario antes citado, que tuvo que darse esa transición para que se pudiera crear un funcionario con la atribución de la investigación, situación que confirma el Doctor Castro al citar de nueva cuenta a Manduca, el cual comenta, "cuando Roma se hizo la ciudad de infames delatores que, causando, en la ruina de íntegros ciudadanos, adquirirían honores y riquezas; cuando el romano se adormeció en una indolencia egoísta y seso de consagrarse a las acusaciones públicas, la sociedad tuvo necesidad de un medio para defenderse, y de aquí nace el procedimiento de oficio, que comprende el primer germen del Ministerio Público en la antigua Roma, representando la más alta conciencia del derecho,"¹⁰ se entiende que el Ministerio Público en esa época fue el resultado de la exigencia del pueblo por una impartición de justicia más eficaz, derivándose así la necesidad del Estado para lograr dicho fin; de ahí la importancia del estudio de la figura del ahora llamado representante social que nos ocupa, producto de la exigencia social y respuesta del Estado a la misma, debiendo ser por lo tanto, el más fiel y confiable de la debida así justa aplicación del ordenamiento, jurídico, como retribución a la sociedad que lo creó.

Se dice que la figura a estudio, se vio reflejada en primer término en Cicerón y Catón, los cuales ejercían el derecho de acusar, es decir, que nos encontramos ante el primer indicio de una actividad persecutora, ya que al realizar la acusación, se tenía que respaldar con algún dicho o antecedente, y aquí es en donde se origina el ánimo de perseguir un fin, como es la comprobación de los hechos a través de la investigación dando pauta con esto a que posteriormente se fuese refinando la actuación de los

¹⁰ CASTRO V., Juventino. Historia de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. 4ª edición, P.G.J.D.F., México, 2000. p. 11.

funcionarios que tenían a su cargo la actividad del ejercicio de la acción penal en nombre y representación de los ciudadanos. Pero si bien es cierto que tenían en sus manos la actividad que originaba un proceso, también lo es, que no tenían las funciones propias de un verdadero investigador, porque su función se enfocaba más a realizar la acusación.

Por otro lado se toma también como antecedente del Ministerio Público en Roma a los Judices Cuestiones, funcionarios de las Doce Tablas, los cuales al parecer realizaban actividades que concuerdan un poco más con la que desarrolla el Órgano Persecutor actualmente, en virtud de que tenían facultad para comprobar los hechos delictivos, aunque con la aclaración de que respecto de las funciones que tenían para su encargo, no estamos completamente seguros que se enfocaran a realizar todas las actividades pertinentes a lograr el esclarecimiento de los hechos propiamente; sino más bien, se abocaban a juzgar los hechos que se sometían a su consideración, como lo señala el maestro Colín al anotar: "Se dice también que los funcionarios llamados Judices Cuestiones de las Doce Tablas, existía una actividad semejante a la del Ministerio Público, porque estos funcionarios tenían facultades para comprobar los hechos delictivos, pero esta apreciación no es del todo exacto; sus características eran netamente jurisdiccionales."¹¹

Asimismo aparece el Procurador del César, señalado en el Digesto, a quien se le considera otro antecedente del Ministerio Público, en base a que tenía la facultad para actuar en nombre y representación del Cesar, para intervenir en los asuntos fiscales y asimismo, se le encomendaba el orden de las colonias, pudiendo adoptar medidas diversas con la intención de lograr cumplir con la función que le había sido encomendada, entre las que

¹¹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. p. 104.

se encuentra la expulsión de los sujetos que causaban el alboroto y más aún, la vigilancia para que dichos expulsados no regresaran al lugar del cual habían sido desterrados. Observando que en este caso el funcionario contaba con mayores facultades de las anteriormente mencionadas; es decir, que ahora no tenía tan solo la facultad de investigación de los hechos, sino también contaba con la atribución de juzgar y llevar a cabo la resolución que tomara. Así también durante el gobierno que ejerció Tulio Hostilio aparecieron los Quaestori, los cuales tenían funciones parecidas a la de los Judices Cuestiones en virtud de que gozaban de la facultad de la persecución de los actos en contra del orden público o que en un momento dado dañaban los intereses colectivos.

Posteriormente aparecen diversos funcionarios durante la etapa en que el imperio se encontraba en su mejor momento, con las características de tener facultades amplias para realizar funciones de investigación, ya que su actividad se enfocaba más a la práctica de las diligencias que lo llevaran a determinar las causas que dieron origen a los hechos, que a la función persecutora, es decir, planteándolo en los términos que conocemos actualmente, su actividad se encuadra de manera más eficaz a las actividades realizadas por la Policía Judicial, que si bien no es el objetivo que nos ocupa, consideramos necesario mencionar, toda vez que es uno de los principales apoyos del Ministerio Público actualmente para lograr de una manera más eficaz la procuración de justicia en nuestro sistema jurídico en su primer y gran etapa, como lo es el de la Averiguación Previa, por supuesto sin menospreciar a los demás actuantes. Pero lo que si nos interesa resaltar, es el tacto que tuvieron los juristas romanos para ir creando diversos funcionarios que a través del tiempo se han ido forjando y que ahora constituyen uno de los elementos más importantes de nuestro sistema, como lo es el Ministerio Público y la Policía Judicial; situación que

corroborar el jurista Rivera Silva al afirmar: "en Roma se citan como antecedentes a unos Magistrados denominados **curiosi starionari o inercas**, encargados de la persecución de los delitos en los Tribunales. Hay que hacer notar que estos funcionarios únicamente desempeñaban actividades de Policía Judicial."¹² De lo que se desprende que no eran independientes, es decir, que su actuación se encontraba limitada a las instrucciones giradas por su superior, el cual en este caso era el Pretor, funcionario que recordamos jugaba un papel muy importante en el proceso romano tal y como lo menciona el catedrático Bustamante al definirlos de la siguiente manera: "Como Magistrados encargados de la Administración de la Justicia en la primera fase de los procesos (in iure)."¹³

También dentro de los funcionarios antes mencionados se encuentran los Praefectus Urbis en la Ciudad, los praesides y procónsules, los advocati isei y los procuratores Caesaris de la época imperial, mismos que al principio se crearon con la intención de llevar un control y administración de bienes del Príncipe, pero que posteriormente sus funciones fueron cambiando y penetraron así al ámbito administrativo e inclusive judicial, al grado que posteriormente, se les otorgaron ciertas facultades para juzgar en los asuntos en los que el fisco se encontraba involucrado.

Por otro lado, los prefectos del pretorio reprimían los crímenes y realizaban la persecución de los culpables que eran denunciados, administrando justicia en nombre del Emperador. Dándonos cuenta con lo anterior, que en la época romana se dio origen a diversos funcionarios con distintos nombres y actividades similares, pues si bien es cierto cada uno manejaba situaciones diferentes, en algunos casos, también lo es, que

¹² RIVERA SILVA, Manuel. *El Procedimiento Penal*. 19ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 68.

¹³ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. cit. p. 57.

tenían algo en común siendo la persecución de los delitos, sin tomar en cuenta para algunos como ya se ha visto tenían inclusive la facultad de juzgar al culpable y otros simplemente tenían las actividades policiales.

Lo importante aquí, es resaltar la necesidad del Estado, ya desde aquella época, por crear un funcionario con las facultades necesarias para la persecución de los delitos y con total imparcialidad; crear un ente que se aboque a la investigación, lo cual implica desde la recepción de la denuncia hasta el esclarecimiento de los hechos y, si es posible la sanción que merezca el culpable para poder estar en la posibilidad de que el Estado le retribuya su actuar, y de esta manera evitar la impunidad, peligro constante e inminente en nuestros días.

Pero como es casi lógico no podemos esperar que los funcionarios romanos tuvieran como ahora, la facultad de recibir denuncias y asimismo, realizar la investigación de los hechos para lograr su esclarecimiento en un solo funcionario y en un ámbito específico, con esto, no queremos menospreciar la capacidad de los romanos para la creación de un sistema jurídico en donde haya impartición de justicia eficaz, sólo que nos encontramos en una etapa en que la figura del Ministerio Público comienza a manifestarse, siendo así que se empiezan a dar los primeros indicios de su existencia con la característica muy peculiar de ser un producto de las necesidades sociales, con un solo fin, defender y conservar los intereses sociales de conformidad con el derecho.

1.2. Antecedentes históricos en México

Durante la dominación española y hasta muchos años después de consumada la independencia, tuvo aplicación entre nosotros la legislación

hispana, en la que se reconocía el sistema inquisitorio de enjuiciamiento que se caracterizaba por el omnímodo poder del Juez para la investigación del delito, el secreto y la falta de garantías para el acusado.

En las leyes españolas de mediados del siglo XV aparecen los funcionarios conocidos como Procuradores Fiscales, entre cuyas funciones, reglamentadas por Felipe II, en las leyes de Recopilación del año de 1565, se les señalaba la de asistir a los tribunales para procurar el castigo a los delincuentes que no eran perseguidos por un acusador privado.

En esta forma el Promotor o Procurador Fiscal interviene en el proceso hasta la iniciación del plenario para formular su pliego de acusación, vemos así que esta Institución carecía de autonomía pues si intervenía en el proceso, lo hacía formando parte integrante de la jurisdicción. Por lo tanto, durante toda la época en que tuvo vigencia este sistema, quien realizaba la investigación de los delitos era el Juez.

Podemos decir en términos generales que en México este sistema imperó hasta mediados del siglo XIX.

“En la Ley de 15 de junio de 1869, conocida con el nombre de la Ley Juárez o Ley de Jurados en Materia Criminal para el Distrito Federal se empieza a perfilar nuestro Ministerio Público.”¹⁴

En esta Ley en sus artículo 4º a 8º establece tres promotorías fiscales para los juzgados en lo criminal que tienen la obligación de promover todo lo conducente en la investigación de la verdad. “En el artículo 23 se califica al promotor fiscal de representante del Ministerio Público, se le constituye en parte acusadora independiente de la actividad de la parte civil, pero sin

¹⁴ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. p. 245.

adoptarse propiamente la institución francesa del Ministerio Público. Por ser independientes entre sí, los promotores fiscales no formaban una organización; carecía de unidad y dirección en el desempeño de sus funciones.”¹⁵

El 15 de septiembre de 1880, bajo el Gobierno del General Porfirio Díaz, se expide el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en el cual la institución del Ministerio Público toma cuerpo y se organiza adoptando las características de la institución francesa, se menciona que los jueces son los funcionarios de más alta jerarquía de la policía judicial, entre cuyos miembros figura el Ministerio Público, y que aquélla tiene por objeto la investigación de los delitos, la reunión de sus pruebas y el descubrimiento de sus autores, cómplices y encubridores, en tanto 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. “A pesar de ello, la averiguación de los delitos continúa en manos del Juez, pues se establecía que en los delitos perseguibles de oficio, el Ministerio Público, sin pérdida de tiempo, requerirá la intervención del Juez competente del ramo penal, para que inicie el procedimiento y sólo, excepcionalmente, cuando hubiese peligro de que, mientras se presenta el inculpado se fugue y se destruyan o desaparezcan los vestigios del delito, está facultado para aprehender al responsable y asegurar los instrumentos, huellas o efectos del delito. Por lo tanto, intervenían en la investigación de los delitos hasta ciertos límites.”¹⁶

Al promulgarse el 6 de julio de 1894, un nuevo Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, que

¹⁵ Ibidem. p. 246.

¹⁶ ACERO, Julio. Nuestro Procedimiento Penal. 10ª edición, Porrúa, México, 1999. p. 185.

conserva esencialmente las ideas contenidas en el de 1880, Juez y Ministerio Público continúan siendo miembros de la Policía Judicial, correspondiendo a éste perseguir y acusar ante los Tribunales a los responsables de un delito y cuidar de que las sentencias se ejecuten puntualmente.

En la Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito y Territorios Federales, que se expidió el 12 de septiembre de 1903, se adopta ya íntegramente la institución del Ministerio Público y, por vez primera, aparece presidida por el Procurador de Justicia, dándosele así unidad y dirección y deja de ser un mero auxiliar de la administración de justicia para convertirse en una magistratura independiente de lo judicial, representando a la sociedad, como una extensión del Poder Ejecutivo, actuando como parte en el juicio y titular de la acción penal. Se conceden en esta ley, en materia de averiguación previa, facultades al Ministerio Público para recoger todas las huellas del delito y practicar ante sí, las diligencias urgentes, que tiendan a fijar la existencia de éste o de sus autores.

Fijando de esta manera el carácter de la institución, transcrito fiel de la institución francesa en que se inspiró la citada ley, y que perduró hasta la radical reforma que sufre en la Constitución Política Mexicana de 1917.

Por lo que hace al Ministerio Público Federal, funcionaron en los Tribunales Federales Fiscales adscritos a los mismos, que desaparecen con el Decreto del 22 de mayo de 1900, que reformó los artículos 91 y 96 de la Constitución Política de 1857, creando el Ministerio Público de la Federación, como institución independiente de los Tribunales, pero sujeta al Poder Ejecutivo.

En la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal del 16 de diciembre de 1908, se considera a la institución como auxiliar de la administración de

justicia en el orden federal y como encargada de procurar la persecución, investigación y represión de los delitos de la competencia de los Tribunales Federales y defender los intereses de la Federación, ante la Suprema Corte, Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito.

El Ministerio Público mexicano sufre un cambio trascendental en la Constitución Política del 5 de febrero de 1917 que tal como acertadamente previó Don Venustiano Carranza, revolucionó nuestro sistema procesal. El Ministerio Público había sido una figura decorativa y su funcionamiento nominal, hasta entonces. Las razones que se tuvieron en cuenta para promover la reforma de la institución las expresa el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista en la exposición de motivos del proyecto de Querétaro en la siguiente forma: "Pero la reforma no se detiene allí, sino que se propone una innovación que de seguro revolucionará completamente el sistema procesal que durante tanto tiempo ha regido en el 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 esta adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquél, tiene un 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 para 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 los jueces que, ansiosos de renombre, veían con verdadera fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiese desplegar un sistema completo de opresión en muchos casos contra

personas inocentes y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando en sus inquisiciones las barreras mismas que terminantemente establecía la ley.

La misma 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 reprobados y la aprehensión de los delincuentes. Por otra parte el Ministerio Público con la policía judicial represiva a su disposición, quitará a los presidentes municipales y a la policía común, la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuantas personas juzguen sospechosas, sin más méritos que su criterio particular. Con la institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad individual estará asegurada, porque según el artículo 16 nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirse sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige.¹⁷

El proyecto sometido a la consideración del constituyente fue motivo de dictamen de la comisión de la Constitución (Diputados Francisco J. Mujica, Alberto Román, L. G. Monzón, Enrique Recio y Enrique Colunga).

Ese dictamen que dijo aceptar las ideas del Primer Jefe pero que propuso redacción distinta fue reiterado porque el Congreso pensó lo contrario, es decir, que no se ajustaba como creían sus autores a las ideas de aquél.

¹⁷ Cfr. GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. El Procedimiento Penal Mexicano. 17ª edición, Porrúa, México, 1999. p. 278.

Después de unos días, la mayoría de la comisión presentó la siguiente redacción "también incumbe a la propia autoridad (la administrativa) la persecución de los delitos por medio del Ministerio Público y de la Policía Judicial que estará a disposición de éste."¹⁸

Con estos antecedentes, se crea en la Constitución Política de 1917 el artículo 21, cuya primera parte, de acuerdo con la redacción que le dio en el voto particular del Diputado Licenciado Enrique Colunga, que fue aprobado por la asamblea quedó como sigue: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél."¹⁹

Como consecuencia de la reforma constitucional introducida a los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de la República de 1917, comenta González Bustamante. "La institución del Ministerio Público quedó substancialmente transformada con arreglo a las siguientes bases: a) El monopolio de la acción penal corresponde exclusivamente al Estado, y el único órgano estatal a quien se encomienda su ejercicio, es el Ministerio Público; b) De conformidad con el Pacto Federal, todos los Estados de la República deben ajustarse a las disposiciones constitucionales, estableciendo en sus respectivas entidades la institución del Ministerio Público; c) Como titular de la acción penal, el Ministerio Público tiene las funciones de acción y de requerimiento, persiguiendo y acusando ante los Tribunales a los responsables de un delito; el Juez de los Penal no puede actuar de oficio, necesita que se lo pida el Ministerio Público; d) La policía judicial tiene a su cargo la investigación de los delitos, la busca de las pruebas y el descubrimiento de los responsables y debe estar bajo el control

¹⁸ RIVERA SILVA, Manuel. Op. cit. p. 193.

¹⁹ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. cit. p. 279.

y vigilancia del Ministerio Público, entendiéndose que la policía judicial constituye una función; que cualquier autoridad administrativa facultada por la ley, puede investigar delitos, pero siempre que esté bajo la autoridad y mando inmediato de los funcionarios del Ministerio Público; e) Los jueces de lo criminal pierden su carácter de policía judicial, no están facultados para buscar pruebas por iniciativa propia y sólo desempeñan en el proceso penal funciones decisorias; y f) Los particulares no pueden ocurrir directamente ante los Jueces como denunciadores o como querellantes.”²⁰

Por su parte Javier Piña y Palacios concluye “que en la formación de nuestro Ministerio Público, concurren tres instituciones: La Promotoría o Procuraduría Fiscales de España, el Ministerio Público Francés y un conjunto de elementos enteramente mexicanos. Del Ministerio Público francés tomó la características de la unidad que consiste en que cuando actúa uno de sus miembros es la institución misma la que ejecuta el acto y no aquél; la influencia de la Promotoría o Procuraduría Fiscales españolas se hace sentir en cuanto a la técnica de sus actos, sobre todo en la manera de formular conclusiones y el elemento enteramente mexicano relativo a la preparación del ejercicio de la acción penal. A partir de la Constitución de 1917 en la Ley y, en la realidad a partir del año de 1930, el Ministerio Público ha utilizado esa facultad (la de policía judicial) para cumplir con los requisitos en que lo coloca la titularidad única que tiene de la acción penal mediante la cual persigue el delito. Es decir, ha utilizado la facultad de policía judicial como medio preparatorio del ejercicio de la acción penal y el conjunto de diligencias legalmente necesarias que, como jefe de la policía judicial, debe practicar el Ministerio Público, para resolver sobre el ejercicio de la acción penal, ha dado origen al periodo de la averiguación previa.”²¹

²⁰ Ibidem. p. 282.

²¹ PIÑA Y PALACIOS, Javier. Derecho Procesal Penal. 6ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2002. p. 278.

1.3. Concepto de la Averiguación Previa

“El período de la averiguación previa ha recibido diversos nombres, y para ello se ha considerado su naturaleza jurídica, o las especiales concepciones de sus autores. Así, se le llama también instrucción administrativa (García Ramírez), preparación de la acción (Rivera Silva), preproceso (González Bustamante), averiguación Fase A (Códigos Poblano y Yucateco), fase indagatoria (Briseño Sierra), procedimiento preparatorio gubernativo (Alcalá Zamora). En otros lugares se le ha conocido también como indagación preliminar, o prevención policial.”²²

El ilustre abogado Eduardo Pallares, señala que por averiguación previa debe entenderse “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 preprocesal, que tiene por objeto investigar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado, para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal.”²³

Guillermo Colín Sánchez, señala que “la averiguación previa, es en efecto un procedimiento a cargo de él, o los agentes del Ministerio Público correspondientes, para investigar las conductas o hechos delictuosos, y quién o quiénes son sus probables autores, para en su oportunidad ejercitar la acción penal.

²² Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. 11ª edición, Porrúa, México, 2003. p. 1003.

²³ PALLARES, Eduardo. Prontuario de Procedimientos Penales. 2ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 181.

Se le llama averiguación previa, porque ésta es un presupuesto indispensable para que pueda darse el proceso, mismo que se inicia con el ejercicio de la acción penal que, durante ese procedimiento se preparó.”²⁴

A la etapa de averiguación previa también recibe la denominación de preliminar; las actuaciones son realizadas, en sede administrativa, por el Ministerio Público.

La fase de averiguación comprende desde la denuncia o la querrela (que pone en marcha la investigación) hasta el ejercicio de la acción penal, con la consignación, o en su caso el acuerdo de archivo con la conclusión de la averiguación, o la determinación de reserva, que solamente suspende la averiguación.

La averiguación tiene por objeto que el Ministerio practique todas las diligencias necesarias para acreditar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del diligenciado, en definitiva se trata de una preparación para el ejercicio de la acción penal.

La averiguación comporta, por consiguiente, todas las actuaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad material, de la verdad histórica.

En resumen puede decir que la averiguación previa puede ser considerada también como un procedimiento, que se desarrolla antes del proceso penal, con la finalidad de preparar el ejercicio de la acción penal.

