UNIVERSIDAD DON VASCO, A.C.
INCORPORACIÓN No. 8727-09 A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA DE DERECHO
ACUERDO 218/95, 16 DE MAYO DE 1995

"LA PRESENTACIÓN VOLUNTARIA DE LOS INDICIADOS ANTE LOS JUZGADORES DEBE REGULARSE ADICIONANDO EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE MICHOACÁN, CON EL ARTÍCULO 29 BIS"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

ALEJANDRA ALVAREZ CALDERÓN

ASESOR: LIC. CELSO ESTRADA GUTIÉRREZ

URUAPAN, MICHOACÁN AGOSTO DEL 2006.

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

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.

SUBDIRECCIÓN DE CERTIFICACIÓN

ANEXO 45
FORMA PT 01-A

UNIVERSIDAD DON VASCO, A.C.

Escuela de Derecho
UNIVERSIDAD DON VASCO, A. C.
URUAPAN
MICHOACAN

IMPRESIÓN DE TESIS INDIVIDUAL

LIC. MERCEDES HERNÁNDEZ DE GRAUE,
DIRECTORA GENERAL DE INCORPORACIÓN Y
REVALIDACIÓN DE ESTUDIOS, UNAM.
P R E S E N T E:

ALVAREZ	**CALDERÓN**	**ALEJANDRA**
APELLIDO PATERNO	MATERNO	NOMBRE(S)

NÚMERO DE EXPEDIENTE: 40251988-9

ALUMNO(A) DE LA CARRERA DE: LICENCIADO EN DERECHO.

CUMPLE CON LA REVISIÓN DE LA TESIS TITULADA:

"LA PRESENTACIÓN VOLUNTARIA DE LOS INDICIADOS ANTE LOS JUZGADORES DEBE REGULARSE ADICIONANDO EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE MICHOACÁN, CON EL ARTÍCULO 29 BIS"

POR LO QUE SE AUTORIZA LA IMPRESIÓN DE LA MISMA.

URUAPAN, MICHOACÁN, AGOSTO 25 DEL 2006.

ALEJANDRA ALVAREZ CALDERÓN

V° B°

LIC. CELSO ESTRADA GUTIÉRREZ
ASESOR

LIC. FEDERICO JIMÉNEZ TEJERO
DIRECTOR TÉCNICO

UNIVERSIDAD DON VASCO, A.C.

INCORPORADA A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

CLAVE NÚM. 8727-09

ESCUELA DE DERECHO

ACUERDO 218/95, 16 DE MAYO DE 1995

"LA PRESENTACIÓN VOLUNTARIA DE LOS INDICIADOS ANTE LOS JUZGADORES DEBE REGULARSE ADICIONANDO EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE MICHOACÁN, CON EL ARTÍCULO 29 BIS"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

ALEJANDRA ÁLVAREZ CALDERÓN

ASESOR: LIC. CELSO ESTRADA GUTIÉRREZ

URUAPAN, MICHOACÁN, JUNIO 2006

A G R A D E C I M I E N T O S

Primeramente, agradezco a **Dios** por concederme el don de la vida, y por ser la luz que ha guiado mi camino en todo momento.

Mi inmensa gratitud a **mi madre** Guadalupe Álvarez Calderón, por ser mi más importante apoyo no sólo a lo largo de mi carrera, sino de toda mi vida. Con todo mi cariño, y por ser la mejor madre, gracias.

Mi infinito agradecimiento y todo mi cariño para **mis hijos** Oswaldo Ricardo e Iván Alejandro, por ser mi principal motivación para seguir adelante, por su apoyo y su comprensión.

De igual forma, agradezco también a **mis hermanos** Julio César y Elvia Eréndira, su cariño y apoyo hoy y siempre.

Gracias a mi **Universidad Don Vasco, A. C.**, por ser mi alma máter y permitirme en sus aulas alcanzar una meta tan preciada.

Mi agradecimiento también para el licenciado Federico Jiménez Tejero, **Director Técnico** de la Universidad Don Vasco, A. C., por su apoyo durante el transcurso de la licenciatura.

Igualmente todo mi agradecimiento y gratitud para mi **maestro y asesor** el licenciado Celso Estrada Gutiérrez, por compartir conmigo un poco de su sabiduría, por su paciencia y dedicación al dirigir el presente trabajo de tesis.

También agradezco al **coordinador de tesis**, licenciado Humberto Negrete Hurtado por su invaluable apoyo en la realización del presente trabajo.

Doy gracias también a todos mis **profesores**, por su paciencia y dedicación en la difícil tarea de la docencia.

Finalmente, gracias también a mis **amigos** por su ayuda y a mis **compañeros** de generación por los últimos cinco años de convivencia.

Por todo lo que significa en lo personal el concluir la licenciatura en derecho, por un logro más, a todos, **GRACIAS**.

Í N D I C E

I N T R O D U C C I Ó N	7
CAPÍTULO 1 ANTECEDENTES	12
1.1 Derecho Penal	13
1.1.1 Venganza privada	13
1.1.2 Venganza divina	14
1.1.3 Venganza pública	14
1.1.4 Período humanitario	15
1.1.5 Etapa científica	16
1.2 Historia del Derecho Penal en México	16
1.2.1 Época precortesiana	16
1.2.2 Pueblo Maya	17
1.2.3 Pueblo Tarasco	17
1.2.4 Pueblo Azteca	18
1.2.5 Época colonial	19
1.2.6 Época independiente	20
CAPÍTULO 2. EL DELITO	21
2.1Concepto de delito	22
2.1.1 Concepto etimológico.	22
2.1.2 Concepto sociológico	23
2.1.3 Concepto jurídico	23
2.1.4 Noción jurídico-formal	23
2.1.5 Noción jurídico-sustancial	24
2.1.6 Concepción doctrinal del delito	24
2.2 Presupuestos del delito	25
2.3 Elementos del delito: Positivos y Negativos	26
2.3.1 La conducta y ausencia de conducta	26
2.3.2 La tipicidad y ausencia de tipo	30
2.3.3 La antijuricidad y causas de justificación	31
2.3.4 La culpabilidad y causas de inculpabilidad	34
2.3.5 La punibilidad y las excusas absolutorias	36
CAPÍTULO 3. EL MINISTERIO PÚBLICO	39
3.1 Antecedentes históricos	40

3.1.1 Grecia 41
3.1.2 Roma 42
3.1.3 Italia 42
3.1.4. Francia 43
3.1.5. México 43
3.2 Reseña general del Ministerio Público 46
3.3 Acción penal 47
3.4 Acción procesal penal 49
3.5 Naturaleza jurídica 49
CAPÍTULO 4 LA AVERIGUACIÓN PREVIA 54
4.1 Requisitos de procedibilidad 55
4.1.1 Denuncia 57
4.1.2 Querella 59
4.2 Inicio de la averiguación previa 64
4.3 Reglas para la práctica de diligencias 68
4.4 Acreditación de los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del detenido 70
4.5 Decisiones del Ministerio Público al resolver la averiguación previa 72
4.5.1 Acuerdo de archivo 73
4.5.2 Acuerdo de suspensión 75
4.5.3. Acuerdo de incompetencia 76
4.5.4. Ejercicio de la acción penal 79
4.5.6 El no ejercicio de la acción penal 85
4.6 Garantías del indiciado 88
4.6.1 Libertad provisional bajo caución 88
4.6.2 Designación de defensor 91
4.6.3 Garantía de ofrecer pruebas 93
4.6.4. Garantía del procesado de no ser compelido a declarar en su contra 95
4.6.5 Garantía del buen trato 96
CAPÍTULO 5 EL PROCESO PENAL 97
5.1 Definición de proceso 98
5.2 Proceso y procedimiento 100
5.3 Finalidad del proceso penal 102

5.4 Relación procesal y sujetos 103
5.5 Principios procesales del proceso penal 107
5.6 Etapas del proceso penal 111
5.7 Sistemas de enjuiciamiento 118
5.8 Enjuiciamiento penal 121
5.8.1 Panorama actual del proceso penal en México 121
5.8.2 Proceso penal en otros países 124
CAPÍTULO 6 LA ORDEN DE APREHENSIÓN 128
6.1 Requisitos para librar orden de aprehensión 129
6.2 Finalidad de la orden de aprehensión 130
CAPÍTULO 7 LA PRESENTACIÓN VOLUNTARIA DE LOS INDICIADOS ANTE LOS JUZGADORES DEBE REGULARSE ADICIONANDO EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE MICHOACÁN, CON EL ARTÍCULO 29 BIS 135
C O N C L U S I O N E S 140
P R O P U E S T A S 142
B I B L I O G R A F Í A 145

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es esencialmente un análisis sobre la función que realizan los Jueces de Primera Instancia en Materia Penal del Estado de Michoacán, por tal motivo, es un tema de carácter penal.