En esta etapa, el Ministerio Público recibe las denuncias o querrelas de los particulares o de cualquier autoridad, sobre hechos que estén

²⁴ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. p. 305.

determinados en la Ley como delitos; práctica las primeras diligencias, asegura los objetos o instrumentos del delito, las huellas o vestigios que haya dejado su perpetración, y busca la posible responsabilidad penal de quienes hubiesen intervenido en su comisión.

1.4. Ubicación Procesal

Ningún precepto legal señala el tiempo que debe durar la averiguación; de tal manera que estará al arbitrio del Ministerio Público determinarlo. Cuando no hay detenido, el problema no es tan grave, como suele serlo, si el indicado ha sido aprehendido en flagrante delito y está a disposición de esa autoridad; por este motivo se plantea la necesidad de determinar hasta cuándo deberá prolongarse la detención.

Se ha dicho; como la Constitución General de la República establece, también será consignado a la autoridad o agente de ella, el que, realizada una aprehensión no pusiere al detenido a disposición de su Juez dentro de las cuarenta y ocho horas como lo establece el artículo 16 Constitucional; ello obliga al Ministerio Público a llevar a cabo la consignación en el término citado. En la actualidad esta fracción fue modificada, y deberá observarse lo dispuesto por el artículo constitucional.

Debemos hacer notar que en el artículo mencionado, la intención del constituyente de 1917 fue regular la conducta de los encargados de realizar las aprehensiones, advirtiendo, a nuestro parecer, que tratándose de órdenes emanadas directamente de la autoridad judicial, no hay motivo para prolongar la detención, más allá del tiempo indispensable para poner al aprehendido a disposición de aquélla, salvo cuando "la detención se verifique fuera del lugar en que reside el Juez," porque siendo así, al

término constitucional de cuarenta y ocho horas, anteriormente se agregaba el tiempo que establecía la fracción XVIII que está derogada actualmente del artículo 107 Constitucional. Consecuentemente, como la averiguación previa, tal parece que no pasó en ningún momento por la mente de los constituyentes, sino más bien, es creación de quienes elaboraron los Códigos de Procedimientos Penales, su limitación es obligada cuando hay detenido. La Constitución no está en este aspecto de acuerdo con la realidad, por tal motivo sería conveniente reformarla.

Tomando en cuenta que para ejercitar la acción penal, deberán satisfacerse ciertas exigencias legales, si el término de cuarenta y ocho horas del que hemos venido hablando se observará y dentro del mismo se llevará a cabo la consignación, ello rompería con la realidad, porque la práctica ha demostrado la imposibilidad de que, en ese lapso, el Ministerio Público pueda realizar las diligencias características de una averiguación seria y consiente; por lo contrario, se llegaría al extremo de consignar hechos no constitutivos de delitos y a personas ajenas a los mismos.

Sin embargo, no deben extremarse las cosas permitiendo al Ministerio Público que en forma caprichosa prolongue las detenciones.

Es necesario poner límite al desvío de poder, y como el término de cuarenta y ocho horas no es aplicable al caso de que se trata, lo aconsejable sería preverlo legalmente señalando un plazo razonable y preciso dentro del cual, el Ministerio Público quedará obligado a poner al detenido a disposición del Órgano Jurisdiccional.

CAPÍTULO II

ASPECTOS DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Como vimos en el capítulo precedente, el titular de la Averiguación Previa, lo es el Ministerio Público, el cual durante esta etapa tiene que realizar una serie de diligencias para la obtención de sus fines. Todas sus actuaciones deben de contener una estructura sistemática y coherente, atendiendo a una secuencia lógica, precisa y ordenada observando en cada caso, las disposiciones legales correspondientes.

Encontramos así que el contenido de la averiguación previa está constituido por un conjunto de actuaciones realizadas ante y por el Ministerio Público, en cumplimiento de su función investigadora, para que pueda resolver si ejercita o no la acción penal. De ahí su denominación de averiguación previa, es decir, de investigación o indagación anticipada al ejercicio de la acción penal.

2.1. La participación del Ministerio Público en la Averiguación Previa

“Cometido un hecho delictuoso surge el derecho a castigar por parte del Estado, y, para el Ministerio Público, la obligación de ejercitar la acción penal, de acuerdo con el principio de legalidad. En estas condiciones, el órgano acusador inicia una serie de actos preparatorios del ejercicio de la acción penal, misma que realiza en la fase denominada averiguación previa,”²⁵ etapa procedimental en la que el Ministerio Público recibe las denuncias o querellas sobre hechos que pueden constituir delitos, y practica todas aquéllas diligencias que sean necesarias para el esclarecimiento de la

²⁵ CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel. El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México. 4ª edición, UNAM, México, 2000. p. 73.

verdad, por lo que no sólo investiga y persigue el delito, sino que recoge las pruebas que sean indispensables para estar en posibilidad de ejercitar la acción penal, debiendo para ello dejar satisfechos los requisitos señalados en el artículo 16 constitucional.

Esta fase tiene por objeto, como hemós visto, investigar los delitos y reunir las pruebas necesarias para presumir la responsabilidad del delincuente para que el Ministerio Público pueda solicitar la apertura del proceso.

“Todas las diligencias e investigaciones que realiza el Ministerio Público en la averiguación previa, lo hace con el carácter de autoridad, teniendo imperio, ya que está facultado para imponer, por vía de corrección disciplinaria, multas que no excedan del importe de un día de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, arresto hasta de treinta y seis horas y el auxilio de la fuerza pública,”²⁶ con lo cual estamos de acuerdo, porque de no ser así, las determinaciones del Ministerio Público jamás se cumplirían.

Dicha calidad de autoridad decisoria del Ministerio Público la pierde al ejercitar la acción penal, al demandar la jurisdicción, ya que automáticamente se convierte en parte, y queda sujeto a las determinaciones judiciales.

Pues bien, es en la fase investigatoria donde el Ministerio Público actúa como autoridad y en donde la fuerza probatoria de las diligencias que practica tienen la misma fuerza y el mismo valor que las diligencias que se practican ante el Juez, según hemos señalado. El Juez, en este sentido, al imponer una pena, tiene que atenerse a la valoración de la prueba que hace

²⁶ Ibidem. p. 74.

un agente del Ministerio Público. "En efecto, si se supone que las diligencias practicadas por el Ministerio Público tienen un valor probatorio pleno, estamos constriñendo al Juez a la valoración que de ella ha hecho el órgano acusador y volviendo a los tiempos del sistema inquisitorio en que un solo órgano es Juez y parte en el proceso, lo cual es absurdo, ya que si el Constituyente de 1916-1917 tuvo extraordinario empeño en quitarle al Juez sus funciones inquisitoriales, que lo convertían simultáneamente en acusador y en parte, por el contrario se consideró conveniente que tales funciones las asumiera en lo sucesivo el Ministerio Público, pues resulta claro que éste, durante la averiguación previa, actúa por sí y ante sí, con carácter de autoridad decisoria, y hace lo mismo que antes hacían los jueces;"²⁷ es decir, por una parte recaba ex officio las pruebas de cargo, y, por otra, debe emitir un juicio de valoración razonada sobre dichas pruebas a efecto de determinar si ejercita o no la acción penal en contra del acusado, por lo que el Ministerio Público realiza funciones de Juez y parte, actuando en forma inquisitorial.

- El órgano jurisdiccional no debe permanecer impasible, ni ser un simple receptor de las pruebas que le aporten las partes, sino que debe buscar los elementos de convicción adicionales, tener iniciativa para llegar a descubrir la verdad y llevar a cabo todas aquéllas diligencias que sean necesarias, pues, aunque el Ministerio Público también valora las pruebas en la averiguación previa, sus efectos no pueden producir la misma trascendencia que la apreciación que realiza el Juez.

El Juez no puede ejercer funciones investigatorias; pero esto no quiere decir que no pueda decretar y ordena la práctica de alguna diligencia

²⁷ Cit. Por. FRANCO SODI, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. 4ª edición, Porrúa, México, 1998. p. 227.

tendente a comprobar alguna prueba obscura o insuficiente. "El Juez puede ordenar, en los procesos sujetos a su jurisdicción, los trámites y providencias necesarios para la pronta y eficaz administración de justicia; asimismo, tiene facultades para que, en la comprobación del cuerpo del delito, goce de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estime conducentes según su criterio, aunque no sean de los que define y detalla la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ella. Del mismo modo, practicará todas aquéllas diligencias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad y las diligencias relativas."²⁸

En tal sentido, no debe confundirse al Juez con un investigador del delito, sustituyendo al Ministerio Público en sus funciones; el Juez debe, en todo momento, cumplir con la función más alta que le ha confiado la sociedad; la de poder decidir y aplicar la ley en el caso concreto, y si está investido de esa autoridad, puede decidir sobre la inocencia o culpabilidad de un procesado y, lógicamente, debe también valorar el grado de responsabilidad que se deduce en las constancias procesales.

"El Ministerio Público, en todos los casos, debe motivar una resolución de la jurisdicción; resolución que, por provenir de un Juez, es apelable y recurrible, y si al Ministerio Público se le concede la facultad decisoria, sería un Juez inapelable, cuyas decisiones no pueden impugnarse y, por tanto, sería irresponsable."²⁹

En resumen, podemos decir que el Ministerio Público es el que recibe las denuncias, acusaciones o querellas sobre acciones u omisiones que

²⁸ Ibidem. p. 228.

²⁹ CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel. Op. cit. p. 175.

puedan constituir delito; investigar los delitos del orden común, con el auxilio de la Policía Judicial, de los Servicios Periciales y de la Policía Preventiva, practicando las diligencias necesarias para la integración de la Averiguación Previa y allegándose las pruebas que considere pertinentes, para la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de quienes en él hubieren intervenido, así como el daño causado y, en su caso, el monto del mismo; restituir al ofendido en el goce de sus derechos, provisional e inmediatamente, de oficio o a petición de parte, cuando esté plenamente comprobado, el cuerpo del delito de que se trate, exigiendo garantía suficiente, si se estimare necesario; poner a disposición de la autoridad competente y sin demora, a las personas detenidas en caso de flagrante delito o de urgencia, de acuerdo con lo instituido en el artículo 16 constitucional; solicitar en los términos de este artículo las órdenes de cateo; asegurar los bienes, instrumentos y objetos relacionados con hechos delictivos, en los casos que corresponda, para ponerlos a disposición del Juez; recabar de los servidores públicos del Departamentos del Distrito Federal y de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, así como de otras autoridades y en actividades, los informes, documentos y opiniones necesarias a la Averiguación Previa.

2.2. Naturaleza Jurídica del Ministerio Público

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

- a) *Como representante de la sociedad en el ejercicio de las acciones penales.*- Para fundamentar la representación social, atribuida al Ministerio Público en el ejercicio de las acciones penales, se toma como punto de partida el hecho de que el Estado, al instituir la autoridad, le otorga el derecho para ejercer la tutela jurídica general, para que de esa manera persiga judicialmente a quien atente contra la seguridad y el normal desenvolvimiento de la sociedad.

Al respecto, Francesco Carrara, hizo notar: "Aunque la potestad para la persecución de los delitos emana de la ley social, que crea las formas y facilita los modos de esta persecución y hace más seguros sus resultados, no crea el derecho que tiene un origen anterior a la sociedad civil, y es más bien la razón única de la esencia del cambio de la asociación natural en sociedad civil, ya que la Constitución de la autoridad en el Estado, es un medio necesario para la tutela jurídica."³⁰

Chiovenda afirma: "El Ministerio Público personifica el interés público en el ejercicio de la jurisdicción."³¹

Rafael De Pina, considera "el Ministerio Público ampara en todo momento el interés general implícito en el mantenimiento de la legalidad, por lo cual, en ninguna forma, debe considerársele como un representante de alguno de los poderes estatales, independientemente, de la subordinación, que guarda frente al Poder Ejecutivo, más bien agrega: la ley tiene en el Ministerio Público su órgano específico y auténtico."³²

³⁰ Cit. Por. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Op. cit. p. 1049.

³¹ Chiovenda, José. Principios de Derecho Procesal Civil. 3ª edición, Reus, España, 1998. p. 156.

³² DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. 10ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 225.

- b) *Como un subórgano administrativo que actúa con el carácter de parte.*- El Ministerio Público, es un órgano administrativo, afirman no pocos autores, fundamentalmente, en la doctrina italiana, la cual se ha dividido; mientras algunos le consideran como órgano administrativo, otros afirman, "es un órgano judicial."

Guarneri, se manifiesta por lo primero, establece que es "un órgano de la administración pública, destinado al ejercicio de las acciones penales señaladas en las leyes; por tal motivo, la función que realiza, bajo la vigilancia del Ministerio de Gracia y Justicia, es de representación del Poder Ejecutivo en el proceso penal, y aunque, de acuerdo con las leyes italianas, forma parte del orden judicial, sin pertenecer al Poder Judicial, en consecuencia, no atiende por sí mismo a la aplicación de las leyes, aunque procura obtenerla del tribunal, cuándo y cómo lo exige el interés público; de manera que está al lado de la autoridad judicial como órgano de interés público en la aplicación de la ley."³³

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

³³ Cit. Por. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. p. 369.

Por otra parte, los actos que realiza el agente del Ministerio Público, son de naturaleza administrativa, lo que justifica que se apliquen a éstos, los principios del Derecho Administrativo, tan es así, que pueden ser revocables, comprendiéndose dentro de la propia revocación, la modificación y sustitución de uno por otro. Además, la propia naturaleza administrativa de la actuación del agente del Ministerio Público, reside en la discrecionalidad de sus actos, puesto que tiene facultades para determinar si debe proceder o no, en contra de una persona; situación en la que no podría intervenir el subórgano jurisdiccional, oficiosamente, para avocarse al proceso. Aún más, la sustitución, como consecuencia de la jerarquía que prevalece dentro de la organización, permite que se den órdenes, circulares y otras medidas tendientes a vigilar la conducta de quienes integran el Ministerio Público, aspecto que cae también dentro del orden administrativo.

En esas condiciones, actúa con el carácter de parte, hace valer la pretensión punitiva y de acuerdo con ello ejerce poderes de carácter indagatorio, preparatorio y coercitivo, sobre todo, presenta a través de la actuación del agente del Ministerio Público, las características esenciales de quienes actúan como parte; ejercita la acción penal, propone demandas, presenta impugnaciones, tiene facultades de pedir providencias de todas clases.

Guarneri, Manzini, Massari, Florián, José Sabatini y Franco Sodi, consideran "que el agente del Ministerio Público dentro del proceso penal, actúa como parte, independientemente de que no existe común acuerdo, en relación con el momento procedimental en que debe considerársele como tal."³⁴

³⁴ Ibidem. p. 370.

- c) *Como subórgano judicial.*- La doctrina más reciente, encabezada por Giuseppe Sabatini y Giuliano Vassalli, se inclina a otorgar al Ministerio Público el carácter de órgano jurisdiccional o de órgano perteneciente a la judicatura. Sostienen que no puede ser un órgano administrativo, sino más bien, de carácter judicial. Para eso, adoptan la postura de Santi Romano, el cual distingue la potestad fundamental del Estado dentro de las tres funciones comúnmente admitidas: legislativa, ejecutiva o administrativa y judicial.

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

Raúl Alberto Frosali, manifiesta: "dentro del orden judicial, según la etimología de la palabra, debe entenderse todo aquello que se refiere al juicio y en consecuencia, la actividad jurisdiccional es por ese motivo judicial."³⁵

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

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

³⁵ Cit. Por. Enciclopedia Jurídica Omeba. T. VI. 10ª edición, Dris-Kill, Argentina, 1999. p. 1020.

El personal del Ministerio Público, dada su naturaleza y fines, que le son característicos, carece de funciones judiciales, estrictu sensu, éstas son exclusivas del Juez, de tal manera que, debe concretarse a solicitar la aplicación del Derecho, más no a declararlo.

Para ilustrar en mejor forma nuestra afirmación, baste citar que, durante la averiguación previa, cuando por alguna circunstancia no ejercita la acción penal, por los hechos, de los que tuvo conocimiento y, además, en cambio sí ordena que se archive el expediente, esto último, no significa que en el futuro sea un obstáculo para proceder, porque al contar con nuevos elementos, si éstos satisfacen las exigencias legales, su deber ineludible es ejercitar la acción.

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

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

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

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

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

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

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

"Por otra parte, no es posible ignorar las graves inconveniencias en que se traduce la dependencia directa e inmediata del personal del Ministerio Público en relación con el Poder Ejecutivo y las ventajas que

puede reportar si aquél formara parte o integrara, en su caso, una magistratura independientemente.

En el medio mexicano, el personal que integra el Ministerio Público realiza una función creada por quienes integraron el Congreso Constituyente de 1917, y cuya naturaleza es polifacética, por eso en cumplimiento de sus funciones actúa como autoridad administrativa, colabora en la función judicial, es un sujeto de la relación procesal e interviene en los asuntos en los que el Estado es parte, y en los casos de los ausentes, de los menores, etc.

De lo anteriormente expuesto, podemos decir que en la actualidad, corresponden al personal del Ministerio Público muchas atribuciones; no obstante, es necesario hacer una revisión para determinar si las conferidas por el legislador le corresponden a si es preciso otorgarle algunas otras que no se le encomiendan.

2.3. Atribuciones del Ministerio Público y Principios esenciales que lo caracterizan

Las principales atribuciones de esta institución se establecen en los artículos 21 y 102 de la Constitución general de la República, sumándoles, desde luego, las contenidas en las respectivas leyes orgánicas que le dan su estructura y organización.

Al respecto, nos dice el Doctor Héctor Fix Zamudio, “que en la actualidad todavía no se han precisado ni la naturaleza ni las funciones del Ministerio Público señaladas por nuestra Constitución Federal; se le han conferido una gran variedad de atribuciones tanto en la esfera nacional

como en la local, que se traduce en la defensa de los intereses patrimoniales del Estado, en la asesoría jurídica de las entidades gubernamentales, en la defensa de los intereses de los menores e incapacitados, en la representación de ciertos intereses jurídicos. Asimismo, se destaca como punto principal la investigación de los delitos y del ejercicio de la acción penal. De todas estas atribuciones, algunas resultan incompatibles, y la teoría lo ha transformado en una figura impresionantemente poderosa e hipertrofiada; no obstante, esas atribuciones se podrían calificar como indispensables en la compleja vida jurídica de nuestra época.”³⁶

Colín Sánchez, nos dice que, “aunque la atribución fundamental del Ministerio Público deriva del artículo 21 Constitucional, en la práctica no sólo investiga y persigue el delito, sino su actuación se extiende a otras esferas de la administración pública, siendo notable su intervención en materia civil en cuestiones de tutela social; representando a los incapaces o ausentes, y en algunas otras situaciones en las que son afectados los intereses del Estado, tanto en materia federal como local de algunas entidades federativas. En términos generales, preserva a la sociedad del delito. Colín Sánchez concluye diciendo que el Ministerio Público tiene asignadas funciones en: a) El Derecho Penal, b) el Derecho Civil, c) el Juicio Constitucional y d) como consejero, auxiliar y representante legal del Ejecutivo.”³⁷

Por su parte, García Ramírez, “señala como atribución fundamental del Ministerio Público, de naturaleza netamente procedimental, la persecución de los delitos que desempeña en la averiguación previa de los

³⁶ FIX ZAMUDIO, Héctor. *El Juicio de Amparo*. 10ª edición, Porrúa, México, 1999. p. 216.

³⁷ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Op. cit.* p. 379.

mismos y el ejercicio de la acción penal. El Procurador General de la República, como titular del Ministerio Público Federal, tiene a su cargo la asesoría jurídica del gobierno, tanto en el plano nacional como en el local; también es el representante jurídico de la Federación, ya sea como actor, demandado y tercerista; de la misma manera, tiene como misión la vigilancia de la legalidad, que se traduce en promover cuanto sea necesario para la buena marcha de la administración de justicia, denunciar las leyes contrarias a la Constitución y promover su reforma. El Ministerio Público Federal es parte en el juicio de amparo siempre para preservar el imperio de la legalidad; pero puede abstenerse de intervenir cuando a su juicio el asunto carezca de interés público. Por último, el Ministerio Público tiene participación en cuestiones civiles y familiares.³⁸

Por todas esas atribuciones señaladas, nos damos cuenta de la gran diversidad de funciones que se le encomiendan a esa institución, como las de consejero jurídico, representante jurídico de la Federación, fiel guardián de la legalidad, las de defensa de los intereses patrimoniales del Estado. De algún modo, son facultades administrativas y justifican su dependencia al Poder ejecutivo.

Todas esas atribuciones obedecen a que, en las diversas materias en las que interviene el Ministerio Público, pueda verse lesionado el interés público, razón por la cual debe ser oído. Empero, dado el propósito de esta investigación, nos limitaremos únicamente al estudio de las atribuciones señaladas en el artículo 21 constitucional; esto es, a la investigación y persecución de los delitos y al ejercicio de la acción penal.

³⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. 3ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 87.