El derecho penal ha sido a través del tiempo el medio principal con que cuenta la sociedad para protegerse y regular en parte su conducta, empero, en la actualidad el alcance de las leyes no abarca algunos aspectos importantes, como lo es: ¿Existen en nuestra legislación penal del Estado, reglas o disposiciones a las cuales deban sujetarse los Jueces de Primera Instancia para recibir las presentaciones voluntarias de los indiciados? En realidad no existen tales disposiciones, y cuando un indiciado cuyo delito atribuido no es de los catalogados como graves por nuestra legislación penal, comparece voluntariamente a sujetarse a la acción de la justicia, con el objeto de que le sea fijada la garantía a exhibir y no sea privado de su libertad, precisamente por no encontrarse establecidas en el Código de Procedimientos Penales del Estado, las reglas a las cuales dicho juzgador deba sujetarse, queda a su libre arbitrio decidir si recibe o no la presentación; circunstancia que constituye un menoscabo en los derechos del indiciado y que trasciende a algo tan fundamental como la garantía de libertad.

Con el objeto de analizar esta situación, y buscar algún tema relacionado con le que nos ocupa, en la Escuela de derecho de la Universidad don Vasco, A.C., se encontró la tesis cuyo tema es : Las Garantías del indiciado en la Averiguación Previa, correspondiente a la Primera Generación; ahora bien, las garantías del ser humano que como tales se establecen en la Constitución Política

de los Estados Unidos Mexicanos, se deben respetar desde el inicio del procedimiento penal, es decir, en la averiguación previa, protegiendo con ello los derechos inherentes a todo ser humano, ante el agente del Ministerio Público, y es menester resaltar que tales disposiciones se encuentran establecidas en la Carta Magna, y en la legislación aplicable a nuestro Estado, al regular el artículo 29 del Código de Procedimientos Penales del Estado, la presentación del indiciado ante la Representación Social; empero la anterior circunstancia no se regula cuando la presentación de que se trata lo es ante los Juzgados de la Primera Instancia en Materia Penal, por tanto se trata de un planteamiento diferente, dado que con el tema a estudio se propone precisamente que exista también esa normatividad una vez concluida la averiguación previa y cuando el asunto correspondiente es sometido al conocimiento de los tribunales competentes.

Es importante que en el Código de Procedimientos Penales del Estado, se adicione el artículo 29 bis a fin de regular las comparecencias voluntarias de los indiciados, pues ello implica que se respete su garantía a la libertad, caso contrario, y no obstante que se puede optar por instaurar el correspondiente juicio de garantías, esta opción no siempre es accesible a las posibilidades económicas del indiciado, ocasionando un perjuicio social, pues no debe ser requisito que a la persona que ha cometido un ilícito se le exhiba y someta por la fuerza, máxime cuando en la especie es su deseo cumplir con lo establecido por la ley, de manera voluntaria.

Partiendo de lo previsto por la fracción I, del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece nítidamente la garantía

individual del derecho a la libertad, siempre y cuando el delito materia de la imputación no sea considerado grave, y no obstante que esa norma esté dirigida al inicio del proceso, resulta lógico, tomando en cuenta la intención del constituyente, que el mensaje es establecer el hecho de que la libertad es imprescindible, lo cual significa, que un indiciado puede solicitar su libertad provisional bajo caución desde el momento en que se da cuenta, por cualquier medio, de la existencia de una indagatoria donde resultó presunto responsable de la comisión de un delito no considerado como grave por la ley adjetiva penal, y que ya está bajo la competencia del órgano jurisdiccional por razón del ejercicio de la acción procesal penal efectuada por el órgano técnico investigador; en tal virtud, el órgano jurisdiccional debe, por mandato constitucional, fijar inmediatamente la caución que como fianza debe exhibir el indiciado para gozar de su libertad provisional.

La función primordial de los juzgadores, es la de aplicar justicia con imparcialidad; sin embargo, al existir los lineamientos que deben marcar su correcto proceder, éste no puede apartarse de ellos.

Por lo anterior, se debe establecer la importancia de adicionar el artículo 29 bis, en el Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán, que regule la presentación del indiciado ante los juzgadores, como respeto a la garantía de libertad inherente a todo ser humano, y no como una potestad del juzgador para establecer las condiciones que a su arbitrio deban cumplirse, pues debe tomarse en cuenta el perjuicio que representa para el indiciado, en lo particular y en lo social, el negarle el derecho de presentarse voluntariamente a someterse a la

acción de la justicia, o condicionarlo a hacerlo en determinado momento, dado que actualmente la decisión del juzgador para recibir o no una presentación voluntaria, es una facultad potestativa que afecta los derechos del indiciado como tal, y que repercute severamente en su garantía a la libertad y a la seguridad jurídicas.

De lo anterior se colige que la falta de regulación de las presentaciones voluntarias en el Código de Procedimientos Penales del Estado, deja al libre arbitrio del Juzgador el decidir si recibe ésta o no, afectando de manera significativa su derecho a la seguridad jurídica y a la libertad, y por el contrario, la correcta regulación de dichas presentaciones, conlleva la certeza de un procedimiento más ágil y rápido tanto para el juzgador como para el indiciado.

Respecto al contenido del presente trabajo, es importante conocer la evolución del Derecho, por ello en el primer capítulo se analizarán los aspectos generales respecto a sus antecedentes en diferentes períodos, así como también se muestra una semblanza sobre las diferentes épocas del Derecho Penal en nuestro país, para así poder entender los diferentes conceptos de delito que se dan a conocer ampliamente en el segundo capítulo.

Además de una importancia jurídica, la función que desempeña el Ministerio Público constituye un tema de gran relevancia, dado que a él está encomendada la búsqueda de pruebas y elementos que hacen posible la persecución de los delitos, consecuentemente, se hace necesario analizar en el tercer capítulo sus antecedentes, así como el contenido de sus funciones y naturaleza jurídica.

El cuarto capítulo se enfoca a la averiguación previa, desde sus requisitos de procedibilidad y reglas hasta lo que conlleva el acreditar los elementos del

cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, así como por su importancia, se conocerán las decisiones del Ministerio Público al resolverla y las garantías que deben respetarse a todo indiciado.

Parte importante del presente trabajo, lo es analizar el proceso penal, por tal motivo, en el capítulo quinto se define al mismo, la diferencia con el procedimiento, su finalidad y sujetos que intervienen, así como los principios que deben regirlo, etapas que lo componen, sistemas de enjuiciamiento en nuestro país y de forma comparativa, cómo se desarrolla el proceso penal en otros países.

En el capítulo sexto, nos adentramos al análisis de la orden de aprehensión, la cual constituye un aspecto esencial en el desarrollo del presente tema, al establecer cuál es su finalidad.

De igual importancia resulta el análisis e interpretación de los resultados contenido en el capítulo séptimo del presente trabajo, pues en él se expondrá de manera amplia la justificación del presente trabajo.

Finalmente, se proponen ideas que permiten mejorar la función de los Jueces de Primera Instancia en Materia Penal en el Estado de Michoacán, al no dejar a su libre arbitrio el recibir las presentaciones voluntarias de los indiciados, sino establecerlo como una obligación impuesta en la ley secundaria local.

Para lograr los objetivos del presente trabajo, se realizó una investigación de tipo documental, así como de manera auxiliar, se utilizó el método descriptivo basado en las situaciones que acontecen en la práctica, pero primordialmente, la fuente idónea lo fueron los libros, la legislación actual y algunos sitios multimedia.

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES DEL DERECHO PENAL.

El derecho penal como parte integrante de nuestra sociedad ha sido a través del tiempo una importante base para normar el comportamiento de los gobernados, y dada su importancia en el presente capítulo se analizará su evolución a través de los diferentes períodos.