Consecuentemente con el contenido de los textos constitucionales, el de las leyes que lo organizan y las demás disposiciones de otros ordenamientos jurídicos y sin omitir la jurisprudencia, textos legales que otorgan al personal del Ministerio Público la titularidad de la acción penal; sin embargo, prácticamente, su esfera de acción se extiende más allá del ámbito del Derecho Penal; es notable su intervención en materia civil, como en los casos de incapacitados o ausentes y también en algunas otras situaciones, en las que son afectados los intereses del Estado (tal es el caso del Ministerio Público Federal y del Ministerio Público Local, de algunas entidades federativas).

En términos generales, tiene encomendada, asimismo, la delicada misión de preservar a la sociedad de las conductas o hechos considerados delitos.

De lo apuntado, concluimos que el personal del Ministerio Público, tiene asignadas funciones específicas en las siguientes materias: a) Penal; b) Civil y c) Constitucional.

En materia penal.- En ejercicio de sus atribuciones, primordialmente, preservará a los integrantes de la sociedad de las conductas o hechos considerados delitos; también promoverá lo conducente para la aplicación de la sanción de todo acto ilícito por la cual haya ejercitado la acción penal. Para la realización de ese cometido llevará a cabo las funciones siguientes: 1) Investigatoria; 2) Persecutoria, y 3) De vigilancia en el cumplimiento de las leyes durante la ejecución de sanciones.

En materia civil.- En materia civil tiene encomendada, fundamentalmente, una función derivada del contenido de leyes secundarias, en aquellos asuntos en los cuales el interés del Estado debe

manifestarse para la protección de intereses colectivos, o cuando, estos mismos requieran por su naturaleza y trascendencia, de una tutela especial.

En materia constitucional.- Esta función, solamente pudo referirla, en forma concreta al funcionario del Ministerio Público Federal, mismo que en cumplimiento a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República: "vigila la observancia de los principios de constitucionalidad o legalidad en el ámbito de su competencia." (artículo 2º, fracción I). Como parte, también tiene injerencia en todos los juicios de amparo, promoviendo la estricta observancia de la ley y la protección del interés público conforme a lo dispuesto por el artículo 107, fracción XV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por el artículo 103 y 107, constitucionales.

Esta atribución, comprende las actuaciones necesarias para el despacho de las facultades que confieren al Procurador, las fracciones V y VIII, del artículo 107 Constitucional: "la propuesta al Presidente de la República de reformas legislativas necesarias para la exacta observancia de la Constitución, la reforma de normas locales inconstitucionales; la vigilancia de la aplicación de la ley en todos los lugares de detención, prisión o reclusión de reos federales; la promoción de la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia."

Resumiendo lo anterior, decimos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, se instituye el Ministerio Público, se precisa la atribución esencial de quienes ejercen las funciones que le encomiende el legislador y en las leyes y reglamentos correspondientes, se indica su estructura y organización, así como también su esfera jurídica.

Para que el Ministerio Público pueda cumplir con las funciones que le han sido encomendadas, es necesario que cumpla con determinados

principios que se desprenden de la ley y la doctrina, mismos que lo caracterizan.

1. Jerarquía

Este principio significa que el Ministerio Público se encuentra organizado jerárquicamente bajo la dirección y mando del procurador de justicia.

Las personas que lo integren, los diversos agentes del Ministerio Público, se consideran como miembros de un solo cuerpo; éstos no son más que una prolongación del titular.

En nuestro medio no se ha logrado la unidad absoluta de esta institución, pues existe el Ministerio Público Federal bajo la dirección y dependencia del procurador general de la República, esto, en materia federal.

En materia común encontramos al Ministerio Público del orden común bajo la dirección del procurador de Justicia del Distrito Federal, o del Estado de la República de que se trate.

2. Indivisibilidad

Ésta consiste en que los agentes del Ministerio Público que intervienen en cualquier negocio de su competencia no actúan por derecho propio, sino representando a la institución; de esta forma, aunque varios agentes intervengan en un asunto determinado, los mismos representan en cada uno de sus actos a una misma institución; también puede separarse cualquiera de ellos o ser sustituido, sin que por lo mismo se afecte lo actuado. De ahí el axioma de que a pluralidad de miembros, corresponde la indivisibilidad de funciones.

3. Independencia

Esta cuestión ha sido causa de intensos debates y polémicas interminables en cuanto a la autonomía e independencia de la institución.

Guarneri dice al respecto: "Independencia no significa otra cosa sino que, en el momento de ejercer sus funciones, los funcionarios del Ministerio Público no estén obligados a obedecer sino a la ley y la conciencia propia, sin recibir órdenes de quienquiera que sea, aunque sea su superior jerárquico y hasta el más alto de ellos, que es el Ministro de Justicia, sin que tuviese importancia la forma eventualmente revestida de las instrucciones (tales cuales las contenidas en circulares y órdenes de servicio), porque éstas pasarían a segundo plano, ante la majestad de la ley y del deber de interpretarla libremente según conciencia."³⁹

4. Irrecusabilidad

En la actualidad nadie tiene duda del imperativo legal de que las funciones encomendadas al personal integrante del Ministerio Público, necesariamente deben darse en todo procedimiento penal, sin embargo, en muchas ocasiones la persona o personas que intervienen en actos procedimentales encomendados al Ministerio Público deben ser sustituidos por otros para que continúen actuando, ya sea en el momento en que tenga lugar la relación jurídico-material de derecho penal, o bien, en la relación jurídica-procesal. En otros términos, la función no es recusable, pero si lo son las personas.

Resultaría insólito que un Procurador, Subprocurador o agente del Ministerio Público practicase o dirigiese una averiguación previa o interviniese en un proceso en el cual el probable autor del delito tuviese

³⁹ Cit. Por. CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel. Op. cit. p. 97.

vínculos sanguíneos, afectivos o de otra naturaleza con los encargados de la esfera de atribuciones señaladas por el legislador a los funcionarios mencionados; por eso se explica la irrecusabilidad de determinados funcionarios aunque no de la función.

El fundamento jurídico sobre la irrecusabilidad de los servidores públicos que integran el Ministerio Público está indicada en los artículos 464 del Código Federal de Procedimientos Penales y 516 y demás relativos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

A mayor abundamiento, aunque no existieran esos preceptos, dado el espíritu que prevalece en todas nuestras instituciones jurídicas es un deber ineludible excusarse, cuando se dan las hipótesis del caso, hasta por un mínimo de sentido ético.

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

2.4. La acción penal

El proceso sólo puede darse si existe un impulso que lo provoque: la acción penal.

La acción penal, está vinculada al proceso; en términos generales, es la fuerza que lo genera y lo hace avanzar hasta alcanzar la meta deseada.

En el campo doctrinario, el concepto de acción aún sigue discutiéndose; empero, hay quienes lo consideran como un derecho, como un medio y como un poder jurídicos.

En las antiguas instituciones romanas, la acción fue considerada como el derecho a perseguir en juicio aquello que se nos debe; punto de vista fundamentado en que, tanto el proceso civil como el penal estaban identificados; integraban una sola disciplina correspondiente al derecho material; tiempo después, ya no fue considerado como un derecho en sí, distinto del derecho material, sino como el derecho material mismo, en el orden subjetivo.

Con el transcurso del tiempo, se concibió como el ejercicio del derecho mencionado para provocar la jurisdicción.

En la doctrina moderna, Hugo Rocco, Carnelutti, Mattiolo y, algunos más, afirman, es un derecho.

Manreza, obediente a la tradición, sostiene que la acción es un medio. Los autores contemporáneos, como Giuseppe Chiovenda, sostienen "la acción es el poder jurídico de realizar la condición para la actuación de la voluntad de la ley."⁴⁰

Eugenio Florián, concluye: "La acción penal, es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación del Derecho Penal."⁴¹

De lo anterior, podemos decir que, el poder jurídico, es el que se desprende en lo dispuesto en la ley y que se justifica cuando se infringe una

⁴⁰ Cit. Por. Enciclopedia Jurídica Omeba. T. IV. Op. cit. p. 1098.

⁴¹ FLORIÁN, Eugenio. Op. cit. p. 219.

disposición de las que integran el Derecho Penal y, precisamente, con la finalidad de que sea definida la pretensión punitiva estatal, previa satisfacción de determinados requisitos, sea provocada la intervención del Juez y en su oportunidad, la definición mencionada se traduzca concretamente en un declaración de culpabilidad, o la absolución del acusado.

A mayor abundamiento, como el Juez no debe proceder de oficio, ese poder jurídico tiene por objeto, directo e inmediato, excitar y promover la decisión de aquél sobre la situación jurídica planteada.

Es importante señalar que al estudiar la acción penal, los procesalistas, han encontrado en ella los siguientes caracteres.

La acción penal es pública "porque va dirigida a hacer valer un derecho público del Estado (la aplicación de la ley penal frente a aquél que ha cometido un delito) y hacer efectivo en el caso concreto el derecho penal objetivo que es eminentemente público."⁴²

Al carácter público de la acción, no se opone la necesidad de la querrela en los delitos que se persiguen a instancia del ofendido, pues se ha considerado a la querrela como una condición de procedibilidad, es decir, como una condición para el ejercicio de la misma, pero cubierto este requisito y los demás presupuestos, es el Ministerio Público quien, como titular del poder-deber que constituye la acción, la ejercita ante el órgano jurisdiccional, sin que aquélla pase a poder del ofendido por el delito.

La acción penal es indivisible porque alcanza a todos los que han participado en la comisión de un delito. El carácter de indivisibilidad de la

⁴² FLORIÁN, Eugenio. Op. cit. p. 231.

acción penal se justifica en el interés social de reprimir penalmente a los que participen en la comisión de un delito. Aún en los delitos perseguibles sólo por querrela del ofendido, la presentación de aquélla contra uno de los presuntos responsables, perjudica a todos los que hubiesen participado en la consumación del delito y, el perdón del ofendido mismo, también los favorece, pues extingue la acción penal para todos, a pesar, de que el ofendido solo lo otorgue para uno de los participantes del delito. En nuestro derecho positivo se señala como caso típico en el cual se presenta este carácter de la acción penal, el delito de Bigamia (artículo 205 del Código Penal para el Distrito Federal).

“La acción penal es irrevocable en el sentido de que, una vez ejercitada por el Ministerio Público ante la jurisdicción, no puede aquél desistirse de ella en forma arbitraria.”⁴³ Este principio, que en otros países tiene exacta aplicación, en nuestros Códigos Procesales no parece admitido, no obstante las absurdas y peligrosas consecuencias que puede acarrear, pues convierte al Ministerio Público en único árbitro del proceso penal, nulificando la acción del Juez, es decir, si quien ejercita la acción penal estuviese facultado para desistirse equivaldría a convertirlo en el árbitro del proceso.

La acción penal es única, pues envuelve en su conjunto a los delitos que se hubiesen cometido. Sin embargo, hay quien sostenga la existencia de pluralidad de acciones de manera que existan tantas acciones penales como delitos hubiese cometido un sujeto determinado. Florián toma partido por la unidad de la acción penal, porque “aunque la acción tenga su base en el delito, no puede ejercer sobre ella tanta influencia que le dé una fisonomía particular; el fin de la acción penal y su estructura son los mismos

⁴³ Ibidem. p. 232.

siempre y no varían con la variación del delito. Como el mismo autor expresa, esta cuestión tiene un valor teórico solamente, pues en la práctica todas las acciones son iguales y si, vemos que la acción no nace con el delito, la teoría de la pluralidad de la acción es en consecuencia insostenible.⁴⁴

La acción penal es autónoma porque se le considera independiente de la función jurisdiccional, pero como observa Franco Sodi, "esta autonomía no significa que sea potestativo para el Estado ejercitarla o no, según su capricho."⁴⁵

La acción penal es intrascendente, en el sentido de que se dirige solamente a la persona física a quien se imputa el delito y no alcanza a sus parientes o allegados. En el derecho mexicano puede aceptarse en parte este principio, ya que tratándose de la reparación del daño, que entre nosotros tiene el carácter de pena pública y debe exigirse de oficio por el Ministerio Público, no queda extinguida por la muerte del delincuente. (artículos 94 fracción II y 98).

2.5. La acción penal y la pretensión punitiva

La doctrina ha distinguido entre acción penal y pretensión punitiva. Esta según Massari, "es la expresión subjetiva de la norma penal y el derecho subjetivo a su aplicación, cuando se verifica la violación del precepto y como tal pertenece, por lo mismo, al derecho sustantivo o material."⁴⁶

⁴⁴ MARTÍNEZ PINEDA, Ángel. Estructura y Valoración de la Acción Penal. 2ª edición, Azteca, México, 2001. p. 189.

⁴⁵ *Ibidem*. p. 190.

⁴⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba. T.VI. Op. cit. p. 2148.

Ella es, en otras palabras, el derecho del Estado al castigo al reo, previo un juicio de responsabilidad en el que demuestran los fundamentos de la acusación y se desprenda, en consecuencia, la obligación que tiene el imputado de sufrir 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 tiende a la instauración del proceso y a la actuación de la Ley Penal.

"Florián considera inútil y equívoco el concepto acerca de la pretensión punitiva, entendida ésta como un momento intermedio entre el derecho abstracto de castigar del Estado y el concreto, que resulta declarado en la sentencia, es decir, el derecho subjetivo de castigar en potencia, que se dirige contra determinada persona para obtener la condena."⁴⁷ Sin embargo, Juan José González Bustamante, entendiendo el concepto a la manera de Eduardo Massari, "lo considera exacto y en realidad consideramos que así es, dado que la acción penal no nace directamente con el delito, es decir, con la violación a la norma penal, sino que, con ella, se origina primero la pretensión punitiva o sea el derecho subjetivo del Estado de castigar al presunto responsable, el cual se hace valer a través del proceso penal, por medio de la acción penal, para que el Juez, en la sentencia, declare en concreto el derecho al castigo del acusado, ya que como afirma Manzini, "el poder punitivo del Estado, derivado de la violación de una norma jurídica penal, no puede ejercerse sin una comprobación y una declaración judiciales que consientan el castigo en el caso concreto, porque el derecho penal no es un derecho de coerción directa como lo es el poder judicial, sino de coerción indirecta o de justicia."⁴⁸

⁴⁷ FLORIÁN, Eugenio. Op. cit. p. 306.

⁴⁸ MANZINI, Vincenzo. Op. cit. p. 286.

Entendiendo el concepto de pretensión punitiva como lo explica Massari, parece admitirlo Florián, aunque tácitamente, pues al hablar sobre la naturaleza de la acción, se expresa así: "En el campo penal debe considerarse el derecho de acción (de obrar judicialmente) como un derecho autónomo o por lo menos, distinto del derecho subjetivo de castigar del Estado, el cual lo hace valer por medio de la acción cuando existen los presupuestos para ello."⁴⁹

En nuestro concepto, creemos que, cometido el hecho que se presume delictuoso, nace para el Estado, el derecho subjetivo de castigar al responsable, el cual se hace valer por medio de la acción penal en el proceso, con el objeto de que, declarada la verdad material, se imponga al responsable, en su caso, una pena o una medida de seguridad, para que, readaptado, reingrese al seno de la sociedad y quede restituido el orden jurídico quebrantado y satisfecho el daño ocasionado. Pero la Ley Penal material tiene que aplicarse a través de los órganos correspondientes, cumpliendo los requisitos legales previamente establecidos, por medio del proceso penal, con el fin de que la libertad individual, quede ampliamente garantizada.

Por otra parte, se ha considerado útil la distinción entre acción penal y pretensión punitiva, porque aclara ciertas situaciones que se dan dentro del proceso y que, sin la noción de esta última, serían difíciles de explicar. Por ejemplo, cuando el Ministerio Público ejercita acción penal y pone en movimiento al órgano jurisdiccional quien, a la postre, encuentra que el delito que se decía cometido, no existió; si se aceptase que aquella nace con el delito ¿Cómo pudo hacerse valer algo que no ha existido?. En cambio, esta situación se explica diciendo que lo que no existió en este

⁴⁹ Cit. Por CASTRO, Máximo. Curso de Procedimientos Penales. 8ª edición, Trillas, México, 2000. p. 216.

caso fue la pretensión punitiva, porque ésta pertenece al Derecho Penal material y su titular es el Estado, en tanto que la acción penal tiene naturaleza procesal como facultad siempre existente de ocurrir al Juez y su titular es el Ministerio Público.

El caso de la prescripción se explica también diciéndose que lo que prescribe es la pretensión punitiva y no la acción, ya que en muchas ocasiones se ejercita ésta, se pone en movimiento la maquinaria judicial y, posteriormente, se descubre que la prescripción había operado; si la acción fue la que prescribió ¿cómo pudo ejercitarse algo que jurídicamente ya no existía?

Resumiendo lo anterior concluimos que la pretensión punitiva; es la expresión subjetiva de la norma penal, es el derecho subjetivo a la aplicación de la sanción cuando se ha verificado la violación del precepto, en cambio la acción penal es una actividad procesal que tiene como fin, llegar a establecer si el derecho punitivo nació para el Estado en un caso concreto.

2.6. Justificación del tiempo de integración de la averiguación previa

Para que la acción penal tenga eficacia jurídica, se desarrolla y cumpla sus fines dentro del proceso penal, son necesarios dos actos; el ejercicio de ella por el representante social ante el Tribunal respectivo y la correspondencia a ese ejercicio por parte de la jurisdicción penal, para que se dé esa conjunción jurídica de la que nace el proceso penal, es menester que la acción penal que se ejercita sea justificada y, para ello, el Ministerio Público debe preparar debidamente tal ejercicio, satisfaciendo previamente

los requisitos mínimos legales o presupuestos generales: son esencialmente dos: que se haya cometido un delito y que se señale a alguien como autor o presunto autor o partícipe del mismo.

Según el Doctor González Bustamante los "presupuestos generales que el Ministerio Público debe satisfacer en nuestro sistema procesal, de acuerdo con el artículo 16 Constitucional, consiste:

- a) En la existencia de un hecho u omisión que defina la Ley Penal como delito, debiendo entenderse que el delito imputado parte de un supuesto lógico;
- b) Que el hecho se atribuya a una persona física, ya que no se puede juzgar ni enjuiciar a una persona moral;
- c) Que el hecho u omisión llegue al conocimiento de la autoridad por medio de la querrela o de la denuncia;
- d) Que el delito imputado merezca sanción corporal y,
- e) Que la afirmación del querellante o del denunciante esté apoyada por declaración de persona digna de fe o por otros elementos de prueba que hagan presumir la responsabilidad del inculpado.⁵⁰

Los anteriores presupuestos los examinaremos uno a uno para intentar el comentario correspondiente.

- a) Basada nuestra actual legislación penal en los principios de que no hay delito sin ley (*nullum crimen sine lege*), no hay pena sin ley (*nulla poena sine lege*), dogmas consagrados constitucionalmente como garantías individuales (artículo

⁵⁰ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. cit. p. 293.

14), lógico es que para iniciar el Ministerio Público la función investigadora de los delitos, que le encomienda el artículo 21 constitucional, esto es, al tener conocimiento de un hecho y proceder a investigarlo, debe previamente determinar si el citado hecho denunciado puede constituir o llegar a constituir un delito, es decir, si ese hecho es susceptible de encontrarse definido como delito por la Ley Penal, pues de acuerdo con los principios ya señalados, la ley es la única fuente de nuestro Derecho Penal y, por lo tanto, una investigación previa relativa a actos que son inincriminables, está prohibida constitucionalmente.

El Ministerio Público, durante la averiguación previa, debe procurar reunir los elementos suficientes para comprobar la existencia material de ese hecho u omisión que defina la Ley Penal como delito para proceder, posteriormente al ejercicio de la acción penal.

La primera sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en Tesis Jurisprudencial ha establecido al respecto:

“Orden de Aprehensión. Para que proceda una orden de aprehensión, no basta que sea dictada por autoridad judicial competente, en virtud de denuncia de un hecho que la ley castiga con pena corporal, sino que se requiere además, que el hecho o hechos denunciados realmente puedan constituir un delito que la ley castigue con pena corporal.”⁵¹

- b) Para el ejercicio de la acción penal es necesaria la determinación de la persona física en contra de quien se ejerce; es menester la individualización del inculpado, ya que

⁵¹ Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2ª Sala. Vol. II. 8ª Época, Marzo-Abril, México, 1989. p. 1208.

una característica es común a todos los hechos punibles; éstos son siempre y en todas partes una conducta humana determinada. Sólo el hombre y el hacer y omitir del hombre son punibles. Por ello, el ejercicio de la acción penal sólo es posible contra un hombre, en el sentido amplio del vocablo, y no contra animales o contra personas morales y, como antes decíamos, contra un hombre determinado, individualizado.

- c) Prohibidos por la legislación y condenados por la doctrina los medios secretos para hacer llegar a conocimiento de la autoridad la existencia de un posible hecho delictuoso, tales como la pesquisa general y la particular, la delación secreta, la denuncia anónima, etc., el artículo 16 de la Constitución señala la denuncia, querrela o acusación como los medios legales para poner en conocimiento de la autoridad investigadora la existencia del hecho que se presume delictuoso, únicos actos que obligan a ésta a ejercitar sus funciones.

Así como el ejercicio de la acción penal al provocar la actividad jurisdiccional, da nacimiento al proceso; la presentación de la denuncia (o de la querrela, en su caso), da origen al periodo de la averiguación previa. La autoridad investigadora al ser presentada la denuncia o la querrela, está obligada a proceder de oficio en cuanto a la realización o ejecución de los actos procesales subsecuentes.

- d) El Doctor González Bustamante, en su obra, considera también como presupuesto para el ejercicio de la acción penal que "el delito imputado merezca sanción corporal."⁵²

⁵² GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. cit. p. 263.

Con el respeto que nos merece la opinión de tan ilustre persona, disentimos de ella, pues si bien es cierto que para que pueda librarse la orden de aprehensión, es requisito indispensable que el delito imputado se encuentre sancionado con pena privativa de libertad, para que el Representante Social ejercite la acción penal no se hace necesario tal requisito. Cuando se trata de delitos sancionados con pena no corporal o alternativa, procede el ejercicio de la acción penal, aún cuando no se dicte en contra del inculcado orden de aprehensión sino de comparecencia; ni, en su caso, se le decrete auto de formal prisión, sino de sujeción a proceso (artículos 298 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y 162 del Federal), por considerarse ilícito restringir en estos casos la libertad personal. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“ORDEN DE APREHENSIÓN TRATÁNDOSE DE PENA ALTERNATIVA. Si el delito que se imputa al indiciado, lo castiga la ley con penal alternativa, pecuniaria o corporal, la orden de aprehensión que se libre es violatoria del artículo 16 Constitucional.”⁵³

Encontramos así, que el error está en confundir los presupuestos para el ejercicio de la acción penal, con los requisitos necesarios para dictar una orden de aprehensión.

- e) La afirmación del denunciante o querellante por sí sola no es suficiente para poder proceder al ejercicio de la acción penal,

⁵³ Semanario Judicial de la federación. Vol. III. T.XV. 2a Sala. 9a Época, México, 1993. p. 1286.

ni para librar en contra del inculpado la orden de aprehensión. El artículo 16 Constitucional exige que esté apoyada por la declaración de persona digna de fe o por otros elementos de prueba que hagan presumir la responsabilidad del indiciado. Como expresamos anteriormente, el Ministerio Público durante la averiguación previa, debe procurar reunir todos los elementos de prueba que estén a su alcance para la comprobación de la existencia del delito y de la presunta responsabilidad del inculpado, con el fin de hacer eficaz el ejercicio y vida de la acción. La autoridad investigadora es la primera que tiene conocimiento del hecho delictuoso y sí, por mera negligencia, no reúne todos esos elementos de prueba, éstos seguramente con el tiempo desaparecerán y después se hará más difícil probar el delito y la responsabilidad del delincuente.

2.7. Presupuestos en los que se debe ejercitar la acción penal

Tomando en cuenta el fin y el objeto de la acción penal, la doctrina le atribuye un carácter público; además, como la ejercita un órgano del Estado Ministerio Público y se sirve de la misma para la realización de la pretensión punitiva, se dice que es obligatorio su ejercicio; no debe quedar a su arbitrio, pues si se cometió el delito, será ineludible provocar la jurisdicción para que sea el órgano de ésta quien defina la situación jurídica, porque al Ministerio Público sólo se le encomienda su ejercicio y, al no hacerlo, rebasa sus funciones.

Nosotros consideramos el problema en forma contraria, la acción penal es obligatorio, siempre y cuando haya razones fundadas para suponer que una persona es responsable de un delito, artículo 16 Constitucional; por

eso es constante y a nadie extraña, que el Ministerio Público mande archivar el expediente formado en una averiguación, sin consignar el caso a un Juez, cuando no encuentra méritos para hacerlo; con ello no hace declaración del derecho, simplemente se abstiene de perseguir a una persona en contra de quien no existen méritos suficientes. Pues bien, lo mismo debe pensarse cuando de las diligencias practicadas aparecen satisfechos, por ejemplo, los requisitos de una legítima defensa: un maleante o varios se introduce a un domicilio ajeno, de noche, o se presenta en un comercio, ante testigos, hace violencia para obtener la entrega de bienes, el secuestro de una persona, el desahogo de pasiones sexuales, etc., y el agredido incluso a veces después de ser golpeado hace uso de armas para defender su derecho, y lesiona o priva de la vida al o a los agresores; si al Ministerio Público se lo demuestran así todas las pruebas y sabe que de lo investigado no se desprenden elementos para considerar al sujeto autor de un delito, ¿será racional que le consigne y pida absurdamente su detención, la formal prisión, etc., por el tabú primitivo de que no debe declarar el derecho?

La realidad es que de lo practicado no existen datos para suponerle responsable de un delito, por eso se deben archivar las diligencias, con la reserva de reanudar la tramitación si aparecen nuevos datos que alteren la situación. Esto no se preconiza de casos dudosos, pero sí, con el criterio racional y humano de que tanto se habla al hacer aplicación de las leyes, para casos ciertos, de evidencia o de presunción en que resulte monstruoso seguir molestando, persiguiendo y perjudicando a quien fue víctima de un atraco y logró evitar que se consumara éste totalmente.

Ahondado un poco más en el problema cabría preguntarnos: ¿Para qué sirven, entonces, las presunciones establecidas por el artículo 39 del

Código Penal para el Distrito Federal, en los párrafos últimos de su fracción VI que establece que “la acción u omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo.”

La acción penal es única, porque no hay una acción especial para cada delito, se utiliza por igual para toda conducta típica de que se trate.

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

Como ejemplo para ilustrar lo aseverado está el caso del adulterio, se persigue a petición de parte agraviada; en consecuencia, tanto la formulación de la querrela como su desistimiento afectan a quienes han participado en la comisión del delito, ya sea en su perjuicio o en su beneficio.

A lo anterior se agrega el llamado carácter irrevocable; iniciado el proceso, debe concluir con la sentencia, porque si la acción se revocara esto no sería posible.

En principio, desde un punto de vista general, así debe ser; sin parte ofendida, faltando el requisito de procedibilidad (querrela), lógicamente, aún iniciado el proceso, éste no podrá continuarse y en esas condiciones no se llegará a la sentencia; tampoco será así, cuando el Ministerio Público formule conclusiones no acusatorias.

2.8. Aspectos que comprende la Averiguación Previa

El procedimiento penal, consta de cuatro periodos: averiguación previa, instrucción, juicio y ejecución de sentencia.

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

La ejecución de sentencia, no consideramos que deba incluirse como un periodo del procedimiento, como lo indica el Código Federal, porque, de acuerdo con su naturaleza y funciones, corresponde al Ejecutivo, quien a través de los organismos correspondientes la lleva a cabo.

Esta materia forma parte del contenido del Derecho Penitenciario, en virtud de que, como lo indicamos anteriormente, el procedimiento penal termina cuando la sentencia ha alcanzado la categoría de cosa juzgada.

Tomando en consideración lo anotado, precisaremos cuál es la situación de la acción penal en los periodos mencionados.

La acción penal da vida al proceso y para que pueda ser ejercitada, será indispensable preparar su ejercicio durante la primera etapa llamada averiguación previa.

Satisfechos los requisitos legales que gobiernan la averiguación previa, en su caso, el Ministerio Público estará en posibilidad de provocar la

actividad jurisdiccional; a partir de ese momento, se darán los actos persecutorios que caracterizan al periodo instructorio. Durante el juicio, 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, se dictará la resolución judicial procedente, definiéndose así la pretensión punitiva estatal.

2.9. Características principales

Si bien es cierto que el procedimiento penal forma un todo armónico, se distinguen dentro de él diferentes periodos con características propias. Los caracteres principales que encontramos en el periodo de la fase preparatoria de la acción penal, son los siguientes:

- 1º. Es producto de la función de Policía Judicial que realiza el Ministerio Público al investigar la existencia de los delitos y la identificación de los autores de éstos.
- 2º. El Ministerio Público, durante la averiguación previa, actúa como autoridad.
- 3º. Las diligencias practicadas por el Ministerio Público en la indagatoria previa tienen valor probatorio pleno.
- 4º. En la averiguación previa prepondera el elemento inquisitivo, el secreto y la escritura.⁵⁴

A continuación nos ocuparemos de los expresados caracteres:

1. "Conforme a las ideas contenidas en la conocida exposición de motivos del proyecto de Querétaro,

⁵⁴ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. p. 263.

formulada por Don Venustiano Carranza, la Constitución de 1917, en su artículo 21, hizo la separación precisa entre las funciones del Ministerio Público y las de autoridad judicial, para lograr, en el aspecto penal, la recta y pronta administración de justicia y acabar con los vicios del procedimiento penal, así como con los atropellos que en nombre de la propia administración de justicia, cometían los jueces de la época tratando de averiguar ellos mismos los delitos y buscar pruebas, realizando verdaderos asaltos contra reos, para obligarlos a confesar, pues el Ministerio Público, si bien existía organizado en las leyes, en la práctica no cumplía con sus funciones y resultaba una figura decorativa. La reforma constitucional consideró necesario dejar exclusivamente a cargo del Ministerio Público la persecución de los delitos y la búsqueda de los elementos de convicción, para poner fin a las citadas anomalías, dando con ello a esta institución toda la importancia que le corresponde y restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la Magistratura al encomendar a estos últimos, de manera exclusiva, la imposición de las penas.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 21 de la Constitución de 1917, hizo del Ministerio Público el Jefe de la Policía Judicial y los Jueces dejaron de ser miembros de ésta para desempeñar exclusivamente la función que les es propia o sea la de aplicar el derecho al caso concreto.

Con base en las ideas anteriores, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, al interpretar el artículo 21 Constitucional, las leyes orgánicas del

Ministerio Público y nuestros Códigos Procesales, han concluido que es al Ministerio Público a quien incumbe, en forma exclusiva, la persecución de los delitos y, con ella, el ejercicio de la acción penal. La tesis jurisprudencial número 17 del mencionado alto Tribunal, dice:

“ACCIÓN PENAL. Su ejercicio corresponde exclusivamente al Ministerio Público; de manera que, cuando él no ejerce esa acción, no hay base para el procedimiento; y la sentencia que se dicte sin que tal acción se haya ejercido por el Ministerio Público, importa una violación de las garantías consagradas en el artículo 21 constitucional.”⁵⁵

2. Ahora bien, para cumplir la principal función que las leyes encomiendan al Ministerio Público dentro del proceso penal y que es la de hacer valer la pretensión punitiva derivada de un delito, debe realizar conforme a nuestro sistema procesal, tres actividades diversas pero íntimamente relacionadas, a saber:

- A) Una función investigadora de los delitos o función de policía judicial, que efectuaba durante el periodo de averiguación previa y que tiene por objeto, como ya lo hemos dicho, preparar el ejercicio de la acción penal, mediante la comprobación de los extremos del artículo 16 constitucional.
- B) Una función persecutoria ante los tribunales correspondientes, posterior al ejercicio de la acción, que realiza dentro del proceso, durante la etapa de la instrucción, y que tiene por objeto la comprobación plena del delito, de sus circunstancias de ejecución, responsabilidad del sujeto activo y pasivo, daño

⁵⁵ Semanario Judicial de la Federación. Op. cit. p. 1278.

causado, etc., la cual efectúa, principalmente, con la aportación de las pruebas respectivas, y

- C) Una función acusatoria, que tiene lugar previamente al periodo de juicio, en la cual, al formular conclusiones, concretiza su acusación y pide la aplicación de la sanción al responsable o, en otro caso, declara que no hay lugar a acusar.

El Ministerio Público ha utilizado la facultad de Policía Judicial que le otorga el artículo 21 Constitucional, como atinadamente hace notar el Licenciado Piña y Palacios, "para cumplir con los requisitos en que lo coloca la titularidad única que tiene de la acción penal mediante la cual persigue el delito, como medio preparatorio del ejercicio de la acción penal. La investigación no es, entre nosotros, sino el producto del ejercicio de la facultad de policía judicial.

La investigación no revela sino los elementos que necesita el Ministerio Público para ejercitar su acción, la investigación (como se llama en nuestra jerga judicial, tomando el producto de la facultad misma), la hace el Ministerio Público ante sí y por sí ya que a él sólo corresponde hacer uso del elemento que le permite preparar el ejercicio de su acción."⁵⁶

El Ministerio Público, durante la averiguación previa, actúa como autoridad. Se ha discutido en la doctrina del Derecho Procesal Penal si el Ministerio Público interviene en el proceso penal como autoridad o como parte. Siendo el periodo de la averiguación previa una fase pre-procesal y el resultado de la función investigadora que, como jefe de la Policía Judicial realiza el Ministerio Público para preparar el ejercicio de la acción penal, consideramos que dicha discusión no tiene aquí cabida, puesto que,

⁵⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal. 4ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 289.

indiscutiblemente el Ministerio Público obra como autoridad. En efecto, el artículo 21 constitucional, las leyes orgánicas de la institución y los Códigos de Procedimientos Penales, le otorgan competencia para efectuar, en la averiguación de los delitos, actos de naturaleza jurídica que afectan la esfera de los particulares y está facultado para imponer a éstos sus determinaciones, es decir, que está investido de facultades de decisión y de ejecución. Así lo ha entendido la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia en diversas ejecutorias, entre las que anotamos la siguiente:

“MINISTERIO PÚBLICO, DOBLE CARÁCTER DEL. El Ministerio Público tiene dos funciones perfectamente delimitadas: primera, cuando actúa en la investigación de los hechos delictuosos que le son denunciados, y, entonces, tiene evidentemente el carácter de autoridad; y segunda, cuando practica la acción persecutoria, que lo compete de una manera exclusiva, y entonces tiene el carácter de parte, puesto que en esta etapa del proceso ya no ordena, sino que se limita a solicitar del Juez lo que cree pertinente en derecho.”⁵⁷

Resulta obvio que el Ministerio Público (como cualquiera otra autoridad), debe ceñir su conducta a las disposiciones legales y no violar, al ejecutar actos de investigación, en perjuicio de los particulares, las garantías que en materia procesal penal otorgan, principalmente, los artículos 14 y 16 de nuestra Carta Magna.

3. Las diligencias practicadas por el Ministerio Público en la Investigación Previa tiene valor probatorio pleno. Como consecuencia de que el Ministerio Público actúa como autoridad al practicar la averiguación previa, las diligencias

⁵⁷ Semanario Judicial de la Federación. Op. cit. p. 1269.

que contiene, tiene valor probatorio pleno, según lo establece el artículo 286 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito, "siempre que se ajusten a las reglas relativas del propio Código."

Por su parte, el artículo 145 del Código Procesal Federal estatuye que "las diligencias de policía judicial y las practicadas por los tribunales del orden común que pasen al conocimiento de los federales, no se repetirán por éstos para que tengan validez."

Se ha criticado severamente el contenido de estas disposiciones, porque se dice que es monstruoso que el Ministerio Público, para en el proceso penal, ofrezca como prueba con pleno valor de convicción actuaciones suyas. Sin negar la aparente justificación de este argumento Jiménez Asenjo encuentra dos razones a favor del contenido de tales disposiciones: "que el Ministerio Público es una Institución del Estado y que, por lo mismo no hay razón para pretender equipararlo con los particulares cuando actúa como parte en el proceso penal y precisamente esta errónea equiparación es la que fundamenta la crítica comentada y que, por otra parte, la experiencia ha demostrado que es fácil obtener la verdad de testigos, ofendidos e inculpados en el primer instante en que comparecen ante la autoridad; después con el consejo de los abogados, se desfigura la realidad de los hechos."⁵⁸

Efectivamente, el Ministerio Público, constitucional y procesalmente, está autorizado para realizar la función investigadora y para lograrlo, necesita practicar una serie de diligencias con el fin de allegarse el mayor número de pruebas para tratar de fijar la verdad histórica de los hechos y si,

⁵⁸ JIMÉNEZ ASENJO, Enrique. Derecho Procesal Penal. 3ª edición, Porrúa, México, 1998. p. 289.

al desarrollar esta función obra como autoridad, necesariamente deben tener valor probatorio las actuaciones que verifique. Y si también es una institución de buena fe que debe pedir tanto el castigo del culpable como la libertad del inocente, se comprende que al practicar diligencias en esta primera etapa del procedimiento penal, debe obrar con toda imparcialidad.

Por otra parte, si existe alguna prueba incompleta o dudosa, el Juez puede ordenar su ampliación o esclarecimiento, con apoyo en el artículo 314 del Código Procesal del Distrito que dice; "se practicarán, igualmente, todas aquéllas que el Juez, estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad y en su caso, para la imposición de la pena."

La jurisprudencia de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en este sentido al establecer que:

"No es exacto que las diligencias practicadas por la Policía Judicial carezcan de validez, porque cuando el Ministerio Público actúa en su carácter de autoridad y Jefe de la Policía Judicial, el Juez puede atribuir eficacia plena probatoria a las diligencias que aquél practique, sin incurrir en violación al artículo 21 constitucional."⁵⁹

4. En la Averiguación Previa prepondera el elemento inquisitivo, el secreto y la escritura. Al estudiar la estructura externa del proceso penal, los tratadistas han encontrado que, puede revestir formas fundamentales y formas secundarias. Aquéllas y que son:

1ª. Acusatoria: Cuando cada una de las funciones principales que se realizan en el mismo y que son la función de acusar, la

⁵⁹ Semanario Judicial de la Federación. Op. cit. p. 309.

función de defensa y la función de decisión, es encomendada a un órgano propio e independiente, es decir, a un acusador, a un defensor y a un Juez, dando lugar a un proceso de partes.

- 2ª. Inquisitoria: Cuando las tres funciones antes mencionadas están concentradas en manos de una sola persona, de un mismo órgano que es el Juez.
- 3ª. Mixta: Se obtiene, históricamente, como resultado de la combinación de las dos anteriores. Según esta forma, el proceso penal dividido en dos fases, en la primera que es la de instrucción, toda se realiza en secreto y por el Juez y en la segunda, que es el juicio oral, todas las actuaciones se realizan públicamente, ante el Tribunal, con la contradicción de la acusación y la defensa y el control de la publicidad.

Las formas secundarias son aquellas que tienen una función accesoria en el proceso y se manifiestan en el modo de presentarse en la realidad el contenido del proceso. Se distinguen la escritura y la oralidad, la publicidad y el secreto.

El proceso es escrito cuando la escritura representa el modo normal de desenvolvimiento del proceso, de comunicación en el mismo de las personas que participan en él y con la cual en suma, se recoge y fija el material de decisión para la sentencia.

En cambio, el proceso sigue el sistema de la oralidad cuando se desarrolla preponderantemente por medio de la palabra hablada.

Cuando el acto procesal se ejecuta en presencia solamente del funcionario judicial competente y del secretario, así como de la persona interrogada, se da la forma secreta.

En cuanto a la publicidad, Eugenio Florián distingue tres grados, según las personas ante quienes se realice el acto procesal:

- a) "Publicidad para las partes: Cuando, además de las tres personas anteriormente mencionadas, son admitidas las partes y sus representantes.
- b) Publicidad mediante: Cuando los actos pueden realizarse también en presencia de algunas clases determinadas de personas, como abogados, notarios, etc.
- c) Publicidad popular: Cuando el acto se realiza en presencia de cuantas personas quieran observarlo."⁶⁰

Ahora bien, aplicando las formas anteriores a la parte del procedimiento, encontramos que en la averiguación previa nuestra, predomina la forma inquisitoria, puesto que es el Ministerio Público quien la practica ante sí y por sí y es quien decide sobre el ejercicio de la acción penal.

Es escrita ya que, por medio de la escritura "se recoge y fija el materia de decisión" para que el Ministerio Público pueda resolver sobre el ejercicio de la acción penal y, por último, dada la naturaleza de la función investigadora, necesariamente tiene que ser secreta, es decir, realizarse exclusivamente ante el Agente del Ministerio Público o, en su caso, de la Policía Judicial, el secretario o testigos de asistencia y el interrogado, ya que la publicidad en este caso entorpecería el buen éxito de las investigaciones. Sin embargo, el artículo 269 fracción III del Código Procesal Penal para el Distrito Federal admite la intervención del defensor, una vez nombrado por el inculpado, cuando éste se encuentre detenido.

⁶⁰ FLORIÁN, Eugenio. Op. cit. p. 386.

CAPÍTULO III

LA AVERIGUACIÓN PREVIA Y EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

De manera general, podemos decir que de la adecuada integración de la averiguación previa, depende el ejercicio o no ejercicio de la acción penal, es decir, cuando se considera que hay elementos suficientes para integrar o acreditar el cuerpo del delito, y la presunta responsabilidad del inculpado, luego entonces, debe dar lugar al ejercicio de la acción penal distinguiéndose lo que es la acción procesal penal y acción penal, por lo cual a continuación, se precisa lo siguiente.