1.1 DERECHO PENAL.

1.1.1 Venganza privada.

A esta etapa suele llamársele también venganza de la sangre o época bárbara. “En el primer período de formación del Derecho Penal, el impulso de la defensa o de la venganza la *ratio essendi* de todas las actividades provocadas por un ataque injusto. Por falta de protección adecuada que hasta después se organiza, cada particular, cada familia y cada grupo se protege y se hace justicia por sí mismo. Desde luego no se pretende afirmar que esto constituya propiamente una etapa del Derecho Penal; se habla de la venganza privada como de un antecedente en cuya realidad espontánea hunden sus raíces las instituciones jurídicas que vinieron a sustituirla, teniendo, para comprobar su existencia, diversos datos y documentos históricos a más del conocimiento de la naturaleza humana que nos autoriza para suponer el imperio de tales reacciones donde quiera que no se hallara una autoridad, suficientemente fuerte, que tomara por su cuenta el castigo de los culpables, el gobierno y la moderación de los ofendidos y el aseguramiento del orden y la paz sociales.” (Castellanos, 1999:32) (Villalobos, 1960:24)

1.1.2 Venganza divina.

Al ser revestidos los pueblos de características peculiares de una organización teocrática, todos los conflictos se proyectan hacia la divinidad, pues se consideraba como eje fundamental de la constitución misma del Estado. Es por ello que surge en el terreno de las ideas penales, el período de la venganza divina; y aquí se cree que el delito es causa del descontento de los dioses, por eso los juzgadores y tribunales juzgan en nombre de la divinidad ofendida, y pronuncian sus sentencias e imponen penas para satisfacer su ira.

En esta etapa evolutiva del Derecho Penal, la justicia represiva es manejada por los sacerdotes. Aparece en innumerables pueblos, pero se perfila de manera clara en el hebreo, esto claro, atendiendo a que por regla general los judíos han sido religiosos.

1.1.3 Venganza pública.

Cuando los Estados adquieren mayor solidez, se empieza a hacer una distinción entre delitos privados y públicos, esto es, según el hecho lesione de manera directa los intereses de los particulares o en su caso, el orden público. Surge así la etapa llamada “venganza pública” o “concepción política, donde los tribunales juzgan en nombre de la colectividad. Es aquí donde, para salvaguardar dicha colectividad, se imponen penas cada vez más crueles e inhumanas. Cuello Calón afirma que en este período no se respetaba nada, ni siquiera las tumbas, ya que un cadáver podría ser desenterrado a fin de ser procesado.

1.1.4 Período humanitario.

Se maneja principalmente por el hecho de que a toda acción, corresponde una reacción, de semejante intensidad, pero en sentido contrario. Después de una excesiva crueldad, continuó un movimiento más humano sobre las penas, y en general, de todos los sistemas penales. En este período se lucha por la exclusión definitiva de los suplicios y crueldades que se estiman innecesarias y por el contrario, se busca la certeza contra las atrocidades que se cometen al aplicar las penas, eliminando también los indultos bajo los cuales los delincuentes esperan alcanzar la impunidad.

Por tanto, los aspectos más sobresalientes de este período se basan en que el derecho a castigar se basa en el contrato social, lo cual quiere decir que la pena aplicada será totalmente independiente de la justicia de los humanos, así como de la justicia divina. De igual forma, las penas deben ser establecidas en leyes, y deben ser las personas encargadas de hacerlas cumplir, quienes podrán analizar si las mismas han sido violadas, por lo que quien no tenga carácter de legislador, no está en posibilidad de realizar una interpretación de la ley.

Finalmente, la finalidad que se persigue con estos aspectos es evitar que se cometan nuevos delitos por lo que las penas impuestas deben ser públicas, prontas y necesarias al delito y deben ser las mínimas posibles, nunca atroces, aunque esta a su vez debe ser una ejemplaridad respecto de los demás individuos.

1.1.5 Etapa científica.

Cuando los estudios sobre la materia penal se sistematizan, se puede hablar de este período científico, por lo que algunos autores señalan que el mismo comenzó con las doctrinas de los positivistas; sin embargo dichos estudios no son propiamente parte del derecho penal, debido a que los positivistas crearon ciencias causales explicativas de lo que es la criminalidad, mas no así del derecho, que es normativo esencialmente.

Asimismo, cuando se persigue un fin o una verdad de forma ordenada y sistemática, podemos hablar de la existencia de un conocimiento científico, lo cual en el derecho penal ocurrió a partir de la obra del marqués de Becaria, por lo que podemos concluir que es entonces cuando dio inicio el período científico.

1.2 HISTORIA DEL DERECHO PENAL EN MÉXICO.

1.2.1 Época precortesiana.

Existen pocos datos que refieran una precisión sobre el Derecho Penal anterior a la llegada de los conquistadores, pues es evidente que los pobladores anteriores de nuestro país también tenían su propia reglamentación sobre la materia penal; sin embargo, podemos precisar que no existía unidad política entre los diversos núcleos en virtud de ser no una sino varias las naciones que existían, por lo que para una correcta apreciación resulta importante aludir al derecho de tres de los principales pueblos que sobresalieron después del descubrimiento de América, como lo son: el maya, el tarasco y el azteca.

1.2.2 Pueblo Maya.

Las leyes penales de los mayas, al igual que en otros reinos, se caracterizaban por ser eminentemente severas. Aquí los caciques tenían a su cargo la función de juzgar y aplicar penas tales como la muerte y la esclavitud; la primera era aplicada a los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptores y corruptores de doncellas; en tanto que la segunda era reservada para los ladrones, además de que, si el autor del robo era un señor principal, se le labraba el rostro desde la frente hasta la barba.

En el pueblo maya no eran usadas las penas de prisión ni los azotes; sin embargo las personas que eran condenadas a muerte, así como los esclavos, eran encerradas en jaulas de madera que eran una especie de cárcel. Las sentencias dictadas eran inapelables por lo que después de ellas no había opción alguna.

1.2.3 Pueblo Tarasco.

Respecto a las leyes penales de este pueblo se sabe muy poco respecto a los demás pueblos, sin embargo, se sabe a ciencia cierta sobre la crueldad de las penas aplicadas, pues se citarán algunos aspectos como son el adulterio, que cuando se realizaba con alguna mujer del soberano o Calzontzi se castigaba no sólo con la muerte del adúltero, sino que además trascendía a toda su familia y sus bienes eran confiscados; al familiar de un monarca que llevara vida escandalosa, se le mataba en unión de la servidumbre y también le eran confiscados sus bienes; al que forzaba una mujer, le rompían la boca hasta las

orejas para después empalarlo hasta hacerlo morir; los hechiceros eran arrastrados vivos o lapidados y, finalmente, a los que robaban por primera vez, se les perdonaba, pero cuando eran reincidentes, se les hacía caer desde un precipicio, para dejar que su cuerpo fuera comido por las aves.

1.2.4 Pueblo Azteca.

Alcanzaron metas insospechadas en materia penal, aún cuando su legislación no ejerció gran influencia en la posterior, era el imperio de más relieve, debido a que dominó militarmente a la mayoría de los reinos de la altiplanicie mexicana, y además influenció e impuso prácticas jurídicas de los núcleos que conservaban su independencia cuando llegaron los españoles.

La religión y la tribu eran dos instituciones de gran importancia que protegían al pueblo azteca y lo mantenían unido, siendo ello lo que constituyó el origen y fundamento de su orden social.

La religión estaba presente en diversos aspectos de la vida del pueblo, ya que para los individuos todo dependía de su obediencia religiosa; el sacerdocio no estaba separado de la autoridad civil, sino que era dependiente de ella, y al tiempo que ambos aspectos eran dependientes entre sí, se complementaban, por tanto la sociedad azteca existía para beneficio de la tribu y todos sus miembros debían contribuir a la conservación de la comunidad.

De estas situaciones se derivaron importantes consecuencias, como lo son el hecho de que quienes violaban el orden social eran colocados en un status de inferioridad y su trabajo era aprovechado en una especie de esclavitud y por el

contrario, el hecho de pertenecer a la comunidad era signo de seguridad y subsistencia, pues al ser expulsados de ella traía como consecuencia la muerte por las tribus enemigas, por las fieras o por el propio pueblo.

El pueblo azteca fue predominantemente guerrero y combativo, dado que educaba a los jóvenes para el servicio de las armas. En tanto que el derecho civil de los aztecas era tradicionalmente oral, el penal era escrito, pues en los códigos que se han conservado se encuentra claramente expresado, los delitos se representaban mediante escenas pintadas, al igual que las penas.

Resumidamente, el Derecho Penal azteca revela una excesiva severidad, principalmente cuando se trataba de delitos considerados como capaces de desequilibrar la estabilidad del gobierno o la persona misma del soberano.

1.2.5 Época colonial.

En la legislación escrita se declara que los indios son hombres libres y se les deja abierto el camino de su emancipación y elevación social por medio del trabajo, el estudio y la virtud.

La legislación colonial tendía sobre todo a mantener la diferencia de castas, por ello en materia penal había un cruel sistema intimidatorio para los negros, mulatos y castas, como tributos al rey, existía la prohibición de portar armas y de transitar por las calles libremente de noche, se tenía la obligación de vivir con un amo conocido, las penas de trabajo se realizaban en minas y con azotes. Para los indios las leyes eran más benévolas, pues se señalaban como penas los trabajos personales, excusando los azotes y penas pecuniarias, debían servir en

conventos, ocupaciones o ministerios de la colonia y siempre que el delito fuera grave, pues si era leve la pena sería adecuada y continuaba el reo en su oficio y con su mujer; asimismo, los delitos contra los indios debían ser castigados con mayor rigor que en otros casos.

1.2.6 Época independiente.

En noviembre de 1810, Morelos decretó la abolición de la esclavitud; la grave crisis producida en todos los órdenes por la guerra de independencia, dio motivo a pronunciar disposiciones dirigidas a remediar en la medida de lo posible, la nueva y difícil situación, por lo que se procuró organizar a la policía y reglamentar la portación de armas y el consumo de bebidas alcohólicas, así como también combatir la vagancia, la mendicidad, los robos y asaltos.

Resumidamente, esta fue una legislación fragmentaria y dispersa que estuvo motivada por diferentes tipos de delincuentes que constituían problemas políticos, pero no existió verdaderamente ni un intento por llevar a cabo la formación de un orden jurídico total y completo, pues al mismo tiempo que existían indicios de humanitarismo en algunas penas, por otra parte se prodigaba la de muerte como un arma de lucha contra los enemigos políticos.

CAPÍTULO 2

EL DELITO.

En el presente capítulo se abordarán los aspectos generales del delito, el cual como parte medular del derecho penal, ha tenido diversas y variadas concepciones sobre su definición y estudio, sin embargo, aún cuando gran cantidad de autores han intentado plasmar una definición con valor universal en todos los tipos y lugares, esto no ha sido posible, debido a que el delito está íntimamente ligado a la forma de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, de lo cual resulta, que lo que en un momento dado ha tenido ese carácter lo ha perdido en una situación diversa, y al contrario, acciones no delictuosas han sido constituidas como delitos, a pesar de la dificultad mencionada, cabe señalar que jurídicamente si no es posible caracterizar al delito, por medio de la identificación de sus elementos esenciales, lo cual constituye el segundo punto a tratar en el presente capítulo.

2.1 Concepto de delito.

Según el artículo 7º, del Código Penal del Estado de Michoacán, delito es el acto u omisión que castigan las leyes penales, empero, existen diversos aspectos que deben ser analizados para una mayor comprensión de lo que debe entenderse como delito, como más adelante se mencionará.

2.1.1 Concepto etimológico.

“La palabra delito deriva del verbo latino delinquere que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la Ley”.

2.1.2 Concepto sociológico.

Desde un punto de vista sociológico se considera al delito como un hecho natural, resultado de factores hereditarios, causas físicas o factores sociológicos; considera al delito como la violación a los sentimientos altruistas de probidad y piedad.

2.1.3 Concepto jurídico.

Naturalmente, la definición jurídica de delito, debe ser realizada desde el punto de vista del derecho, sin incluir otro tipo de componentes explicativos, cuyo objeto corresponde a otras ciencias, como la sociología o la psicología criminal.

Desde el punto de vista jurídico, se han elaborado definiciones del delito de tipo formal y de carácter sustancial, es decir, jurídicamente, el delito, se contempla en dos aspectos: el jurídico formal y el jurídico sustancial.

2.1.4 Noción jurídico-formal.

Se refiere a las entidades típicas que traen aparejada una sanción; no lo es la descripción del delito concreto, sino la enunciación que un ilícito penal merece una pena. La definición contenida en el código penal en su artículo, séptimo, es jurídico formal, el cual a la letra dice: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”.

Para varios autores la verdadera noción formal del delito, la suministra la ley positiva, mediante la amenaza de una pena, para la ejecución u omisión de ciertos actos, pues formalmente hablando, expresan, el delito se caracteriza por su

sanción penal; sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar del delito.

2.1.5 Noción jurídico-sustancial.

Las nociones formales del delito no penetran en la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido; Mezger en su definición jurídico-sustancial, expresa que el delito es la ***"Acción típicamente antijurídica y culpable"*** (Castellanos, 2001:129)

Por su parte Jiménez Asúa textualmente dice: ***"Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal."***

2.1.6 Concepción doctrinal del delito.

Como anteriormente se ha mencionado, el delito tiene múltiples y entre las diversas maneras de conceptuarlo, encontramos el punto vista doctrinal, en donde los estudiosos del derecho, manifiestan sus ideas al respecto y las plasman de la siguiente manera:

Francisco Carrara, define al delito como ***"La infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso"***. Para Carrara el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir, necesariamente, en

la violación del Derecho.

Para Franz Von Liszt el delito ***"Es un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena"***.

Para Cuello Calón, ***"Delito, es la acción humana, típica, antijurídica, culpable y punible"***.

Para González Quintanilla, el Delito ***"Es un comportamiento típico antijurídico y culpable"***.

Para Ignacio Villalobos, el Delito ***"Es un acto humano típicamente antijurídico y culpable"***.

Por lo anteriormente expuesto, se puede llegara la conclusión que el delito desde el punto de vista doctrinal será la conducta que realizan los individuos al violar o infringir lo establecido por la ley con su respectiva sanción.

2.2 PRESUPUESTOS DEL DELITO.

Para efectos de la presente investigación, se considera importante distinguir, entre los presupuestos del delito y sus elementos. Los presupuestos del delito, han sido considerados como aquellas circunstancias jurídicas o de hecho, cuya existencia debe ser previa, a la existencia del delito.

Los presupuestos se clasifican en generales y especiales, se consideran generales cuando necesariamente deben concurrir para la configuración de un delito, debido a que la falta de estos, imposibilitan su integración; entre estos tenemos, a la norma penal, al sujeto activo, al sujeto pasivo, y al bien jurídico. Como presupuestos especiales, se señala, a los condicionantes de la existencia

de un delito concreto y cuya ausencia puede dar origen a la no aparición de un delito, como por ejemplo, la falta de preñez para la comisión del aborto.

2.3 ELEMENTOS DEL DELITO: POSITIVOS Y NEGATIVOS.

El estudio de los elementos que conforman el delito es el punto medular del derecho. El Delito tiene diversos elementos que conforman un todo, estos son positivos y negativos, encontramos el comportamiento humano y la falta de acción, la tipicidad y la ausencia de tipo, la culpabilidad y las causas de inculpabilidad, la punibilidad y las excusas absolutorias, los cuales se exponen en el orden antes señalado con el fin de cumplir una función metódica desde el principio hasta el final, es decir, cada uno de los conceptos requiere analizarse según dicho orden, para así lograr un sistema que permita pensar, en la existencia de un hecho calificado como delictivo y aquel que por el contrario no se puede calificar como tal.

2.3.1 LA CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.

La conducta constituye el primer elemento básico del delito, se le ha denominado de diversas formas como, acción, omisión o hecho, en este aspecto, se coincide con el jurista Fernando Castellanos, mismo que considera, que el término correcto es el de conducta, porque en el se encuadra tanto la acción como la omisión. Desde esta perspectiva, la conducta se define como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. Lo que

significa que sólo los seres humanos pueden tener conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad respectivamente. Es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito porque tiene una finalidad al realizarse la acción u omisión.

La conducta puede ser de acción o de omisión y esta última se subdivide en omisión simple y comisión por omisión. La conducta tiene tres elementos:

1) Un acto positivo o negativo, es decir de acción u omisión.

2) Un resultado.

3) Una relación de causalidad entre el acto y el resultado.

El acto, es el comportamiento humano positivo o negativo que produce un resultado. La acción, consiste en una actividad, en un hacer; mientras la omisión es una inactividad, es cuando la ley espera una conducta de un individuo y éste deja de hacerla.

La acción se define como aquella actividad que realiza el sujeto, produciendo consecuencias en el mundo jurídico, en dicha acción debe de darse un movimiento por parte del sujeto, de esta manera, la conducta de acción tiene tres elementos:

1) Movimiento.

2) Resultado.

3) Relación de causalidad.

La acción en sentido estricto, es la actividad voluntaria realizada por el sujeto, consta de un elemento físico y de un elemento psíquico, el primero es el movimiento y el segundo la voluntad e intención del sujeto, esta actividad

voluntaria produce un resultado y existe un nexo causal entre la conducta y el resultado. Dicho resultado de la acción debe ser sancionado por la ley penal, es decir, deberá configurar un delito descrito y penado en la ley.