3.1. Concepto de la acción procesal penal

Consideramos que es oportuno hacer una diferencia del proceso penal (reglas jurídico-positivas) del Derecho Procesal Penal, que es la disciplina que lo estudia. No debe olvidarse que el proceso es sólo uno de los temas o áreas de estudio del Derecho Procesal Penal, el cual estudia además la acción y la jurisdicción.

“De esta manera, el proceso penal es sólo un capítulo dentro de la disciplina del derecho procesal penal o ciencia procesal penal. Aunque se han dado algunas definiciones de Derecho Procesal Penal que sólo hacen alusión al proceso, debe advertirse que la etiqueta Derecho Procesal Penal no implica únicamente en su estudio al Proceso Penal, pues cuenta en su programa con otros muy diversos temas, como pueden ser la organización y jerarquía del Tribunal, su división del trabajo (competencia), la organización y jerarquía de otros órganos (Ministerio Público, Defensoría de Oficio), cuestiones atinentes a ciertos actos (querrela, denuncia, recurso) o cuestiones de mera cooperación (exhortos).”⁶¹

⁶¹ FLORIÁN, Eugenio. Op. cit. p. 66.

En términos muy generales (es decir, sin que sea una definición), el Derecho Procesal Penal es la disciplina de contenido técnico-jurídico, que inserta en su temática el estudio del Proceso Penal en el marco de la teoría general del proceso. Así, una es la disciplina y otro el objeto de estudio.

Para el Jurista Pedro Hernández Silva, la acción procesal penal, “es la facultad que tiene el Ministerio Público de excitar al órgano jurisdiccional ya sea para solicitar cateos, con orden de aprehensión, ofrecer pruebas, solicitar libertades, etc.”⁶²

En otras palabras, la acción procesal penal es la preparación de la acción penal o averiguación previa.

3.2. Concepto de la acción penal

Pedro Hernández Silva señala que la acción penal “es el ejercicio que el Ministerio Público realiza para solicitar una sanción para quien ha cometido un delito y esto lo hace hasta que sea agotada la instrucción y cerrado el proceso formule conclusiones; en la que solicita la sanción, pues si realizará conclusiones inacusables estaría realizando la acción procesal penal y no la acción penal. Aclarando la acción penal es un derecho y deber que tiene el Ministerio Público para pedir una sanción para quien ha cometido un delito.”⁶³

En otras palabras, podemos decir, que la acción penal, es la solicitud del Ministerio Público a la justicia para quien haya cometido un delito.

⁶² HERNÁNDEZ SILVA, Pedro. Derecho Procesal Penal. 4ª edición, Porrúa, México, 1999. p. 120.

⁶³ *Ibidem*. p. 121.

De los puntos 3.1 y 3.2 respectivamente y, por tener estos una estrecha relación, nos permitimos decir, que, la preparación del ejercicio de la acción penal se realiza en la averiguación previa, etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar, para esos fines, el elemento del tipo penal y la presunta responsabilidad. Comienza con la noticia del crimen obtenida por la denuncia o la querrela y culmina con el ejercicio de la acción penal o la resolución de archivo.

Es por esto que los artículos relativos de nuestros Códigos de Procedimientos Penales, están orientados en el sentido de que el funcionario que practique las primeras diligencias en investigación del delito, deberá procurar "ante todo que se compruebe el elemento del tipo penal como base del procedimiento penal," (artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales), y para ello gozará de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estime conducentes, según su criterio, aunque no sean de los que menciona la Ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho, (artículo 180 del mismo ordenamiento), en términos parecidos lo establece el artículo 124 del Código Procesal del Distrito Federal.

El elemento del tipo penal del delito que se trata se tendrá por comprobado, dice el artículo 168 del Código Procesal Federal, cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictuosos, según lo determina la Ley Penal. Se entenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene el propio Ordenamiento Procesal Federal. En términos similares se expresa el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 122.

El artículo 262 del Código Procedimental para el Distrito Federal, dispone “los funcionarios y agentes de Policía Judicial, Así como los auxiliares del Ministerio Público, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos del orden común de que tengan noticia” excepto cuando se trate de delitos en los que sólo se puede proceder por querrela, si no se ha presentado ésta y, cuando la ley exija algún requisito previo, y éste no se ha llenado.

El artículo 265 del mismo Código establece que “al iniciar sus procedimientos, el Ministerio Público o la Policía Judicial, se trasladarán inmediatamente al lugar de los hechos, para:

- a) Dar fe de las personas y de las cosas a quienes hubiere afectado el acto delictuoso;
- b) Tomar los datos de las que lo hayan presenciado, procurando que declaren, si es posible, en el mismo lugar de los hechos o, en caso contrario, las citarán para que dentro del término de veinticuatro horas comparezcan a rendir su declaración.

Todos estos actos deberán hacerse constar en un acta que levantarán los miembros de la Policía Judicial o el agente del Ministerio Público respectivo y que según el artículo 274 del propio ordenamiento, contendrá:

- I. El parte de la Policía o, en su caso, la denuncia que ante ella se haga, asentando minuciosamente los datos proporcionados por uno u otras.
- II. Las pruebas que suministren las personas que rindan el parte o hagan la denuncia, así como las que recojan

en el lugar de los hechos, ya sea que se refieran a la existencia del delito, ya la responsabilidad de sus autores, cómplices o encubridores y

III. Las medidas que dictaren para completar la investigación.

Además, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 284 y 285 del mismo Código Procesal, asentarán en la mencionada acta todas las observaciones que puedan recoger acerca de las modalidades empleadas al cometer el delito, así como todas las observaciones que acerca del carácter del delincuente hubieren recogido ya sea en el momento de cometer el delito, ya durante su detención o bien durante la práctica de las diligencias en que hubiere intervenido. El primer párrafo del artículo 271 dispone también que "el Ministerio Público que conozca de un hecho delictuoso, hará que tanto ofendido como el presunto responsable, sean examinados inmediatamente por los médicos legistas, para que éstos dictaminen, con carácter provisional, acerca de su estado psicofisiológico."

Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 113 dispone que "el Ministerio Público y sus auxiliares de acuerdo con las órdenes que reciban de aquellos, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tengan noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes: I. Cuando se trate de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si esta no se ha presentado. II. Cuando la ley exija algún requisito previo si éste no se ha llenado. Si el que inicia una investigación no tiene a su cargo la función de proseguirla dará inmediata cuenta al que corresponda legalmente practicarla."

“El artículo 123 del Código Federal citado ordena que: Inmediatamente que el Ministerio Público Federal o los funcionarios encargados de practicar en su auxilio diligencias de averiguación previa tengan conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, dictarán todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas; impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso, los instrumentos o cosas objeto o efectos del mismo; saber qué personas fueron testigos; evitar que el delito se siga cometiendo y, en general impedir que se dificulte la averiguación, procediendo a la detención de los que intervinieron en su comisión en los casos de delito flagrante.

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

El Ministerio Público sólo podrá ordenar la detención de una persona, cuando se trate de delito flagrante o de caso urgente, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución y en los términos de los artículos 193 y 194 respectivamente del Código Federal de Procedimientos Penales.

En el caso del artículo anterior, dispone el 124, se procederá a levantar el acta correspondiente, que contendrá:

- 1º. La hora, fecha y modo en que se tenga conocimiento de los hechos;
- 2º. El nombre y carácter de la persona que dio noticia de ellos, y su declaración;
- 3º. Declaración de los testigos cuyos dichos sean más importantes;

- 4°. Declaración del inculpado, si se encontrare presente;
- 5°. La descripción de lo que haya sido objeto de inspección ocular;
- 6°. El resultado de la observación de las particularidades que hayan notado a raíz de ocurridos los hechos, en las personas que en ellos intervengan;
- 7°. Las medidas y providencias que se hayan tomado para la investigación de los hechos; y
- 8°. Los demás datos y circunstancias que se estime necesario hacer constar.

De todo lo anterior se deduce que los principales actos que realizan durante la averiguación previa y que constituyen su contenido son los siguientes.

3.3. Ámbito de la aplicación de la Ley Penal

La aplicación de las leyes del Procedimiento Penal, comprende los aspectos a que se refiere la teoría de la Ley Penal: el tiempo, el espacio y las personas. En cuanto al tiempo, en principio, tiene validez y obligatoriedad, únicamente durante su vigencia, y así se desprende del texto del artículo 14, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que, a la letra indica: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna;" empero, interpretando este precepto a contrario sensu, se concluye: es posible aplicar retroactivamente la ley del procedimiento en beneficio del inculpado, pero nunca en su perjuicio.

Fernando Arilla Baz, señala con todo acierto: Las leyes de organización y competencia pueden, como principio general, ser retroactivas, salvo cuando creen nuevos tribunales, pues éstos, de acuerdo

con el propio artículo 14 constitucional, deben hallarse previamente establecidos. “Con referencia a las condiciones de procedibilidad, debe estarse, en cambio, a lo más favorable al sujeto pasivo de la acción penal y así no podrá ser retroactiva una disposición que transforme en público un delito perseguido por querrela, pero sí deberá serlo la que opere a la inversa. No podrán ser retroactivas las leyes que supriman pruebas útiles al reo, pero sí las que creen. La misma regla regirá respecto de las leyes que regulen los incidentes de libertad, no podrán ser retroactivas las leyes que agraven las condiciones para obtenerlas, pero sí aquéllas que las reduzcan. Y, por último, no podrán aplicarse retroactivamente las leyes que supriman un recurso, pero sí aquéllas que lo establezcan.”⁶⁴

El ámbito de validez espacial de las leyes, llamado impropiaamente conflicto de leyes, está circunscrito al lugar en donde ejerce su soberanía el titular del poder del Estado que las dictó y, en consecuencia, rige para todos los sujetos que se coloquen dentro de la hipótesis de la norma, cualquiera que sea su nacionalidad, de tal manera que, esencialmente, la ley procesal es territorial y no podrá aplicarse otra que no sea la nacional, en razón del imperio de la soberanía estatal.

En cuanto al territorio nacional, en el artículo 42, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, se determina la circunscripción que abarca, e incluye:

“I. El de las partes integrantes de la Federación; II. El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes; III. El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo, situadas en el Océano Pacífico; IV. La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y

⁶⁴ ARILLA BAZ, Fernando. El Procedimiento Penal. 3ª edición. Porrúa, México, 2000. p. 281.

arrecifes; V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional y las marítimas interiores, y VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio derecho internacional.”

Partiendo de lo anterior y dada la organización política imperante, el Código Federal de Procedimientos Penales será aplicable en todo el territorio nacional, para los delitos del orden federal; el del Distrito, en la demarcación política que comprende el Distrito Federal, para los delitos del fuero común; en las entidades federativas, rige el código que cada una está facultada para dictar respecto a los delitos comunes, y en toda la República, dentro de la jurisdicción militar, el Código Mexicano de Justicia Militar.

Como excepción al carácter territorial, se da el extraterritorial; se manifiesta cuando ocurren hechos delictivos fuera de nuestras fronteras, como en el caso previsto en el artículo 4º del Código Penal para el Distrito Federal, cuyo contenido es el siguiente: “Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes:

“I. Que el acusado se encuentre en la República; II. Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquiró; y III. Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República.”

Consecuentemente, para cumplir los fines a que se refiere tal precepto, deberá aplicarse la Ley Procesal correspondiente.

Cuando se trata de delitos cometidos en consulados mexicanos o en contra de su personal, y no hubieren sido juzgados en el país en que se cometieron, se trata de una ficción que conserva nuestro código respecto a las embajadas y legaciones y que obedece a una tradición que no se admite ya de manera uniforme, que ha objetado la misma España (de donde partió) durante la última guerra civil, y que muchos autores consideran abandonada o totalmente arrumbada, por estimar que no se debe admitir la existencia de un Estado dentro de otro Estado; pese a ello, el carácter extraterritorial se manifiesta.

En cuanto a las personas, en principio, las leyes del Procedimiento Penal se aplican a todos por igual; no obstante, la legislación mexicana establece excepciones tratándose de ciertos funcionarios, quienes en razón de investidura gozan de inmunidad o de ciertas prerrogativas procesales; tal es el caso, de la inmunidad de que disfrutaban los diplomáticos, los cónsules y el Presidente de la República, quien durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del fuero común (artículo 108, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente).

Las prerrogativas procesales, se traducen en el llamado fuero constitucional y consisten en el antejuicio que es necesario llevar a cabo para despojar del fuero al Presidente de la República, tratándose de la comisión de ciertos delitos, y a los altos funcionarios a que se refiere el precepto constitucional citado.

Algunos otros funcionarios, como los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, los Magistrados, Jueces y agentes del Ministerio Público del Distrito Federal, no pueden ser privados de la libertad, si no se otorga antes la autorización que en cada caso señalan las leyes respectivas.

En cuanto al Procurador de Justicia del Distrito Federal, aunque no se establece ningún requisito previo para su procesamiento, debe entenderse que será necesario que esté separado de su cargo, lo cual depende exclusivamente del Ejecutivo.

Tratándose de fuero constitucional, si bien es cierto que, no se procesará a los servidores públicos mencionados, mientras no se hayan satisfecho los requisitos establecidos en los artículos 109 y 111, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto no significa que las leyes del procedimiento no hayan comenzado a aplicarse, puesto que no existe impedimento legal para la iniciación, por parte del agente del Ministerio Público, de las diligencias de averiguación previa correspondiente, independientemente de que ejercite, o no, la acción penal.

3.4. La Denuncia y la Querella como medios para dar conocimiento de un delito

Los medios constitucionalmente justificados para que la autoridad investigadora pueda iniciar la averiguación de un hecho que se presume delictuoso, son la denuncia y la querella.

La denuncia es “medio obligatorio para toda persona, de poner en conocimiento de la autoridad competente la existencia de los delitos de que sepa y sean perseguibles de oficio; en tanto, la querella es el medio legal que tiene el ofendido para poner en conocimiento de la autoridad los delitos de que ha sido víctima y sólo pueden perseguirse con su voluntad y, además, dar a conocer su deseo de que se persigan.”⁶⁵

⁶⁵ HERNÁNDEZ SILVA, Pedro. Op. cit. p. 127.

La denuncia es la transmisión de un conocimiento sobre determinado hecho con apariencia delictuosas, que cualquier persona hace (o debe hacer) a la autoridad competente. No entraña, como la querrela, la expresión de la voluntad de que se persiga el delito. Opera en el supuesto de delitos perseguibles de oficio y es ineficaz en la de los que se persiguen a instancia del legitimado para querrellarse (delitos privados), toda vez que en México, priva el monopolio acusador del Ministerio Público, la querrela es siempre requisito de procedibilidad que se resume en una manifestación de conocimiento sobre hechos delictuosos y una expresión de voluntad a efecto de que se lleve adelante la persecución procesal en la cual predomina el interés privado sobre el público.

El Lic. Manuel Rivera Silva rechaza la idea de que la presentación de la denuncia en delitos perseguibles de oficio, sea un hecho obligatorio en lo absoluto y sólo lo considera parcialmente obligatorio, atento el contenido del artículo 400 del Código Penal que fija sanción para el que no procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance, y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse y se están cometiendo, y para el que "requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes, se debe concluir que únicamente en estos tres casos (de delitos que se van a cometer, de delitos que se están cometiendo y cuando se es requerido por las autoridades), existe obligación de presentar la denuncia."⁶⁶

Por otra parte, es cierto que los artículos 116 y 117 del Código Federal de Procedimientos Penales, hacen obligatoria la denuncia de los delitos, pero no existe sanción especialmente establecida para quien contravenga esta disposición. Tal parece que el legislador tuvo en cuenta los delitos que

⁶⁶ RIVERA SILVA, Manuel. Op. cit. p. 96.

se van a cometer (lo que encierra una idea de futuro) y los que se están cometiendo (lo que da idea de presente), pero olvidó los hechos delictuosos que ya se realizaron, cuya denuncia debe ser también obligatoria y, en la práctica, constituye el caso más general.

Nuestra legislación penal distingue entre delitos perseguibles de oficio y delitos perseguibles por querrela necesaria. Para proceder a investigar los primeros, basta con la denuncia, que puede hacer cualquier persona y que contiene una exposición objetiva de los hechos considerados delictuosos; en tanto que, para los segundos, se hace necesaria la querrela, que debe presentar el ofendido o su legítimo representante, la cual además de la exposición objetiva de los hechos, debe contener una declaración expresa de voluntad de éste, pidiendo que se persiga el delito y se castigue al responsable.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, establece en su articulado respecto a la Averiguación Previa la atribución del Ministerio Público Federal de perseguir los delitos del orden federal, tal persecución comprende de acuerdo al articulado del propio ordenamiento en la averiguación previa, la recepción de denuncias y querellas, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 constitucional, y la practica de todos los actos conducentes a la comprobación del cuerpo del delito y a la acreditación de la probable responsabilidad del indiciado como elementos que fundan el ejercicio de la acción penal.

El artículo 3º del Código Federal de Procedimientos Penales, dispone, igualmente, que “dentro del periodo de averiguación previa, la Policía Judicial Federal deberá, en ejercicio de sus facultades: 1. Recibir las denuncias de los particulares o de cualquiera otra autoridad, sobre hechos que puedan constituir delitos de orden federal.”

Por otra parte, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en su artículo 2º fracción I señala la atribución del Ministerio Público de perseguir los delitos del orden común, cometidos en el Distrito Federal, tal atribución de conformidad a lo dispuesto en el artículo 3º del propio ordenamiento le corresponde en la averiguación previa al representante social recibir denuncias, acusaciones o querellas sobre acciones u omisiones que puedan constituir delito.

Cuando la denuncia o, en su caso, la querella, se presenten en escrito por separado, el Ministerio Público o de la Policía Judicial que la reciba, está obligado a obtener la ratificación correspondiente. Esta consiste en una declaración del denunciante o querellante, bajo protesta de decir verdad, en la cual debe reconocer el contenido del escrito, así como su firma o huella digital que lo calcen, además de suministrar todos los datos que le solicite la autoridad y que tiendan a facilitar la investigación de los hechos denunciados. A este respecto, el artículo 119 del Código Federal de Procedimientos Penales manda que "cuando la denuncia o la querella se presenten por escrito, el servidor público que conozca de la averiguación, deberá asegurarse de la identidad del denunciante o querellante, de la legitimación de este último, así como de la autenticidad de los documentos en que aparezca formulada la querella y en los que se apoyen ésta o la denuncia." Por su parte, el Código Procesal del Distrito habla de las diligencias de ratificación o de reconocimiento de firma en su artículo 277. Acorde a lo dispuesto por el artículo 264 del ordenamiento en cita, "las querellas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, para las querellas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de rapto, estupro o adulterio en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna

de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero del propio artículo 264.”

3.5. La declaración y retención del inculpado

Los funcionarios del Ministerio Público o de la Policía Judicial, en la averiguación previa, tienen obligación de proceder a la detención de los presuntos responsables, sin necesidad de que exista previamente orden de autoridad judicial, en los casos siguientes: (artículo 266 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y 193 del Federal): I. En caso de flagrante delito y II. En caso de notoria urgencia, cuando no haya en el lugar autoridad judicial.

El artículo 267 del Código Procesal el Distrito Federal, explica lo que debe entenderse por flagrante delito: “Se entiende que existe delito flagrante, no sólo cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, sino cuando, después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculpado es perseguido materialmente o cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundamentalmente su culpabilidad.”

El artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, agrega el caso asimilado a la flagrancia, de que alguien señale al inculpado, en el momento de haber cometido el delito, como responsable y se encuentre en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad.

Tratándose de delito flagrante, no sólo la autoridad investigadora, sino cualquier persona, pueden detener al inculpado, poniéndolo, sin demora, a

disposición de la autoridad inmediata, conforme lo dispone el artículo 16 constitucional.

La notoria urgencia la explica el artículo 268 del Código Procesal Penal para el Distrito Federal establece “que habrá caso urgente cuando se trate de delito grave, calificado por la ley; que exista riesgo fundado de que el inculpado pueda substraerse a la acción de la justicia y que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.

Cuando el presunto responsable fuere aprehendido, dispone el artículo 269 del mismo ordenamiento procesal, se hará constar la hora en que lo haya sido y se le recibirá su declaración.

Artículo 269. Cuando el inculpado fuere detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

- I. Se hará constar la hora, fecha y lugar de la detención, así como, en su caso el nombre y cargo de quien la haya ordenado y ejecutado. Cuando la detención se hubiese practicado por una autoridad diversa al Ministerio Público, se asentará o se agregará, en su caso, información circunstanciada suscrita por quien la haya realizado o recibido al detenido;
- II. Se le hará saber de la imputación que exista en su contra y el nombre del denunciante, acusador o querellante.
- III. Será informado de los derechos que en averiguación previa consigna en su favor la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dichos derechos, son:

- a) No declarar si así lo desea;
- b) Que debe tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pidiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;
- c) Ser asistido por su defensor cuando declare;
- d) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación previa, y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera;
- e) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación previa, para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el acta de averiguación previa;
- f) Que se le reciban los testigos y las demás pruebas que ofrezca, las cuales se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediendo el tiempo necesario para su desahogo, siempre que no se traduzca en dilación de la averiguación previa y las personas cuyos testimonios ofrezcan se encuentren presentes en la oficina del Ministerio Público.

Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculpad y su defensor, el juzgador resolverá en su oportunidad, sobre la admisión y práctica de las mismas; y

- g) Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución Federal, y en los términos del artículo 556 de este Código.

Para los efectos de los incisos b), c) y d) se le permitirá al indiciado comunicarse con las personas que solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de que se disponga, o personalmente si se hallaren presentes; y

- IV. Cuando el indiciado fuere un indígena o extranjero, que no hable o no entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere este artículo. Si se tratare de un extranjero, la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda.

De la información al indiciado sobre los derechos antes mencionados, se dejará constancia en el acta de averiguación previa.

En todo caso se mantendrán separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de detención.”

Considerada en un tiempo como la reina de las pruebas y seguramente por la facilidad que reporta para el investigador obtener la confesión del indiciado y desatenderse del acopio de otras pruebas quizá más laboriosas, los agentes de la Policía Judicial, al practicar investigaciones, han abusado muchas veces de ella (y, lo que resulta peor, también agentes de otros organismos policíacos que no tienen autorización legal alguna para recibir confesiones), queriendo obtenerla a toda costa, sometiendo para lograrla, a los inculpados a verdaderos tormentos que superan en mucho a los odiados procedimientos de épocas pretéritas. Confesiones que, una vez ante el Juez de la causa, libres los inculpados de toda coacción, desmienten y, en muchas ocasiones, habiéndose probado

los tormentos a que fueron sujetos quienes las produjeron, han resultado escandalosas pifias para los agentes que las obtuvieron.

Por otra parte la carencia de medios científicos y técnicos de investigación han influido también para que los investigadores cometan abusos al obtener la confesión.

3.6. Principios que rigen el ejercicio de la acción penal

Al indicar que la acción penal es pública porque tiene por objeto el desarrollo de relaciones jurídicas de Derecho Público, apuntamos que si la comisión de un delito lesiona preferentemente los intereses de la sociedad, debe ser el Estado el encargado de restaurar el derecho que se viola. Por lo mismo, la acción penal forma parte de las funciones del Estado por más que se sostenga que el sujeto activo de la acción penal es la universalidad de los ciudadanos, idea que no tiene significado práctico porque así tomada la sociedad carece de concreción jurídica. La acción penal corresponde originariamente a la sociedad y se ejercita por medio de los órganos del Estado. Cada día adquiere consistencia la idea de que deben ser los órganos del Estado los encargados de su ejercicio. Este principio ha ganado simpatías hasta en la tradicional Inglaterra. "Los órganos que ejercitan la acción, pueden ser mediatos o inmediatos, y para promoverla deben tenerse en cuenta dos principios: el principio oficial y el principio dispositivo. La acción se pone en movimiento a impulsos del principio oficial, cuando se inicia de mutuo propio por los órganos del Estado creados con ese objeto. Se reconoce el principio dispositivo en la promovibilidad de la acción, cuando sólo se pone en marcha por la iniciativa de los particulares. Es evidente que si la acción penal tiene un carácter público, debe regirse

por el principio oficial, sin que esto signifique que se desconozca la actuación del principio dispositivo que tiene un carácter subsidiario.⁶⁷

En el ejercicio de la acción penal existen además dos principios directrices: el principio de la legalidad y "el principio de la oportunidad. Se pregunta si el órgano de acusación es libre para ejercitar o no la acción penal o si debe tener en cuenta el interés del Estado, en un momento determinado. El principio de la legalidad se funda en que, invariablemente, debe ejercitarse la acción penal siempre que se encuentren satisfechas las condiciones mínimas o presupuestos generales y cualquiera que sea la persona contra quien se intente.

El órgano de acusación se encuentra subordinado a la ley misma. Tiene el deber de ejercitar la acción, tan luego como las condiciones legales se encuentren satisfechas; en consecuencia, el ejercicio de la acción es obligatorio. El segundo principio es el de oportunidad; la acción penal no debe ejercitarse cuando así convenga a las razones del Estado, porque se turbe la paz social o se quebranten intereses políticos o de utilidad pública; campea un criterio de conveniencia, que resulta muy perjudicial para satisfacer los anhelos de justicia; el ejercicio de la acción penal es potestativo; se deja en manos del órgano del Estado resolver sobre su ejercicio.⁶⁸ México ha reconocido el principio de la legalidad. Si están satisfechas las condiciones legales, el órgano de acusación no puede eludir su ejercicio, a pesar de que resulte perjudicial para los intereses del Estado. Francia admite el principio de la legalidad. Alemania, antes de la guerra, tenía reconocidos ambos principios; para los crímenes, el principio de la legalidad era invariable y obligatorio, en tanto que en los delitos, su ejercicio

⁶⁷ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. cit. p. 182.

⁶⁸ GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. Op. cit. p. 281.

era potestativo para el órgano del Estado encargado del ejercicio de la acción, previa consulta de la opinión que sostenga el titular judicial, principalmente cuando se trata de delitos leves que no quebranten el orden social de un modo notable; por lo que se refiere a las contravenciones, ambos principios actúan simultáneamente, prevaleciendo el principio de oportunidad cuando se trata de menores delincuentes. En Italia impera el principio de legalidad, así como en España y en los Estados Unidos de Norteamérica.

En Rusia se ha adoptado el principio de oportunidad. En el conjunto de disposiciones que se contienen en las leyes del Soviet, sólo se reputa peligrosa toda acción u omisión dirigida contra la estructura del Estado o que produzca una lesión en el orden jurídico, creado por el régimen de los trabajadores y campesinos para la época de transición a la organización social comunista. Según las ideas que inspiran la legislación penal rusa, la acción sólo se ejercitará cuando afecte a los intereses del Soviet y tenga el carácter de peligroso el hecho u omisión; no es procedente su ejercicio, cuando ocasione perjuicios a la causa de la Revolución.

“Indudablemente que el principio legalista es el que cuenta con mayores simpatías, porque satisface el más elemental anhelo de justicia absoluta, puesto que no existe nada más odioso que nuestros derechos se supediten al capricho o a la conveniencia oficial. A la sociedad le interesa vivamente que los delitos no queden impunes, y por ello la acción penal debe ejercitarse siempre que se encuentren satisfechos los requisitos legales. El órgano del Estado a quien se encomienda el ejercicio de la acción, debe reputarse como una institución de buena fe, que tiene por misión procurar porque se repare el derecho violado; no puede

considerársele como parte que tenga interés personal en el desarrollo de la acción penal, en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus deberes.”⁶⁹

Si la ley existe para fines de utilidad social y debe aplicarse siempre que estemos en presencia de alguna acción dañina, es indiscutible que el principio que más satisface es el de la legalidad, porque presta mayores garantías a la defensa de la sociedad que los órganos del Estado tienen el deber de garantizar. Esto no significa que se aplique de una manera rígida y que no se reconozca al órgano encargado del ejercicio de la acción penal, cierto margen de libertad, naturalmente sin menoscabar las funciones que corresponden de manera exclusiva a la jurisdicción, en lo que se refiere a la promoción de la acción para calificar si es o no procedente hacer la consignación a los tribunales, sin que se acepte la idea de que las diligencias de averiguación previa han de servir al órgano de acusación para resolver sobre el ejercicio o no ejercicio de la acción, constituyan una verdadera instrucción ni que el Ministerio Público declare por sí y ante sí que el hecho no es constitutivo de delito, porque si el Ministerio Público se concreta a levantar las actas y consignarlas al Juez, como sucedía en México antes de la vigencia de la Constitución de 1917, se le veda de lo más esencial que tiene en sus funciones: ser el promotor de la acción penal. Si las diligencias han resultado insuficientes, puede el Ministerio Público ordenar el archivo para proseguirlas cuando aparezcan nuevas pruebas, sin que por ello signifique que asuma el papel de instructor. La justificación de esta facultad, expresa Florián, está en el fin de evitar acusaciones temerarias prima facie y ello contribuye al afianzamiento de la institución del Ministerio Público.

⁶⁹ Ibidem. p. 289.

3.7. Órganos a quienes se encomienda su ejercicio

Corresponde su ejercicio, al Ministerio Público y a la Policía Judicial, que debe estar bajo la autoridad y mando de aquél. Una de las innovaciones más trascendentales hechas por la Constitución de 1917, a la organización Judicial, para que no tengan el carácter de jueces y partes, encargados, como estaban antes de la vigencia de la Constitución, de decidir sobre la responsabilidad penal y allegar, de oficio, elementos para fundar el cargo.

En relación con el presente capítulo, resulta interesante en su contenido, el criterio sustentado por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice:

De acuerdo con las ideas expuestas por Florián, "la acción penal corresponde al Estado, el cual la ejercita por medio de órganos especiales. Estos son inmediatos, si son personas nombradas directamente por el Estado y dependientes de él por la relación de funcionario público; son mediatos cuando se trata de particulares que ejercitan la acción penal en nombre y en interés del Estado."⁷⁰

De acuerdo con la razón y según datos del Derecho comparado, la acción penal, puede ser ejercitada:

- a) Por un órgano del Estado, instituido ex profeso, que según los países es el procurador o fiscal del Rey o de la República o del Estado; este procedimiento constituye un monopolio de la acción penal por parte del Estado y es un sistema vigente en casi todos los Estados;

⁷⁰ FLORIÁN, Eugenio. Op. cit. p. 306.

- b) Por la actividad espontánea de los ciudadanos, como en la roma antigua y actualmente en Inglaterra y constituye, este sistema, un monopolio de la acción penal de los ciudadanos.

Sin embargo, el propio maestro italiano, encuentra que estos dos sistemas de monopolios en ningún caso son absolutos, pues en Inglaterra existen órganos públicos que, en algunos casos, pueden ejercitar acción penal, tales como el Sollecitor general y el Attorney general, y en donde se sigue el sistema del monopolio por el Ministerio Público, se admite, en diversa medida, el concurso de otras entidades públicas o de los particulares, como son:

- a) Concurso de parte lesionada. (Alemania, Austria).
- b) Concurso de otros órganos estatales. (Como en el Derecho Francés).
- c) Concurso de los ciudadanos. (Acción Popular, que puede ser exclusiva, como en Inglaterra; en concurrencia con el Ministerio Público, como en España, o sólo para determinadas categorías de delitos, por ejemplo, los electorales).
- d) Concurso de los sindicatos. (Como en Francia).

Entre nosotros, como es sabido, existe actualmente el monopolio de la acción penal por parte del Estado, que puede calificarse de absoluto pues es únicamente el Ministerio Público, órgano instituido ex profeso por aquél, quien puede ejercitar la acción penal, sin que sea admitido el concurso de algún otro órgano, de los particulares o de la parte lesionada. De donde resulta que si, como vimos anteriormente, en la preparación del ejercicio de la acción penal pueden intervenir otros órganos auxiliares del Ministerio Público, su ejercicio sólo corresponde a éste, existiendo en nuestro

Derecho, solamente dos excepciones; cuando se trata de delitos oficiales, cometidos por altos funcionarios de la Federación (artículo 111 de la Constitución) y tratándose de delitos oficiales o comunes cometidos por el Presidente de la República (artículo 109 Constitucional).

3.8. Conclusión de la averiguación previa

Concluida la investigación previa por el Ministerio Público, puede arrojar las siguientes situaciones:

- I. Que con las diligencias practicadas se hayan satisfecho los presupuestos necesarios para el ejercicio de la acción penal esto es, que se haya demostrado la existencia material de un hecho delictuoso y existan datos para hacer probable la responsabilidad de un individuo o que se haya comprobado la flagrancia.

Dentro de la situación anterior pueden presentarse cuatro casos:

- a) Que el delito de que se trate merezca sanción privativa de libertad.
- b) Que el delito no merezca pena privativa de libertad.
- c) Que el indiciado se encuentre detenido y
- d) Que el indiciado no se encuentre detenido.

- II. Que con las diligencias practicadas no se haya logrado comprobar la existencia material de un delito y, por lo tanto, tampoco existan datos para hacer probable la responsabilidad de un sujeto en la comisión del mismo.

Estudiaremos la primera de dichas situaciones, que representa el aspecto positivo de la averiguación previa y que conduce a la consignación de ésta ante el tribunal respectivo por el Ministerio Público, en ejercicio de la acción penal; para después en otro capítulo, tratar la segunda de las citadas situaciones y de los problemas que acarrea.

3.9. Consignación

En la situación primera a que antes nos referíamos, el Ministerio Público debe hacer la consignación ante el tribunal respectivo, en ejercicio de la acción penal, con las siguientes variantes que producen los cuatro casos ya enumerados:

- 1ª. Si el delito merece sanción privativa de libertad y el indiciado se encuentra detenido, debe hacer la consignación poniendo a éste a disposición de la autoridad judicial.
- 2ª. Si el delito merece pena privativa de libertad y el indiciado no está detenido, debe hacer la consignación solicitando en contra de éste orden de aprehensión al Juez competente.
- 3ª. Si el delito no está sancionado con pena privativa de libertad o tiene pena alternativa, debe ejercitar la acción penal, pidiendo al Juez libre orden de comparecencia para que el indiciado se presente a rendir su declaración preparatoria y si por alguna circunstancia, éste se encuentra detenido, debe el Ministerio Público ponerlo en libertad, pues en este caso está constitucionalmente prohibido restringir la libertad de las personas.

En este orden de ideas, tenemos que el ejercicio de la acción penal ante el tribunal correspondiente lo efectúa el Ministerio Público por medio de

un acto, que entre nosotros, recibe el nombre de consignación. El ejercicio de la acción penal expone Franco Sodi, es “una actividad del Ministerio Público, encaminada a cumplir su función y a poner en aptitud al órgano jurisdiccional para realizar la suya. El primer acto de esta actividad, propiamente hablando, es la consignación.”⁷¹

González Bustamante nos dice que “la promovilidad de la acción equivale a la persecución del delito y se establece cuando el órgano de acusación ocurre al órgano jurisdiccional y le pide que se avoque al conocimiento del caso; en el momento en que existe la conjunción entre el Ministerio Público y el Juez, podemos afirmar que existe el ejercicio de la acción penal.”⁷²

La primera parte del artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone que “tan luego como aparezca de la averiguación previa que se han acreditado los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos de la primera parte del artículo 168, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante los tribunales. Para el libramiento de orden de aprehensión, éstos se ajustarán a lo previsto en el artículo 16 constitucional y en el 195 del presente Código.”

El artículo 4º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece a su vez, que si los requisitos que señala el artículo 16 constitucional “aparecieran ya comprobados en el acta de policía judicial, el Ministerio Público la turnará al Juez solicitando dicha detención.”

⁷¹ FRANCO SODI, Carlos. Op. cit. p. 306.

⁷² GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op. cit. p. 301.

Cierto es que los Códigos Procesales mencionados no exigen solemnidad alguna para el acto de consignación y la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha dicho que “ninguna ley establece una solemnidad especial para formular la acción penal; basta con que el Ministerio Público promueva la incoación de un proceso para que se tenga por ejercitada la acción penal relativa.”⁷³

Si la averiguación previa, como ya expusimos anteriormente, tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción penal y si esta preparación consiste en satisfacer los requisitos legales necesarios o presupuestos de la acción penal que también ya hemos señalado, nos parece lógico que el contenido del acto de consignación, sea el siguiente:

- a) Determinación del Ministerio Público de consignar la averiguación previa, en ejercicio de la acción penal;
- b) Indicación del Juez o Tribunal ante quien se hace la consignación;
- c) Señalamiento del sujeto o sujetos contra quienes la acción penal se ejercita;
- d) Señalamiento de los hechos delictuosos que motivan el ejercicio de la acción penal y su clasificación legal;
- e) Pedimento para que se libere la orden de aprehensión correspondiente o, en su caso de que el inculcado se encuentre ya detenido, la expresión del lugar en el cual el Ministerio Público lo deja a disposición de la autoridad judicial; y
- f) Expresión del lugar en el cual en su caso el Ministerio Público deja a disposición de la autoridad judicial, los objetos

⁷³ Semanario Judicial de la Federación. Op. cit. p. 1406.

o instrumentos relacionados con el delito o bien, la diversa autoridad bajo la que en resguardo o depósito quedan aquellos.

En relación a los puntos antes señalados, cabe hacer el comentario correspondiente a efecto de lograr su justificación:

- a) Por lo que hace a la determinación del Ministerio Público de consignar la averiguación previa, en ejercicio de la acción penal, consideramos que debe regirse, en nuestro sistema procesal, por los principios de oficiosidad y de legalidad, es decir, que el Ministerio Público debe ejercitar la acción penal siempre que se haya logrado probar la existencia material de un delito y los demás presupuestos necesarios, en virtud de propia determinación y sin atender para nada a la utilidad que de dicho ejercicio pueda derivarse, a la conveniencia de ejercitar o no la acción penal; porque estos principios encierran una mayor garantía de justicia.

La determinación del ejercicio de la acción penal no es un acto completo; para que produzca sus efectos necesita de la aquiescencia de la jurisdicción. El Lic. Matos Escobedo ha dicho que "acción penal y proceso penal se necesitan mutuamente. Son instrumentos jurídicos que integran la unidad de realización concreta de la justicia punitiva. Ciertamente es que la vida del proceso está inspirada y fecundada por la acción, pero ésta, en cambio, considerada por Massari como actividad meramente procesal, necesita del ámbito del proceso para desarrollarse y cumplir sus fines. De ahí, un mutuo sostenimiento y una coexistencia de simbiosis entre la acción penal y la jurisdicción penal. Funciones separadas y autónomas, sin duda; sin

embargo, una requiere la presencia de la otra y tienen una misma fuente y un mismo fin, que es el derecho estatal de castigo hecho realidad cuando, frente al delito, pasa de la fuerza potencial de la norma sustantiva a la vida actuante de la función penal.⁷⁴

- b) En el acto de consignación, el Ministerio Público debe indicar ante qué Juez o Tribunal ejercita la acción penal. Consideramos que la acción penal debe ejercitarse ante el Tribunal objetivamente competente para aplicar la ley en el caso concreto.
- c) La acción penal sólo es lícito ejercitarla en contra de una persona física, individualizada, el Ministerio Público debe expresar en contra de quien ejercita dicha acción, señalando de ser posible, los nombres de los sujetos, u otros datos que faciliten su identificación.
- d) El Ministerio Público debe señalar en su consignación los hechos delictuosos que imputa al indiciado y que motivan el ejercicio de la acción penal, haciendo la clasificación legal de ellos, si bien, esta clasificación, tiene el carácter de provisional, de formal prisión.
- e) Para que el Juez pueda dictar orden de aprehensión en contra del inculcado, es requisito indispensable que el Ministerio Público así lo pida, pues, en caso contrario, dicha orden es violatoria de garantías.

Cuando el presunto responsable se encuentre detenido, el Ministerio Público debe ponerlo a disposición de la autoridad judicial, indicando el lugar donde sufra la detención.

⁷⁴ MATOS ESCOBEDO, Rafael. El Juicio de Amparo en Materia Penal. 2ª edición, Trillas, México, 1999. p. 301.

- f) El Ministerio Público debe de señalar de manera precisa, en el pliego de consignación, en su caso, el lugar o lugares en que hayan de quedar en depósito los objetos o instrumentos que en forma alguna guarden relación con el delito para que el Juez del conocimiento pueda legalmente disponer de ellos restituir los bienes a sus legítimos propietarios; efectuar peritajes solicitados por el inculpado, el Ministerio Público y en algunos casos por el propio juzgador; ordenar su decomiso, destrucción, etc., así como manifestar, la o las autoridades que hayan de tener a aquellos bajo su custodia.

CAPÍTULO IV

EL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

El capítulo que en este momento ocupa nuestra atención, y como en su nombre lo indica, se tratará de establecer la importancia que tiene la comprobación del cuerpo del delito que se trate, con la probable responsabilidad del inculpado es por ello que será trascendente puntualizar lo siguiente.

4.1. Importancia del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado en el Derecho Penal Mexicano

El concepto sobre cuerpo del delito, había sido un problema muy discutido en el campo doctrinal y aún sigue siéndolo para algunos autores empecinados en ideas del todo exóticas en relación con el delito; sin embargo, con el fin de emitir un concepto que permita entender su connotación, consideramos útil acudir a la doctrina (Teoría del Tipo Penal), y tomar de ésta las bases y elementos necesarios para precisar su alcance en el Derecho Mexicano, estableciendo, asimismo, la forma en que se integra en la legislación vigente.