Se ha insistido en que si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se puede integrar; consecuentemente, si la conducta está ausente, es evidente que no hay delito.

Así pues, una de las causas que impiden la integración del delito por ausencia de la conducta, se refiere a la llamada vis absoluta o fuerza física exterior irresistible a que se refería el artículo 15, fracción I, del Código Penal, donde en vano se ha querido encontrar una causa de inimputabilidad; esto es así porque cuando el sujeto se halla obligado por una fuerza exterior, puede ser perfectamente imputable, si posee salud y desarrollo mentales para comportarse en el campo jurídico penal, como persona capaz. Es por ello que no se trata de una causa de inimputabilidad, puesto que la verdadera naturaleza jurídica de esta excluyente debe buscarse en la falta de conducta, en virtud de que la aparente conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del Derecho, por no existir la manifestación de voluntad.

La omisión, dice Cuello Calón, es ***"La inactividad voluntaria cuando existe el deber jurídico de obrar"***.

La omisión tiene cuatro elementos:

1) Manifestación de la voluntad; un hacer o no hacer algo.

2) Una conducta pasiva o inactividad ; Una abstención.

3) Deber jurídico de obrar; Dejar de hacer algo, a lo que se esta obligado.

4) Resultado típico jurídico.

Estos delitos se clasifican en delitos de omisión simple o propios y delitos de comisión por omisión o impropios, respondiendo a la naturaleza de la norma, los primeros consisten en omitir la ley, violan un precepto legal, mientras los segundos, consisten en realizar la omisión con un resultado prohibido por la ley. Los delitos de omisión simple, no produce un resultado material, mientras que los de comisión por omisión sí.

Los delitos de omisión simple producen un resultado típico, en ellos se sanciona la omisión, y los de comisión por omisión producen un resultado típico y uno material, en estos no se sanciona la omisión en sí, sino el resultado producido.

Como aspecto negativo de la conducta se encuentra la ausencia de conducta, la cual abarca la ausencia de acción o de omisión de la misma, en la realización de un ilícito. El Derecho Positivo Mexicano, en el artículo 15 del Código Penal Federal, en su fracción primera, determina como causa de exclusión del delito : ***"El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente",*** esto es la afirmación de que no puede constituir una conducta delictiva cuando no se presenta la voluntad del agente. El artículo 12 del Código Penal del Estado, menciona como causas excluyentes de incriminación, en su facción I. ***"El violar la ley penal por fuerza física irresistible o cuando haya ausencia de voluntad del agente..."*** Por lo tanto si la conducta comprende la acción u omisión, la ausencia de ésta, abarca la ausencia de la acción o de la omisión, en otras

palabras el aspecto negativo concretamente dicho es la actividad y la inactividad no voluntarias.

2.3.2 LA TIPICIDAD Y AUSENCIA DE TIPO.

El segundo elemento del delito es la tipicidad, la cual consiste en la adecuación de la conducta al tipo penal; es el encuadramiento de una conducta, en la descripción hecha, por la legislación penal sustantiva; la coincidencia que existe del comportamiento con lo descrito por el legislador, es una de las características del delito.

El artículo 14, de la Constitución Federal, en su párrafo cuarto, establece: ***"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata"***. Lo que nos lleva a considerar que no existe ningún delito, si no esta previsto en ninguna ley.

El aspecto negativo de la tipicidad, es la atipicidad, lo cual supone, que el hecho cometido no es delito, en virtud de no corresponder a la descripción de la conducta hecha en el Código Penal, dicho de otra manera, es la ausencia de la adecuación al tipo penal, y si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

Es por ello que cuando no se integran los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo pero no se amolda a él la conducta realizada, por lo que si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, no existe tipo.

2.3.3 LA ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

La antijuricidad es lo contrario a derecho, por lo tanto, no basta que la conducta encuadre en el tipo penal, se necesita que esta conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella definida por la ley, no protegida por causas de justificación, establecidas de manera expresa en la misma. Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, debe contravenir tas normas penales, es decir, ha de ser antijurídica.

El aspecto negativo de la antijuricidad, son las causas de justificación, se habla de ellas, cuando a un hecho presumiblemente delictuoso, le falta la antijuricidad, como es el caso, de un individuo, que ha actuado en determinada forma sin el ánimo de transgredir las normas penales, así, si un hombre ha matado a otro, en defensa de su vida, estará en una causa de justificación, excluyéndose la antijuricidad en la conducta del homicida. Esto significa, que la conducta típica puede estar en aparente contradicción al derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación, constituyendo estas el aspecto negativo de la antijuricidad.

Al respecto, el artículo 12 del Código Penal para el Estado de Michoacán, reza:

"…Son causas excluyentes de incriminación:

I. Violar la ley penal por fuerza física irresistible o en cualquier otro caso en que haya ausencia de voluntad del agente;

II. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico

afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico sea disponible;

b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y,

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio de voluntad; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

III. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio legítimo de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

IV. Obrar en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, para superar un estado de peligro actual o inminente, que no se pueda evitar, derivado de una agresión injusta, siempre que la defensa sea proporcionada.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa respecto de aquél que rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes, así como entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor.

Igual presunción favorecerá a quien cause cualquier daño a un

intruso que sorprendiere en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquiera otra persona que tenga la obligación de defender, o en el local, bodega o áreas comerciales de empresas públicas o privadas, o similares donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación, siempre que la presencia del extraño revele la probabilidad de una agresión;

V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro grave, real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcionada al peligro y éste no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VI. Obrar en cumplimiento de un deber legal;

VII. Obrar por obediencia legítima y jerárquica;

VIII. Contravenir lo dispuesto en una ley penal por impedimento legítimo insuperable;

IX. Obrar por error de hecho, esencial e invencible, que no derive de culpa;

X. Obrar bajo coacción o peligro de un mal grave, inminente o actual, no ocasionado por el agente y sea o no provocado por acción de un tercero cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa;

XI. Ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del

ofendido, si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar; y,

XII. Causar un daño accidentalmente sin intención ni culpa."

2.3.4 LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

La culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto, y además es un elemento básico del delito. También es considerada como un conjunto mínimo de condiciones de salud y desarrollo mentales, que debe tener el sujeto al momento de realizar la conducta para responder a ella, el desarrollo mental se encuentra vinculado a la edad del sujeto, de ahí, que la imputabilidad, sea considerada como un presupuesto de la culpabilidad.

Como se ha mencionando anteriormente, el artículo 7° del Código Penal del Estado de Michoacán, aduce: ***"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"***.

Los delitos pueden ser:

I. Dolosos; El delito es doloso cuando el agente quiere o acepta el resultado, o cuando éste es consecuencia necesaria de la conducta realizada.

II. Culposos; El delito es culposo cuando habiéndose previsto el resultado, se confió en que no se produciría; cuando se causó por impericia o ineptitud.

Bajo este orden de ideas la culpabilidad reviste dos formas:

a) EL DOLO. El delito es doloso, cuando el agente quiere o acepta el resultado, o cuando este es consecuencia necesaria de su conducta realizada. En

el dolo encontramos dos elementos, un elemento denominado **ético**, que consiste en la conciencia que tiene el sujeto activo, de que al momento de cometer una conducta quebranta un deber, y el elemento **volitivo**, que consiste en la voluntad e intención del sujeto activo de cometer un delito. El dolo se define, como la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conocimiento de que la circunstancia de hecho se ajusta al tipo y del curso esencial de la realización de la causalidad que existe entre la manifestación de voluntad y el cambio producido en el mundo exterior, con conciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto y con la representación del resultado que se quiere o consciente.

b) LA CULPA. Es la segunda forma de la culpabilidad, existe culpa cuando se obra sin intención y sin diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley. De lo anterior debemos hacer notar, que la culpa puede ser consciente, esta se da cuando se previo el resultado, pero se confió en que no se produciría, o bien inconsciente, cuando no se previó el resultado siendo previsible o cuando se causa por impericia o ineptitud. Ha actuado culposamente, aquel a quien el Estado reprocha haber desatendido un deber de precaución, que le incumbía personalmente, y que por eso no ha evitado el hecho y sus consecuencias.

El aspecto negativo de la culpabilidad, son las causas de inculpabilidad, es decir, la ausencia de culpabilidad; que significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho. Esto tiene una relación estrecha con la imputabilidad; así, no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.