Es importante iniciar este capítulo con la mención del término de corpus delicti o cuerpo del delito, el que durante varias décadas se usó como elemento esencial para comprobar un delito, y que a partir de las reformas del artículo 16 constitucional de fecha 3 de septiembre de 1993 y al Código de Procedimientos Penales tanto en el Distrito Federal como en el fuero federal de fecha 10 de enero de 1994, desaparece el término cuerpo del delito, estableciéndose que para librar una orden de aprehensión, se

ejercite la acción penal, se dicte un auto de formal prisión o sujeción a proceso, deben existir datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal por lo que desde nuestro enfoque es un término procesal que constituía el cuerpo del delito se volvió penal.

El término integración del tipo penal del delito no ayudó en la procuración de justicia, por ser confuso y darse una lucha entre los que se consideran causalistas y los finalistas; por eso en el Diario Oficial de la Federación fecha 8 de marzo de 1999 se reforma el artículo 16 constitucional, en donde se vuelve a retomar el término cuerpo del delito.

Julio Acero, señala que "por el carácter de los procedimientos en México, es de importancia desde las primeras averiguaciones la comprobación del hecho delictuoso que constituye lo que técnicamente se llama el cuerpo del delito, porque es obvio que para la existencia del delincuente, en el viejo sentido de la palabra, se requiere primero que haya existido el acto de la infracción."⁷⁵

Corpus delicti, concepto de gran importancia en el derecho de procedimientos penales, debido a que la comprobación de la conducta o hecho punible descrito por el legislador y entendido como un todo unitario en los elementos que la integran, es la base en que se sustenta, sin ello, según el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, "no puede declararse la responsabilidad del acusado, ni imponérsele pena alguna"⁷⁶ (este criterio hasta antes de las reformas de 1993 no tuvo efectos, pero a partir de las reformas de 1999 vuelve a tomar vigencia).

⁷⁵ ACERO, Julio. Op. cit. p. 298.

⁷⁶ Semanario Judicial de la Federación. Op. cit. p. 1302.

En la reforma de 1994, los artículos 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y el 168 del Federal, establecen que el Ministerio Público acreditará los elementos del cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial a su vez examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

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

Asimismo, se acreditará, si el tipo lo requiere:

- a) Las calidades del sujeto activo y del pasivo;
- b) El resultado y su atribución a la acción u omisión.
- c) El objeto material.
- d) Los medios utilizados.
- e) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión.
- f) Los elementos normativos.
- g) Los elementos subjetivos específicos, y
- h) Las demás circunstancias que la ley prevea.

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

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

El artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal reformado en 1999 a partir de las reformas constitucionales del mismo año, señala:

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

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

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

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando de los medios preparatorios existentes se deduzca su participación dolosa o culposa en el delito que se le imputa y no exista acreditada a favor de aquel alguna causa de licitud o alguna excluyente de responsabilidad.

El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, reformado por una publicación en el Diario Oficial de la Federación de fecha 18 de mayo de 1999, modifican nuevamente su texto respecto a lo que debemos entender por cuerpo del delito, rescatan nuevos elementos, como son los normativos y deja de lado la consideración anterior de que solo se tomaban en cuenta los elementos materiales, para quedar de la siguiente forma.

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

“Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en caso de que la descripción típica lo requiera.”⁷⁷

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

El cuerpo del delito de que se trate probable responsabilidad se acreditará con cualquier medio probatorio que señale la ley.

En la actualidad el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, se regula en los artículos 115, 122, 124, 133, 274 fracción II, 286-Bis, 297 fracción III, 302, 303, 304-Bis”A” 547 fracción I, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, donde establece todo lo relacionado al cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado.

⁷⁷ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. 2ª edición, Mc. Graw-Hill, México, 2001. p. 271.

4.2. La integración del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado

Tomando en cuenta que el legislador, en muchos Códigos, se refiere a integración y comprobación del cuerpo del delito, importa advertir que, con ello, alude a dos aspectos, frecuentemente confundidos en la práctica, y que en relación con el tema en estudio conduce a errores.

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

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

En el texto de Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y tratándose del delito de homicidio, se indica: "Cuando no se encuentren testigos que hubieren visto el cadáver, pero sí datos suficientes para suponer la comisión de un homicidio, se comprobará la preexistencia de la persona, sus costumbres, su carácter, si padeció alguna enfermedad, el último lugar y fecha en que se la vio y la posibilidad de que el cadáver hubiera podido ser ocultado o destruido, expresando los testigos, los motivos que tengan para suponer la comisión de un delito."

El legislador, en materia federal señaló lo mismo en el artículo 172.

En el texto correspondiente del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal se indica: "Hará constar en el acta o parte que levante, según el caso, recogidos si fuere posible."

En el Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el artículo 181 y demás relativos, se ordena lo mismo.

Del contenido de los preceptos citados, se desprende: Del conjunto de elementos probatorios que se hayan logrado acumular, durante la averiguación previa dependerá que el cuerpo del delito resulte comprobado.

Es innegable que, la actividad del agente del Ministerio Público, durante la etapa mencionada, tiende, esencialmente, a la integración del corpus delicti: Esa es su función característica. De la debida integración del cuerpo del delito y averiguación previa se deduce la posible responsabilidad del inculpado, razón por demás necesaria para que la averiguación previa o cuerpo del delito se integren adecuadamente.

En el ámbito penal, se sancionan las conductas realizadas íntegramente; sin embargo, en ocasiones, no es así; es decir, la conducta no se lleva a cabo de materia completa, pero la intención del agente se ha encaminado a ese fin, y esto también es punible, por la antisociabilidad que se patentiza con tal proceder.

Tomando como punto de partida el criterio, sustentado por distinguidos juristas, "la tentativa, en el Derecho Penal: Es la realización de actos idóneos dirigidos en forma inequívoca a cometer un delito; de tal manera que, esta requiere tan solo un esfuerzo voluntario encaminado a la realización de la conducta o hecho, independientemente de que la tentativa sea acabada o inacabada."⁷⁸

Sin entrar al estudio de los diversos problemas a que se ha dado lugar este tema, dejo anotado, para los fines perseguidos en mi estudio que,

⁷⁸ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. p. 387.

la tentativa es una forma accesoria del tipo, pues de no ser así, se sancionarían hechos atípicos; en consecuencia, tienen forzosamente que agotarse el campo del delito, relacionando los elementos de la tentativa inacabada, acabada o posible, con los propios elementos del tipo; o sea, dogmáticamente, relacionando el artículo 12, del Código Penal, con cada tipo en particular, la probable responsabilidad, es otro de los requisitos de fondo, señalados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, para que proceda, el ejercicio de la acción penal, la orden de aprehensión, el auto de formal prisión, etc.

Tanto en la práctica, como en la doctrina, se hace referencia indistintamente a la responsabilidad probable o presunta de una persona; ambos calificativos son sinónimos, significan: Lo fundado en razón prudente o, de lo que se sospecha, por tener indicios. En consecuencia, "existe probable responsabilidad, cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona pudo haber tomado parte de alguna manera en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, antijurídico y culpable."⁷⁹

El Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se indica: En base para el ejercicio de la acción penal el que esté acreditada la probable responsabilidad del inculpado para lo cual el Juez para determinar si esta existe habrá "de constatar si no existe acreditada a favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes;" además de que: "Se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley."

La determinación de la presunta responsabilidad del procesado corresponde, fundamentalmente, al Juez; sin embargo, también concierne al agente del Ministerio Público.

⁷⁹ Ibidem. p. 389.

Es indudable que, durante la averiguación previa, para estar en posibilidad de resolver, si procede la consignación o la libertad del sujeto, se lleve a cabo una valoración de los hechos y de todas las pruebas recabadas, porque, aún integrado del cuerpo del delito, si no hay presunta responsabilidad, no se podrá ejercitar la acción penal.

El Juez, por imperativo legal, en diversos momentos procesales habrá de estar cierto de que existe probable responsabilidad, para decretar la orden de aprehensión y, en su momento, un auto de formal prisión.

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

Disiento de quienes opinan que, durante el término de setenta y dos horas solo debe atender a las pruebas de cargo; tal criterio, es contrario al principio de legalidad y a la imparcialidad, como base sólida de sustentación entre otros elementos de las resoluciones jurídicas.

En la práctica, bastan indicios para considerar demostrada la presunta responsabilidad; no obstante, el juzgador no debe atenerse exclusivamente a lo indicado; porque, lo más prudente, es atender a los diversos medios de prueba establecidos en cada uno de los códigos adjetivos, para que previo análisis de los hechos, en relación con éstos, facilitan una resolución consistente, clara y precisa, y así se eviten procesos inútiles y molestias, sin fin, a las personas.

Es útil aclarar que, en muchas ocasiones, el Juez Penal dicta orden de aprehensión, por estimar que de lo actuado en la averiguación previa se deducen elementos suficientes para considerar integrada la responsabilidad de un sujeto; no obstante, posteriormente, al determinar la situación jurídica del procesado, dentro del término de setenta y dos horas, se resuelve que no está demostrada. Aparentemente, la situación pareciera contradictoria; empero, las resoluciones dictadas en tal sentido, son estrictamente apegadas a Derecho, porque la presunta responsabilidad, es lógico que puede destruirse, como ocurre, con frecuencia, si dentro del término mencionado se practican diligencias para desvirtuar el material probatorio presentado por el agente del Ministerio Público. Una vez dictado el auto de formal prisión pudiera ser que se desvanecieran los elementos en que se apoyó, y la consecuencia inmediata será la libertad del procesado.

Al resolver el Juez la situación jurídica del procesado, durante el término de setenta y dos horas, por primera vez, estudia las modalidades de la conducta o hecho, para determinar, hasta donde es posible en ese momento:

1. En cual de las formas de culpabilidad, dolosa o culposa, debe situar al probable autor de las mismas y,
2. La ausencia de la presunta responsabilidad por falta de elementos, o la operancia de una "causa de justificación" o cualquiera otra eximente.

La importancia de lo primeramente indicado, es obvia, porque la penalidad probable para la conducta o hecho, motivo del proceso, será distinta para cada supuesto.

4.3. Medios para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado en nuestra legislación mexicana

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

Puede suceder que, la conducta o hecho se adecue a un solo tipo (monotipicidad), o a varios, según la proporción que aquél haya alcanzado (pluprotipicidad), integrándose a tantos cuerpos de delitos, en proporción al alcance de la conducta o hecho y en relación con el catálogo existente en el Código Penal. Esto se logra comparándola con los tipos en los que pudiera adecuarse, para después subsumirla en el que corresponda, tomando en cuenta la relación valorativa prevalente entre los medios utilizados para realizarla, a los fines de este, y así, el finalístico, en uno, o en varios tipos (concurso de tipos).

El proceso de adecuación típica; consiste en atender al bien jurídico tutelado, comparando la conducta o hecho con las formas descritas por el legislador, para así lograr su identidad; ha de llevarse a cabo, además, examinando cada uno de los elementos integrantes de tipo, los cuales, reunidos en su totalidad lo comprueban, porque de lo contrario, si falta alguno, no habrá tipicidad y en consecuencia, cuerpo del delito.

En la legislación vigente, la comprobación del cuerpo del delito, es una función que corresponde al Juez, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde a la letra dice: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá

exceder el término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos de tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éstas.”

La comprobación está a cargo del Juez en diversos momentos procedimentales, fundamentalmente durante las etapas de instrucción y juicio.

En la primera, examinan las dirigencias de averiguación previa y las que se hubiere practicado ante el mismo, cuando previa consignación de los hechos sin detenido, o por lo establecido en el artículo 4º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se negó la orden de aprehensión, y el agente del Ministerio Público solicitó desahogo de diligencias. También así procede con las que se hubieren llevado a cabo, durante el término constitucional de setenta y dos horas, para así, dictar según el caso, el auto de formal prisión, el auto de sujeción o proceso, o el de libertad por falta de elementos para procesar.

El Juicio, también examinará todo lo actuado, relacionándolo con las demás probanzas rendidas después del auto de formal prisión, al igual que las presentadas durante la audiencia final, constatando así, la existencia o no, del cuerpo del delito.

En el título quinto intitulado, Disposiciones Comunes a la Averiguación Previa y a la Instrucción, en el capítulo I, que responde al rubro, “Comprobación de los Elementos de Tipo Penal y de la Probable Responsabilidad del Inculpado,” se contienen una serie de reglas para la comprobación de ambos aspectos.

Aún con las flamantes reformas a los Códigos Adjetivos de los que me he venido ocupando, subsisten reglas genéricas para la comprobación del cuerpo del delito, aún cuando en forma inadecuada el legislador continúa refiriéndose a los elementos del tipo.

En el Código Federal, en cuanto a las reglas genéricas, fueron suprimidas los referentes al robo, abuso de confianza, fraude, peculado y contra la salud, previstos en los entonces artículos 174, 175 y 178, en consecuencia, para el delito de robo, habrá que atender a la regla general establecida en el artículo 168. Asimismo, se modificaron las reglas para que quedaran comprobadas las lesiones tanto internas como externas, aunque ahora están establecidas con mayor precisión, todo encaminado a la forma o manera de probar lo que se pretende.

Lo mismo ocurre en el caso del artículo 171, en donde se prevén los medios de prueba del delito de homicidio, pero una manga ancha, al hacer referencia "a la práctica de las diligencias que sean procedentes."

En el artículo 177, del nuevo texto, se dice lo siguiente: "Para la comprobación de los elementos del tipo penal de los delitos relacionados con la industria petrolera nacional y con el servicio público de energía eléctrica, previstos en los artículos 185; 253 fracción inciso 1; 254 fracciones VII y VIII, 254, 368 fracciones II y III del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, se presumirá la propiedad federal, salvo prueba en contrario.

Para el acreditamiento de la propiedad federal, no se exigirá la presentación de factura o escritura pública o la inscripción en el Registro Público.

Las modificaciones a los artículos 173 y 179, dejaron también la puerta abierta para que puedan practicarse “todo tipo de diligencias que se consideren pertinentes.”

A pesar de las derogaciones y de las modificaciones que al respecto se han llevado a cabo, siguen subsistiendo para la mayoría de los casos las denominadas reglas genéricas y para otros las reglas especiales.

En razón de lo anterior, es aconsejable la adición del punto de vista que expongo en las anteriores páginas, respecto al cuerpo del delito, de esa manera se evitará imprecisiones y la confusión que aún priva respecto a los elementos del tipo y la denominación cuerpo del delito.

Para comprobar el cuerpo del delito o los elementos del tipo penal que se trate, en los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (artículo 122) y Federal (artículo 168), se señala lo siguiente: El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito que se trate y la probable responsabilidad del inculpado como base del delito de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

- I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión, o en su caso el peligro al que se ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II. La forma de imprevención de los sujetos activos;
- III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.
Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere:

- a) Las calidades del sujeto activo y del pasivo;

- b) El resultado y su atribuibilidad a la acción y omisión;
- c) El objeto material;
- d) Los medios utilizados;
- e) Las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión;
- f) Los elementos normativos;
- g) Los elementos subjetivos específicos;
- h) Las demás circunstancias que la ley prevea.

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

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

En cuanto al delito de lesiones, en los ordenamientos jurídicos, procesales a los que me he referido, se comprobará el cuerpo del delito atendiendo al carácter externo o interno de las mismas.

Si son externas, se tendrá por comprobado: "Con la asistencia de peritos, médicos, describiéndolas pormenorizadamente y se recabará dictamen de aquellos peritos, que la escriba y las clasifique en orden a su naturaleza, gravedad, consecuencias y cualquier otra circunstancia atendible para ese fin." (artículo 169 del Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal)

Cuando las lesiones son internas, envenenamiento u otra enfermedad proveniente del delito, en el Código Federal de Procedimientos Penales

para el Distrito Federal (artículo 170), se establece: "se practicará inspección haciéndose constar las manifestaciones exteriores que presentare la víctima y se recabará el dictamen pericial en que se expresarán los síntomas que presente, si existen esas lesiones y si han sido producidas por una causa externa. En caso de no existir manifestaciones exteriores, se hará constar esta circunstancia, agregando el dictamen pericial."

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal se indica lo mismo, aunque en forma desordenada, como puede advertirse del contenido de los artículos 94, 96, 97, 98 y 109.

Para comprobar el cuerpo del delito de violación, se atenderá a la regla específica, aunque resulta relevante la imputación, que haga el sujeto pasivo, además de otros elementos probatorios que la robustezcan.

Cuando esos elementos se han dado, ha lugar a afirmar: el cuerpo del delito de violación está integrado, y procede ahora precisar, quién o quiénes pueden ser los probables autores.

Por último, en ningún momento debe confundirse cuerpo del delito con la probable responsabilidad. Son dos situaciones distintas que conducen a consecuencias jurídicas diversas, por ejemplo, la problemática sobre la probable responsabilidad, casi siempre depende de la existencia del cuerpo del delito, porque, si no es así, ¿cuál es la base de sustentación para pretender fincar una probable responsabilidad?

Es oportuno advertir que, el 10 de enero de 1994, se reformó el artículo 109-Bis de este ordenamiento jurídico, en el que a la letra se indica:

“cuando la víctima del delito sexual o su representante legal lo solicite, la exploración y atención médica, psiquiátrica, ginecológica o cualquiera otra que se le practique, estará a cargo de personal facultativo de su mismo sexo.”

Cabe señalar que, esta extraña medida, adoptada en principio el 22 de enero de 1991, consiste en atención médica a cargo de personal facultativo del sexo femenino, lo cual seguramente tuvo su origen en las muy peculiares ideas de algunos grupos feministas, que así lo exigieron, sin tomarse la molestia de considerar, si las personas del sexo masculino, preferirían, en su caso, que dicha exploración y atención médica, etc., estuviera a cargo de personal facultativo del sexo masculino. ¿No es discriminatorio este nuevo precepto? ¿No rompe con el principio democrático, tan pregonado en nuestros días, sobre la igualdad del hombre y la mujer ante la ley?, ¿Ya se arrumbó en un rincón o se echó al olvido, uno de los caracteres de la ley, como lo es: la generalidad?

A no dudarlo, los legisladores, a pesar de la condicionante, incluida en este precepto, ahora reformado, a sabiendas de lo que ocurría y sigue ocurriendo en la práctica, lo aprobaron; pero, aun así, lo previsto en esta disposición no sólo es ridículo, sino también, es fiel demostración de inseguridad profesional y también de la igualdad de uno y otro sexos.

En cuanto al delito de homicidio, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se prevé lo siguiente:

- “1º. Existe cadáver; en este supuesto se expresará con minuciosidad el estado que guarda y las causas que originaron la muerte. Sólo podrá dejarse de hacer la autopsia, cuando el Juez lo acuerde, previo dictamen de los peritos médicos. (artículo 105).

- 2º. El cadáver no puede ser encontrado. En esta hipótesis se comprobará su existencia por medio de testigos, quienes harán la descripción de aquél y expresarán el número de lesiones o huellas exteriores de violencia que presentaba, lugares en que estaban situadas, sus dimensiones y el arma con que crean fueron causadas. También se les interrogará si lo conocieron en vida, sobre los hábitos y costumbres del difunto y sobre las enfermedades que hubiere padecido.⁸⁰

Estos datos se darán a los peritos para que emitan su dictamen sobre las causas de la muerte, bastando entonces la opinión de aquellos, de que la muerte fue resultado de un delito, para que se tenga como existente el requisito que exige el artículo 303, del Código Penal (artículo 107 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Esta manera de tener por comprobado el cuerpo del delito, basándose en semejantes supuestos, no únicamente encuadra dentro de lo artificioso o ingenuo, comportamiento muy común en muchos de los integrantes del poder legislativo, que por precedentes como éste y, muchos otros, al pueblo no le ha quedado más recurso que el de hilaridad, o bien, cuando se desea proferir un insulto grave a una persona, llamarse diputadote.

- 3º. El contenido del artículo 108, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, prevé que, "cuando no se encuentren testigos que hubieren visto el cadáver, pero sí datos suficientes para suponer la comisión de un homicidio, se comprobará la preexistencia de la persona, sus costumbres, su carácter, si padeció alguna enfermedad el último lugar y fecha

⁸⁰ ACERO, Julio. Op. cit. p. 326.

en que se la vio y la posibilidad de que el cadáver hubiere podido ser ocultado o destruido, expresando los testigos los motivos que tengan para suponer la comisión de un delito.

En el Código Federal, se establecen dos supuestos:

Primero: Existe cadáver.

En este caso, el cuerpo del delito, se integrará de acuerdo con los elementos señalados en el Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Segundo: El cadáver no se encuentra.

Bajo semejantes supuestos, el legislador señaló en el artículo 172 del Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que bastará que los peritos, en vista de los datos que obren en el expediente declaren que la muerte fue resultado de las lesiones inferidas.

Para los delitos de aborto e infanticidio, en los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y en el Federal, salvo una pequeña variante, señalan: "en los casos de aborto o infanticidio, se procederá como previenen los artículos anteriores para el homicidio; pero en el primero, reconocerán los peritos a la madre, describirán las lesiones que presente ésta y dirán si pudieron ser la causa del aborto; expresarán la edad de la víctima, si nació viable y todo aquello que pueda servir para determinar la naturaleza de un delito.

El cuerpo del delito, de daño en propiedad ajena, por incendio, se comprobará por el dictamen de peritos, sobre: "el modo, lugar y tiempo en que se efectuó; la calidad de la materia que lo produjo; las circunstancias por las cuales pueda conocerse que haya sido intencional, y la posibilidad

que haya habido de un peligro mayor, o menor, para la vida de las personas o para la propiedad, así como los perjuicios y daños causados.

En el Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al referirse a delitos de ataque a las vías de comunicación, se indica: "cuando no fuere posible practicar inspección porque para evitar perjuicios al servicio público haya sido necesario repararlas inmediatamente, se practicará inspección de las huellas u otros signos que constituyan posibles indicios de la existencia del hecho incriminado y de la antigüedad y extensión de la reparación, además de recabarse facturas u otros documentos relativos a ella y cualesquiera otras pruebas a las que se pueda tener acceso." (artículo 179).

Acerca del delito de falsedad o falsificación de documentos, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se señala: "se hará una minuciosa descripción del instrumento argüido de falso y se depositará en lugar seguro, haciendo que firmen en él, si fuere posible, las personas que depongan respecto a su falsedad; en caso contrario se harán constar los motivos. Al expediente se agregará una copia certificada del documento argüido de falso y otra fotográfica del mismo, cuando sea posible. La comprobación de los elementos del tipo, en los casos de falsedad, se hará como lo dispone el artículo 122 de este Código.

Considero inútil continuar señalando los graves errores en que los legisladores incurrieron en este código respecto al cuerpo del delito, y si como estoy seguro el lector o lectora fijan su atención en lo que señalé podrán advertir el desacierto imperante en esas disposiciones.

Por último, considero que en los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Federal, se señalan una duplicidad de formas para

la comprobación del cuerpo del delito (elementos del delito en unos casos, y en otros reglas especiales), es aconsejable adoptar un solo criterio, que podría ser el que he señalado en páginas anteriores, para así, de esa manera, corregir los errores a que da lugar un sistema casuístico, poco técnico y caduco, como el adoptado para esta materia.

4.4. Diversas resoluciones que se dictan al vencerse el término de setenta y dos horas, respecto a una debida o indebida integración de la averiguación previa

Precisaba la actividad, iniciada desde el momento en que el procesado fue puesto a disposición del Juez, éste, al fenecer el término de setenta y dos horas, resolverá la situación jurídica planteada, lo cual se dará en las siguientes formas: dictando auto de formal prisión, o en su defecto, auto de soltura, de libertad por falta de méritos o de libertad por falta de elementos para procesar; y, auto de formal prisión con sujeción a proceso, cuando la consignación se efectuó sin delito, por delito sancionable con pena no corporal o alternativa.

- a) Auto de formal prisión. De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 19 constitucional y las leyes adjetivas, Federal y del Distrito, el auto de formal prisión es la resolución pronunciada por el Juez, para resolver la situación jurídica del procesado al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, por estar comprobados los elementos integrantes, los elementos de tipo penal que merezca pena corporal y los datos suficientes para presumir la responsabilidad; siempre y cuando, no esté probada a favor del procesado una causa de justificación, o que extinga la

acción penal, para así determinar el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso.

Todo auto de formal prisión contendrá, indispensablemente, requisitos medulares y formales. Los primeros están previstos en el artículo 19 de la Constitución General de la República y son los que a continuación se indican: que esté comprobado el elemento del tipo penal, así como los datos sobre la probable responsabilidad del procesado; esto último puede no estar suficientemente acreditado, se requiere solamente la presunción; en cambio, el elemento del tipo penal siempre debe comprobarse plenamente.

El Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 161 establece a grandes rasgos que, dentro de las 72 horas siguientes al momento en que el inculpado quede a disposición del Juez, se dictará el auto de formal prisión siempre y cuando se acredite lo siguiente: I. Que se haya tomado declaración preparatoria del inculpado en la forma que señale la ley; II. Que se acrediten los elementos del tipo del delito que tenga señalada sanción privativa de libertad; III. Que en relación a la fracción anterior se demuestre la probable responsabilidad del inculpado y IV. Que no esté plenamente comprobada a favor del inculpado alguna circunstancia eximiente de responsabilidad, o que extinga la acción penal. El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal indica que todo auto de formal prisión debe contener artículo 297 los siguientes requisitos.

I.- Se dictará dentro del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial; II. Que se le haya tomado la declaración preparatoria al inculpado en los términos de ley, o bien, conste en el expediente que se negó a emitirla; III. Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo

penal del delito por el cual debe seguirse el proceso; IV. Que el delito sea sancionado con pena privativa de libertad; V. Que no esté acreditada alguna causa de licitud; VI. Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del indiciado; y VII. Los nombres y firmas del Juez que dicte la resolución y del secretario que la autorice.

El plazo a que se refiere la fracción I de este artículo, se duplicará cuando lo solicite el inculcado por sí, o por su defensor, al 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.

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

La ampliación del plazo se deberá notificar al Director del reclusorio preventivo, en donde en su caso, se encuentre internado el inculcado, para los efectos a que se refiere la última parte del primer párrafo del artículo 19 constitucional. El auto de formal prisión se hace por escrito; principia con la indicación de la hora y la fecha en que se pronuncia, el número de la causa y el nombre de la persona cuya situación jurídica va a determinarse. En un resultado o varios, se hace una relación de los hechos contenidos en las diligencias de averiguación previa y de las practicadas durante el término de 72 horas.

Contendrá asimismo, una parte considerativa, en la que el Juez, mediante el análisis y la valoración jurídica de los hechos imputados al

sujeto determinará si está comprobado el elemento del tipo penal; siendo así, explicará la razón por la cual estima que existen indicios bastantes para considerar al procesado dentro de la hipótesis prevista por el artículo 13 del Código Penal como su posible autor. Para estos efectos, el Juez aplicará los preceptos legales procedentes, pero la valoración de las pruebas la hará directamente, según su criterio.

Por último, concretamente se decreta: La formal prisión de la persona de que se trate, como presunta responsable de los hechos delictuosos que se motivaron el ejercicio de la acción penal; la identificación del sujeto y los informes sobre los antecedentes o anteriores ingresos de éste; que se giren las boletas correspondientes, se notifique la resolución y se haga saber el derecho concedido por la ley al procesado, para impugnar la resolución judicial.

La fecha del auto de formal prisión reviste gran importancia, pues ya dejamos establecido que el artículo 19 constitucional contiene un conjunto de garantías de libertad, que a la vez se constituyen en obligaciones ineludibles para el órgano de la jurisdicción, y aún para los terceros.

De este imperativo impuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a los alcaides y carceleros, los Códigos de Procedimientos Penales nada dicen, el único cuerpo de disposiciones, que aunque en forma breve, hacen referencia a ello es el Reglamento de Reclusorio del Distrito Federal. El artículo 44 repite el contenido de la fracción XVII, del artículo 107 constitucional y agrega que la autoridad responsable será consignada a la autoridad correspondiente cuando no suspenda el acto reclamado debiendo hacerlo, y cuando admita fianza que resulte ilusoria y suficiente siendo en estos dos últimos casos solidaria la responsabilidad civil de la autoridad.

Es incuestionable que esa acta no debe ser un documento más para engrosar los archivos del reclusorio o para respaldar la actuación del director o encargado del mismo, respecto al acto que ejecutó; su importancia es mayor, debe remitirse, ya sea una copia o el original, al Ministerio Público para que esa institución proceda, de acuerdo con sus atribuciones, en contra del órgano jurisdiccional.

Por otra parte, sin la resolución judicial de la formal prisión y ésta fue dictada rebasando el término constitucional, y ya el procesado (quien no tenía derecho a la libertad caucional) fue puesto en libertad por el alcaide o carcelero, ¿Qué es lo que ocurre con el proceso y el procesado?

A nuestro juicio, el auto de formal prisión, aún dictado fuera del tiempo no carece de valor, debe producir los efectos jurídicos correspondientes, puesto que el término dentro del cual debe dictarse, es una garantía instituida para que no se prolongue ninguna detención sin causa justificada y esto no afecta a la resolución misma, trae, eso sí, consecuencias para quien en ejercicio de sus funciones no sea justo a los lineamientos legales en relación al término en que debió haber resuelto.

Desde el punto de vista procesal, previo procedimiento del Ministerio Público habrá de dictarse orden de reaprehensión en contra del procesado y lograda que fuere, continuará el proceso. Todo esto, insistimos, sin perjuicio de la responsabilidad del servidor público.

No es posible, de ninguna manera, invocar que una omisión de esa naturaleza que conduce a un alcaide o carcelero ponga en libertad a un procesado constituya una base para considerar que un acto administrativo pueda resolver un acto jurisdiccional y que por ello la libertad sea definitiva.

Consecuentemente, de lo anotado se advierte el celo que en este orden enfatizó el constituyente de 1917, por eso también las leyes adjetivas, en el capítulo denominado, formalidades del procedimiento, indican que las actuaciones del ramo penal podrán practicarse en toda hora y aún en los días feriados, sin necesidad de previa habilitación (artículos 12 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 15 del Código Federal de la materia); asimismo, al referirse los términos judiciales señala, tratándose del auto de formal prisión, correrán de momento a momento y desde que el proceso se halle a disposición de la autoridad judicial (artículos 58 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y 71 y 72 del Código Federal de la materia).

Los efectos jurídicos del auto de forma prisión son los siguientes: El sujeto queda sometido a la jurisdicción del Juez; justificar la prisión preventiva, pero no revoca la libertad provisional concedida, excepto cuando así se determine expresamente en el propio auto (artículo 166 Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal) situación ésta que solo se justifica cuando durante el término de las setenta y dos horas se hayan aportado elementos suficientes para adecuar la conducta o hecho a uno o más tipos penales, distintos de aquellos por los que se llevó a cabo la consignación y que se tomaron en cuenta para conceder el beneficio de la libertad caucional. Es obvio que, si el auto de formal prisión se dicta por hechos cuya sanción rebasa el término medio aritmético a que se refiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la libertad que se había concedido tenga que revocarse; o bien, si del materia probatorio, a un procediendo la libertad fuese necesario incrementar la caución así se determinará en dicho auto; precisa los hechos por los que ha de seguirse el proceso; por fin a la primera parte de la instrucción inicia la segunda etapa de ésta.

Con motivo de las reformas legales, llevadas a cabo en mil novecientos setenta y uno, la resolución judicial que hemos estado tratando, produce un efecto más señala el procedimiento que debe seguirse: Sumario u ordinario, según el caso.

- b) Auto de forma prisión con sujeción a proceso. El auto de formal prisión con sujeción o proceso es la resolución dictada por el Juez, por medio de la cual, tratándose de delitos sancionados con pena no corporal o alternativa, previa comprobación del elemento del tipo penal y la presunta responsabilidad, se resuelve la situación jurídica del procesado, fijándose la base del proceso que debe seguirse.

Es importante advertir que, aunque en la práctica y aún en la teoría se sigue repitiendo que en el caso de los delitos sancionados con la pena alternativa o no corporal lo procedente, al fenecer el término constitucional de setenta y dos horas, es, en su caso dictar un auto de sujeción a proceso, hacen gala de una ignorancia, abismal, e inenarrable del contenido y alcances del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su parte conducente que, a la letra indica: "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión."

Del texto transcrito se advierte con toda claridad la razón por la cual, tratándose de las infracciones penales mencionadas hablamos de auto de formal prisión, pues sería imposible conseguir un proceso sin esta resolución judicial; empero, le agregamos con sujeción a proceso para significar que el procesado no está privado de su libertad, pero sí sujeto al proceso y, con ello, sometido a la jurisdicción respectiva. El Código de

Procedimientos Penales para el Distrito Federal (artículo 301) a la letra indica: "Cuando por naturaleza del delito o de la pena aplicable el imputado no deba ser internado en prisión preventiva y existen elementos para poder suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al Juez fundada y motivadamente o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del término en que deba resolverse el proceso."

El Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (artículo 162) ordena lo siguiente: "Cuando el delito cuya existencia se haya comprobado no merezca pena corporal o esté sancionado con pena alternativa, se dictará auto con todos los requisitos del de formal prisión, sujetando a proceso a la persona contra quien aparezcan datos suficientes para presumir su responsabilidad, para el solo efecto de señalar el delito por el cual se ha seguido el proceso."

Como se advierte, el legislador no indica, en ninguna forma que el auto que ocupa nuestra atención sea bautizado con el nombre de sujeción a proceso, por el contrario enfatiza el mandato constitucional al indicar que dicha resolución deberá siempre corresponder un auto de formal prisión.

Es lamentable que no sólo en el Distrito Federal sino también en las Entidades Federativas la gran mayoría de los Jueces continúan calificando la multicitada resolución, simplemente, como un auto de sujeción a proceso.

Los requisitos de esta resolución son los mismos del auto de formal prisión así como también sus efectos, excepto el de la prisión preventiva, pues ya anotamos la prohibición constitucional para restringir la libertad cuando se trata de delitos sancionados con pena no corporal o alternativa.

- c) Auto de libertad por la falta de elementos para continuar el proceso. El auto de libertad por falta de elementos para continuar el proceso, también llamado auto de libertad por falta de méritos, es la resolución dictada por el Juez al vencerse el término constitucional de 72 horas, en donde se ordena que el procesado sea restituido en el goce de su libertad, en virtud de no estar integrado el elemento del tipo penal ni la presunta responsabilidad, o que habiéndose dado lo primero, no exista lo segundo.

La falta de esos requisitos provoca ésta determinación, sin embargo, si el Ministerio Público, posteriormente, aporta nuevos datos que satisfagan las exigencias legales, se procederá nuevamente en contra del supuesto sujeto activo del delito, se ordenará su captura y nuevamente se observarán las prescripciones de los artículos 19 y 20 Constitucionales.

Tratándose de los aspectos negativos del delito (causas de justificación, causas de inculpabilidad, excusas absolutorias, etc.), el auto que se dicta al fenecer el término constitucional de 72 horas, se dice que la libertad que se concede es con las reservas de ley. Tal proceder es indebido, porque si ya se han agotado las pruebas que sirvieron para resolver la situación jurídica, lo procedente es decretar la libertad absoluta.

Actuar en forma distinta entraña un contrasentido, porque si el aspecto negativo del delito está demostrado, resulta absurdo decir que la libertad, es con las reservas.

La resolución judicial, en los casos señalados, debe producir los efectos de una sentencia absoluta, porque no resulta lógico ni admisible que

podiera volver a iniciarse un proceso en contra del mismo sujeto por esos hechos, o no se pretendiera, con posterioridad continuar el proceso. Ni en uno ni otro caso existen bases jurídicas de sustentación.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El período de averiguación previa, en el procedimiento penal mexicano, está delimitado del acto por el cual la autoridad investigadora tiene conocimiento de la existencia de un hecho que se presume delictuoso, al acto por el cual el Ministerio Público, el ejercicio de la acción penal, hace la consignación al Tribunal correspondiente.

SEGUNDA: Para proceder al ejercicio de la acción penal, es necesario satisfacer previamente los presupuestos indispensables a ese ejercicio y que son esencialmente dos: La demostración de la existencia real de un hecho delictuoso y la determinación de la persona a quien se imputa.

TERCERA: La averiguación previa es producto de la función investigadora de los delitos o función de policía judicial que, en nuestro sistema del derecho, debe realizar el Ministerio Público, conforme a lo mandado por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CUARTA: El contenido de la averiguación previa está constituido por el conjunto de diligencias que deben practicar el Ministerio Público para la comprobación del hecho que se presume delictuoso y de identificación del sujeto o sujetos a quienes se imputa.

QUINTA: Los sujetos del conocimiento de la averiguación previa deben ser funcionarios del Ministerio Público, con la colaboración de los miembros de la policía judicial y demás auxiliares que expresamente señalen las leyes, actuando estos últimos sólo en los casos y condiciones que las propias leyes determinen y siempre bajo el control de los funcionarios del

Ministerio Público. La policía judicial, debe entenderse como una función investigadora que se orienta a descubrir los delitos identificar a sus autores.

S E X T A: Es necesario y urgente para que puedan lucharse eficazmente contra la delincuencia, crear en México una policía científica de investigación criminal, con un personal seleccionado, debidamente preparado y dotado de los medios científicos modernos para la investigación de los delitos, para que coadyuve con el Ministerio Público en el desempeño de la función judicial, misión para la que está constitucionalmente llamada.

S É P T I M A: La averiguación previa, debe practicarla el Ministerio Público y no los Jueces Penales, de acuerdo con los motivos que inspiraron el artículo 21 de nuestra Carta Magna, por lo que la primera parte del artículo 4º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que faculta a los Jueces a practicar diligencias de averiguación previa, es inconstitucional, y debe procederse a su reforma.

O C T A V A: El funcionario que practique diligencias de averiguación previa, debe procurar, ante todo, que se compruebe el cuerpo del delito base del procedimiento penal mexicano, y la probable responsabilidad del inculcado. Conforme a la interpretación que se ha dado al artículo 21 constitucional, en su primera parte, por la jurisprudencia y las leyes procesales secundarias, el ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público, exclusivamente.

N O V E N A: El ejercicio de la acción penal debe estar regido por los principios de oficiosidad y de legalidad (no discrecionalidad). El ejercicio de la acción penal ante el Tribunal respectivo lo realiza el Ministerio Público por medio de un acto que, entre nosotros, recibe el nombre de consignación.

D É C I M A: La Ley no exige solemnidad alguna para el acto de consignación, pero en esta debe señalarse ante qué Juez se ejercita la acción penal, contra quien se ejercita y porqué hechos delictuosos. Es necesario establecer en el Derecho mexicano un sistema de control para los actos abstencionistas del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, que garantice la correcta y legal actuación de éste.

BIBLIOGRAFÍA

ACERO, Julio. Nuestro Procedimiento Penal. 10ª edición, Porrúa, México, 1999.

ARILLA BAZ, Fernando. El Procedimiento Penal. 3ª edición, Porrúa, México, 2000.

BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. 2ª edición, Mc. Graw-Hill, México, 2001.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. El Juicio de Amparo. 27ª edición, Porrúa, México, 2002.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 17ª edición, Porrúa, México, 2000.

CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel. El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México. 4ª edición, UNAM, México, 2000.

CASTRO V., Juventino. Historia de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. 4ª edición, P.G.J.D.F., México, 2000.

CASTRO, Máximo. Curso de Procedimientos Penales. 8ª edición, Trillas, México, 2000.

CHIOVENDA, José. Principios de Derecho Procesal Civil. 3ª edición, Reus, España, 1998.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 15ª edición, Porrúa, México, 2003.

FIX ZAMUDIO, Héctor. El Juicio de Amparo. 10ª edición, Porrúa, México, 1999.

FLORIÁN, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. 3ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

FRANCO SODI, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. 4ª edición, Porrúa, México, 1998.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. 3ª edición, Porrúa, México, 2000.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal. 4ª edición, Porrúa, México, 2000.

GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. El Procedimiento Penal Mexicano. 17ª edición, Porrúa, México, 1999.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Mexicano. 7ª edición, Porrúa, México, 2000.

HERNÁNDEZ SILVA, Pedro. Derecho Procesal Penal. 4ª edición, Porrúa, México, 1999.

JIMÉNEZ ASENJO, Enrique. Derecho Procesal Penal. 3ª edición, Porrúa, México, 1998.

MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. 11ª edición, Europa-América, Argentina, 2000.

MARTÍNEZ PINEDA, Ángel. Estructura y Valoración de la Acción Penal. 2ª edición, Azteca, México, 2001.

MATOS ESCOBEDO, Rafael. El Juicio de Amparo en Materia Penal. 2ª edición, Trillas, México, 1999.

PALLARES, Eduardo. Prontuario de Procedimientos Penales. 2ª edición, Porrúa, México, 2000.

PIÑA Y PALACIOS, Javier. Derecho Procesal Penal. 6ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. 19ª edición, Porrúa, México, 2000.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 3ª edición, Porrúa, México, 2003.

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 30ª edición, Porrúa, México, 2003.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 19ª edición, Sista, México, 2003.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL. 18ª edición, Sista, México, 2003.

LEY ORGÁNICA Y REGLAMENTO INTERIOR DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA PARA EL DISTRITO FEDERAL. 32ª edición, Porrúa, México, 2003.

LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y SU REGLAMENTO. 30ª edición, Porrúa, México, 2003.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. 11ª edición, Porrúa, México, 2003.

DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. 10ª edición, Porrúa, México, 2000.

Enciclopedia Jurídica Omeba. T. VI. 10ª edición, Dris-Kill, Argentina, 1999.

OTRAS FUENTES

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2ª Sala. Vol. II. 8ª Época, Marzo-Abril, México, 1989.

Semanario Judicial de la federación. Vol. III. T.XV. 2a Sala. 9a Época, México, 1993.