En ese sentido, podemos referirnos al numeral 16 del Código Penal del Estado de Michoacán, que a la letra dice:

“. . .Son causas de inimputabilidad:

I. La condición de persona menor de dieciséis años;

II. (Derogada)

III. El trastorno mental temporal o permanente en el momento de la comisión del hecho, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental; y

IV. La sordomudez y la ceguera de nacimiento, cuando haya falta total de instrucción.

Tenemos entonces que, para que un sujeto sea culpable, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad, por tanto, la inculpabilidad deberá referirse a esos dos elementos: intelectual y volitivo, pues toda causa eliminatoria de alguno o de ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad.

2.3.5 LA PUNIBILIDAD Y LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

La punibilidad, consiste en el merecimiento de una pena, en función o por razón de la comisión de un delito; dichas penas se encuentran señaladas en nuestro Código Penal. Tenemos entonces que un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a una pena, y tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción.

Podemos resumir que la punibilidad es: a) Merecimiento de penas; b)

Conminación estatal de imposición de sanciones si se cumplen todos los presupuestos legales; y c) Aplicación de las penas que señala la ley.

Se debe hacer mención, de la problemática existente sobre la punibilidad, la cual consiste en determinar si debe considerarse o no como un elemento del delito, al respecto encontramos que varios tratadistas la consideran, como elemento esencial para la configuración del mismo, y otra vertiente señala que la punibilidad, que se ha definido como el merecimiento de una pena, no va a tener una aplicación permanente, en virtud de que la imposición de la pena en ocasiones se restringe por la causa absolutoria, por lo que se debe considerar como una consecuencia del delito y no como una parte esencial.

El aspecto negativo de la punibilidad, son las excusas absolutorias. Jiménez de Asúa, dice, que son excusas absolutorias, las causas que hacen que a un acto típico antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública. Las excusas absolutorias son aquellas circunstancias específicamente señaladas en la ley y por las cuales no se sanciona al agente, es decir, impiden la aplicación de la pena.

Podemos señalar entonces que las excusas absolutorias, sin desaparecer el carácter delictivo de la conducta o hecho realizado, impiden la aplicación de la pena, y ello es así dado que no se sanciona determinada conducta por razón de justicia o equidad, por lo que los elementos esenciales del delito, que son conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, permanecen inalterables, y sólo se excluye la posibilidad de punición.

En conclusión, los elementos necesarios, para que una conducta sea

considerada delito, son los aspectos positivos, y a cada uno de ellos, le corresponde uno negativo, que viene a ser la negación de aquel, lo cual significa, que anula o deja sin existencia al pasivo y, por lo tanto, al delito.

CAPÍTULO 3

EL MINISTERIO PÚBLICO.

La institución del Ministerio Público ha sido una conquista del derecho moderno al adherirle el monopolio del ejercicio de la acción penal por parte del Estado; así también, ha sido una de las instituciones más discutidas en cuanto a su origen, debido a su naturaleza y funcionamiento, por ello en el presente capítulo analizaremos sus antecedentes y funciones.

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

El Ministerio Público es un órgano del Estado cuyas raíces provienen de instituciones extranjeras, y su tradición se puede encontrar en el desarrollo de la cultura occidental.

Podemos decir entonces que se trata de una institución jurídica dependiente del Poder Ejecutivo, ya sea Federal o Local, cuyos funcionarios intervienen representando los intereses de la sociedad; lo hacen investigando los delitos, ejercitando la acción penal, persiguiendo a los probables responsables del delito, tutelando los bienes más preciados del hombre y los de la sociedad.

Fenech, define al Ministerio Fiscal como “una parte acusadora necesaria, de carácter público, encargada por el Estado, a quien representa, de pedir la acusación de la pretensión punitiva y de resarcimiento, en su caso, en el proceso penal”. (García, 2002:230)

Colín Sánchez, caracteriza al Ministerio Público “como una institución dependiente del Estado (PODER EJECUTIVO), que actúa en representación de la sociedad para el ejercicio de la acción penal y la tutela social entonos aquellos casos que le asignen las leyes” (Idem).

Podemos también concebir al Ministerio Público como “un cuerpo de funcionarios que tienen como actividad característica, aunque no única, la de promover el ejercicio de la jurisdicción, en los casos preestablecidos, personificando el interés público existente en el cumplimiento de esta función estatal” (de Pina, de Pina Vara, 2004:67).

En la primera etapa de la evolución de la sociedad, no se encuentra antecedente que se relacione con el Ministerio Público, ya que la función represiva se ejerció a través de la Venganza Privada con la conocida Ley del Talión: ojo por ojo y diente por diente; por medio de la cual se reconocía el derecho al ofendido de causar un mal igual al que había sufrido.

González Bustamante, señala que el origen del Ministerio Público se da en el Derecho Griego con los llamados “TEMOSTETI” quienes tenían la misión de denunciar los delitos ante el Senado o ante la asamblea del pueblo, para que a su vez se nombrara un ciudadano independiente y ejercitara la acción penal.

Para su mejor comprensión, es necesario abordar las culturas grecolatinas:

3.1.1 GRECIA.

En Grecia, lo que en la actualidad se puede considerar como una función persecutoria, se encontraba representada por un arconte, que intervenía en asuntos donde se involucraba la existencia de conflictos graves de intereses de los particulares, por ello su acción procesal penal era supletoria, debido a que ésta se encontraba en manos de los particulares.

3.1.2 ROMA.

Como lo registra la historia, la antigua Roma es la cuna de nuestro derecho, por lo cual es en donde podemos verificar los antecedentes del Ministerio Público como parte importante de la impartición de justicia en Roma, dicha impartición se hacía en nombre del Estado con la vigilancia e impartición de éste; originalmente el ciudadano ofendido era quien ejercitaba la acción penal entre los Tribunales, posteriormente esta facultad se otorgó a un representante de la colectividad o Acusación Privada; con la idea de aplicar justicia social, posteriormente se dio la Acusación Popular, que consistía en otorgar la función acusatoria a una persona que no tuviera sentimientos de venganza o pasión, persona que era la encargada de acudir ante los Tribunales representando al ofendido, persiguiendo al presunto delincuente del delito y procurando su castigo o reconociendo su inocencia.

Por tal razón, la acción penal en Roma era ejercitada por los ciudadanos, abandonando la acusación privada y adoptando la acusación popular. Los hombres más importantes en Roma, como Catón y Cicerón, tuvieron a su cargo el ejercicio de la acción penal, y la representación de los ciudadanos, posteriormente surgieron otras figuras que tenían a su cargo funciones policiales como los "CURIOSI STATIONARI o IRENARCAS".

3.1.3 ITALIA.

Aquí existieron denunciantes oficiales que eran llamados sindici o ministrales, mismos que se encontraban a las órdenes de los jueces, pero tenían facultades para actuar sin la intervención de estos; posteriormente, en la Edad

Media, se denominarían Procuradores de la Corona.

3.1.4. FRANCIA.

En Francia existieron dos funcionarios, uno era el Procurador del Rey y otro el Abogado del Rey, cuya constitución y atribuciones se establecieron en la Ordenanza del 23 de marzo de 1302, funcionarios reales encargados el primero, de los actos del procedimiento, y el segundo de los asuntos litigiosos que interesaban al Monarca.

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

En 1793, debido a las transformaciones de orden político y social introducidas en Francia, se dio ya la sustitución del Procurador y Abogado del Rey, estableciéndose Comisionarios y Acusadores públicos, los primeros encargados de promover la acción penal y de ejecutar las penas, y lo segundo encargados de mantener la acusación en el juicio.

El 20 de abril de 1810, el Ministerio Público queda definitivamente organizado como dependiente del Poder Ejecutivo, fusionándose también los asuntos civiles y penales en un solo Ministerio Público.

3.1.5. MÉXICO.

En nuestro país se encuentra como primer antecedente a los Procuradores

Fiscales, cuya función era procurar castigo a los delitos que no fueran perseguidos por el procurador privado.

La evolución del Ministerio Público en México se debe principalmente al desarrollo político y social de nuestra cultura.

El moderno Ministerio Público en México, se ha formado con tres vertientes principales: la influencia francesa, la influencia española y la influencia nacional.

“Del ordenamiento francés, adquiere la característica de la unidad e indivisibilidad, ya que cuando el Agente del Ministerio Público actúa, lo hace en representación de toda la institución.

La influencia nacional, está en la preparación del ejercicio de la acción penal, ya que el medio preparatorio del ejercicio de la acciónpenal está reservado exclusivamente al Ministerio Público” (García, 2002:233, 234).

En la constitución de Apatzingán de 1814, se expresa que habrá dos fiscales letrados en el Supremo Tribunal de Justicia, uno para el ramo civil y otro para el ramo penal; en la Constitución de 1824, se incluye también al fiscal como funcionario integrante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Posteriormente, en el proyecto de Constitución de 1857, enviado a la Asamblea Constituyente, por primera vez, se menciona al Ministerio Público en el artículo 27, en el que señala: “a todo procedimiento de orden criminal, debe preceder querella o acusación de la parte ofendida o instancia del Ministerio Público que sostuviese los derechos de la sociedad” (García, 2002:234).

La opinión del Constituyente de 1857, fue la de reconocer el derecho que tenía el ciudadano de acusar, equiparándolo a la sociedad y al Ministerio Público

en el ejercicio de la acción penal.

La ley de Jurados en Materia Criminal expedida por Benito Juárez, el 15 de julio de 1869, establecía tres promotores fiscales, sin unanimidad orgánica, que fungirían como parte acusadora independiente del agraviado; los que estarían adscritos a los juzgados, se encargarían del sistema penal.

El código penal de 1880, adopta lineamientos franceses, el Ministerio Público quedó conceptuado como una magistratura instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de justicia en nombre de la sociedad y para defender ante los tribunales los intereses de ésta.

En la Constitución de 1916-1917, la institución del Ministerio Público atrae gran interés e importancia, otorgándole gran jerarquía a su función, delimita claramente sus atribuciones, que indebidamente con antelación tenía a su cargo el juzgador; y así, por vez primera, el artículo 21 Constitucional establece sus principios fundamentales, a los que con posterioridad se plegarían los demás ordenamientos, como fueron los Códigos Penales, Códigos de Procedimientos Penales y Leyes Orgánicas.

Es así que al pasar el tiempo, el Ministerio Público adquirió una serie de características, las cuales son:

- Imprescindibilidad, en virtud de tener el monopolio de la acción penal, debido a que los tribunales no pueden iniciar un proceso sin la intervención del Representante Social.
- Unidad, ya que al ser una institución que representa a la sociedad, tiene

indivisibilidad en sus funciones.

- Sus actuaciones se realizan bajo la dirección y supervisión de un Procurador de Justicia.
- Depende del Poder Ejecutivo.
- Es un representante de la sociedad.
- Para apoyarse en sus funciones tiene bajo sus órdenes a la policía judicial.
- Es una institución de carácter federal.

3.2 RESEÑA GENERAL DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Su función persecutoria se encuentra fundamentada en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señala: “La función persecutoria de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial”, por lo cual es menester analizar el contenido y fines de la función persecutoria citada.

El contenido comprende la actividad investigadora y el ejercicio de la acción penal:

1. La primera consiste en la búsqueda de pruebas y elementos que hacen posible la persecución de los delitos; esto significa un presupuesto indispensable del ejercicio de la acción penal, y dicha actividad investigadora está regida por dos principios, a saber:

2. El principio de oficiosidad, dado que una vez que el particular hace su

denuncia o querella, es obligatorio para el Ministerio Público actuar.

3. El principio de legalidad, que consiste en llevar la investigación conforme a lo expresamente establecido en la Ley.

La segunda actividad mencionada es el ejercicio de la acción penal, y respecto a esta podemos distinguir dos circunstancias, que son la acción penal y la acción procesal.

3.3 ACCIÓN PENAL.

Esta es la facultad que tiene el Estado para que en beneficio de que se cumpla el orden y bienestar social, ejercite un derecho cuando se estime que se ha cometido un delito. A este respecto, podemos citar cuatro momentos.

1. La facultad del Estado para perseguir los delitos, misma que no puede extinguirse.
2. El derecho de persecución, mismo que nace al cometerse un delito, y que constituye la acción propiamente dicha, esta sí puede extinguirse.
3. La averiguación previa, cuyo fin es que la autoridad investigadora pueda estimar si se cometió un delito a fin de ejercitar la acción, es decir, poder reclamar el derecho.
4. Finalmente, la reclamación ante el Órgano Jurisdiccional, misma que se conforma por el conjunto de actividades realizadas por el Ministerio Público para ejercitar la acción penal, con la cual pretende que dicho Órgano Jurisdiccional le reconozca un derecho.

Es menester mencionar que la base jurídico-material sobre la cual se apoya

el ejercicio de la acción penal, consiste:

I. Primeramente, que exista un hecho delictivo.

II. Y por último, que entre el hecho delictivo y un individuo haya un enlace, es decir, un probable responsable, ya sea bajo la forma de autoría o participación delictiva.

Por tanto, si los dos supuestos citados se acreditan, es obligación del Ministerio Público consignar, pero si por el contrario falta alguno de ellos, no hay materia que someter a la jurisdicción penal.

Podemos entonces mencionar que el Ministerio Público tiene tres facultades importantes que son: la investigación, la persecución y la acusación.

1. La finalidad de la investigación es preparar el ejercicio de la acción penal a través de pruebas que acrediten la comisión de un delito, así como determinar quién es el presunto responsable de esa conducta típica.
2. La persecución es el ejercicio de la acción penal llevada ante el Órgano Jurisdiccional, y continúa hasta el período del proceso en que se cierra la instrucción.
3. Finalmente, la acusación, es la exigencia punitiva concreta, en la cual el Ministerio Público realiza una relación de las pruebas aportadas durante el proceso, y es en base a ellas que pedirá el castigo previsto en la ley para el autor del antijurídico.

3.4 ACCIÓN PROCESAL PENAL.

Esta constituye un conjunto de actividades realizadas por el Ministerio Público ante el Órgano Jurisdiccional, con el objeto de que con posterioridad se pueda declarar el derecho, por tanto, la acción procesal dará inicio con la consignación y concluye con la sentencia.

Podemos concluir que la finalidad de la función persecutoria es de dos órdenes, a saber:

I. Iniciar la actividad del Órgano Jurisdiccional a fin de que actúe y declare el derecho respecto al caso sometido a su conocimiento.

II. Hacer efectiva la relación jurídica establecida entre un hecho concreto y un precepto de derecho.

3.5 NATURALEZA JURÍDICA.

Hoy en día, el Ministerio Público constituye en México un instrumento toral del procedimiento penal; para algunos autores esta institución representa a la sociedad, para otros, es el representante del Estado, siendo éste dueño de la personalidad jurídica que en cambio no tiene la sociedad.

La importancia del Ministerio Público en la vida jurídica y social en México, radica en la función que por mandato Constitucional tiene encomendada, que lo es la de perseguir los delitos cometidos en perjuicio de los intereses colectivos, y que tiene como fin fundamental el mantenimiento de la legalidad.

Se debe concebir al Ministerio Público como representante del Estado,

según la doctrina, la ley que regula la acusación del Ministerio Público y enumera los principios que rigen dicha institución, como lo son: la jerarquía, indivisibilidad, independencia, irrecusabilidad e irresponsabilidad.

De acuerdo al artículo 21 Constitucional, la investigación y persecución de los delitos corresponde al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato.

En ese mismo orden de ideas, existe la siguiente tesis:

"ACCIÓN PENAL. Conforme al los artículos 21 y 102 de la Constitución Federal, corresponden, respectivamente, al ministerio público, el ejercicio de la acción penal, sin que tenga que subordinarse a condición alguna y a los tribunales la facultad exclusiva de imposición de las penas. Una vez que se ha hecho una consignación al ministerio público federal, la misma ya no puede retirarse, ni se le puede obligar a que se ejercite o deje de ejercitar la acción penal, salvo que se trate de un delito por querella de parte. Quinta Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XCI, Página: 2183". (IUS 2000 SCJN).

Se destaca el monopolio que tiene el Ministerio Público sobre el ejercicio de la acción penal, de acuerdo a la Constitución y a la interpretación de la Jurisprudencia. LA NATURALEZA JURÍDICA del Ministerio Público se encuentra reglamentada en el artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, precepto del que se desprende que éste debe ser un colaborador de los órganos encargados de administrar justicia para que velen por el respeto a la estricta observancia de la NORMA JURÍDICA POSITIVA, es por ello que debe

considerarse pertinente citar la parte conducente de dicho artículo:

A. La ley organizará el Ministerio Público de la Federación, cuyos funcionarios serán nombrados y removidos por el Ejecutivo, de acuerdo con la ley respectiva. El Ministerio Público de la Federación estará presidido por un Procurador General de la República, designado por el titular del Ejecutivo Federal con ratificación del Senado, o, en sus recesos, de la Comisión Permanente. Para ser Procurador se requiere: ser ciudadano mexicano por nacimiento; tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación; contar , con antigüedad mínima de diez años, con título profesional de licenciado en derecho; gozar de buena reputación, y no haber sido condenado por delito doloso. El procurador podrá ser removido libremente por el Ejecutivo.

Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine. El Procurador General de la República intervendrá personalmente en las controversias y acciones a que se refiere el artículo 105 de esta Constitución.

En todos los negocios en que la Federación fuese parte, en los casos de los diplomáticos y los cónsules generales y en los demás que deba intervenir el Ministerio Público de la Federación, el Procurador General lo hará por sí o por

medio de sus agentes.

El Procurador General de la República y sus agentes, serán responsables de toda falta, omisión o violación a la ley en que incurran con motivo de sus funciones. La función del consejero jurídico del gobierno, estará a cargo de la dependencia del Ejecutivo Federal que, para tal efecto, establezca la ley.

B. El Congreso de la Unión y las Legislaturas de las Entidades Federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)

De dicho precepto constitucional se puede resumir, que de acuerdo con las facultades que le confieren los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es la institución encargada de perseguir e investigar los delitos tanto en el ámbito federal como en el local.

En nuestro Estado, el artículo 7º del Código de Procedimientos Penales vigente, señala que el Ministerio Público es competente para llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales; este precepto legal, de conformidad al inciso k), nos remite a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Michoacán, específicamente en

los artículos 6º, 7º y 8º, en donde delimita aún más sus funciones.

CAPÍTULO 4

LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

La averiguación previa es una parte esencial del Derecho Penal, puesto que en ella el Ministerio Público desarrolla la función investigatoria, por ello es necesario estudiar desde sus requisitos de procedibilidad y reglas hasta lo que conlleva el acreditar de los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

4.1 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

"La averiguación previa, llamada también fase preprocesal, es la que tiene por objeto investigar el delito y recoger las pruebas indispensables para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal". (González Bustamante, 1999:123) (Citado por Garduño Germendia, 1991:47)

Las diligencias investigatorias llevadas a cabo por el Ministerio Público en el período de averiguación previa, están sujetas en cuando a la forma de practicarse a las diversas disposiciones legales que le permiten organizar sus actividades, tales como nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código de Procedimientos Penales del Estado, el Código Penal, la Ley Orgánica de la Procuraduría de Justicia del Estado y su Reglamento.

Para el autor Mancilla Ovando, 1997, las formalidades que deben satisfacerse a fin de que se persigan y castiguen los delitos, crea una clasificación procesal de delitos, a saber: a) Delitos de oficio y, b) Delitos a instancia de parte ofendida.

En la figura mencionada en primer término, las facultades del Ministerio

Público son absolutas, puesto que basta el conocimiento de la existencia de una conducta que configure un delito oficioso para que el titular del órgano investigador inicie la integración de la averiguación previa, con e objeto de allegarse pruebas que acrediten la validez de la pretensión jurídica del derecho de acción, y que en el juicio respectivo sea castigado quien resulte responsable del delito atribuido.

Por lo que se refiere a la segunda de las figuras, las facultades persecutorias del Ministerio Público sólo se ejercitarán si existe una petición que lo autorice para investigar sobre la existencia del delito, así como la probable responsabilidad penal de una persona determinada.

Es así pues que 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, mas no nace con ella y al nacer lo hace avanzar hasta alcanzar la meta deseada, se considera entonces el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal.

La acción penal es pública, surge al nacer el delito, y su ejercicio está encomendado al Estado por conducto de sus subróganos, el Procurador de Justicia y los agentes del Ministerio Público, y tiene por objeto definir la pretensión punitiva estatal, ya sea absolviendo al inocente o imponiendo al culpable una pena de prisión o multa, según corresponda.

La acción penal es obligatoria, siempre y cuando esté integrado el cuerpo del delito y existan razones fundadas para suponer que una persona determinada es probable responsable de un delito, por ello, se considera que la averiguación

previa se encuentra supeditada, en cuanto a su iniciación, a que se cumpla con los requisitos de procedibilidad, consistentes en la presentación de la denuncia o querella, situación que la hace ser de naturaleza dependiente.

La averiguación previa es también oficiosa, ya que una vez iniciada debe continuarse y cumplirse con cada una de las diligencias de investigación que ordenan las disposiciones legales correspondientes al delito de que se trate.

En mérito a lo anterior, la regla general son los delitos de oficio, en los cuales el agente del Ministerio Público tiene amplias facultades para ejercer en forma plena sus atribuciones, y la excepción son los delitos particulares o perseguibles sólo por querella de parte, también denominados delitos privados, para los cuales, el ejercicio de las facultades del Ministerio Público, estará supeditado a la queja que formule el ofendido, gobernado o inclusive la institución pública que se considere ofendida por el hecho cometido.

4.1.1 DENUNCIA.

"La palabra denuncia o el verbo denunciar, desde un punto de vista gramatical, significa: aviso, poner en conocimiento de la autoridad competente, verbalmente o por escrito, lo que se sabe respecto a la comisión de hechos que son o pueden ser delictivos". (Colín, 1997:315)

Es entonces que podemos distinguir la denuncia, como un medio informativo y como requisito de procedibilidad. Como medio informativo, es utilizada para hacer del conocimiento del agente del Ministerio Público, lo que se sabe acerca del delito, ya sea que el propio portador de la noticia sea el afectado,

o bien, que el ofendido sea otra persona, así pues, que la denuncia puede presentarla cualquier persona, en cumplimiento de un deber impuesto por la ley.

Como es bien sabido, denunciar los delitos es de interés general, dado que al quebrantarse lo dispuesto en algún ordenamiento jurídico, se provoca cierta repulsión hacia el infractor, debido que a todos importa que, previa la observancia de las formalidades esenciales del procedimiento, en su caso, se determine una sanción y ésta sea cumplida; para de esa manera, sea posible prevenir la ejecución de nuevos delitos.

Lo anterior justifica que la mayor parte de conductas y hechos tipificados como delitos, se persigan de oficio; sin embargo, la noticia del delito o *notitia criminis*, no es un requisito de procedibilidad para que el Estado a través del Procurador de Justicia o del agente del Ministerio Público que éste determine, se avoque a la investigación del delito; bastará con que el funcionario esté informado por cualquier medio, para quedar obligado a realizar las investigaciones del caso con las cuales le sea factible concluir, en su oportunidad, si la conducta o hecho de que tuvo conocimiento, constituye una infracción a la ley penal, y siendo así, quién es el probable actor.

En México, atendiendo al contenido del artículo 16 de nuestra Carta Magna, se advierte que el legislador incluye la palabra “denuncia” entre otros elementos necesarios para que se pueda dictar una orden de aprehensión, de ahí que generalmente no se comprende el verdadero alcance de tal palabra, y se pueda considerar como una “condición” para que el agente del Ministerio Público pueda avocarse a su función característica, durante el desarrollo de la averiguación

previa.

Empero, sin duda los integrantes del Congreso Constituyente de 1917, instituyeron la denuncia como un requisito de procedibilidad a cargo del agente del Ministerio Público, haciendo referencia con ello a la instancia para que el juzgador pueda avocarse al conocimiento e instrucción del proceso, pues, no debe olvidarse que, el juez no puede proceder de oficio, por tal motivo, al ejercitarse la acción penal se están denunciando ante el juez la conducta o hecho ilícitos, por ende, lo señalado anteriormente, es la forma indicada por el legislador para que pueda manifestarse la potestad del juzgador.

4.1.2 QUERELLA.

"La querella es el derecho o facultad que tiene una persona a la que se designa querellante, víctima de un hecho ilícito penal, para hacerlo del conocimiento del Procurador de Justicia o del agente del Ministerio Público, y con ello dar su anuencia para que se investigue la conducta o hecho y satisfechos que fueren los requisitos previstos en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, se lleve a cabo el proceso correspondiente". (Colín, 1997:321)

En todo delito en el cual se requiera la anuencia del ofendido, para su investigación, además del agraviado, también el representante podrá hacerlo del conocimiento del agente del Ministerio Público, para que se avoque a la investigación de los posibles hechos constitutivos de delito, lo cual se traduce en que esta Representación Social estará impedida para actuar, sin que antes exista

la manifestación de voluntad de quien tenga ese legítimo derecho.

La querella es una institución por demás discutida por los estudiosos del Derecho Penal; Beccaria, en su Tratado de los Delitos y de las Penas, hizo notar que el derecho de castigar corresponde a todos los ciudadanos, motivo por el cual, el derecho de uno solo no puede anular el derecho de los demás.

Por su parte, Carlos Binding, no es partidario de la querella; al respecto indica cuando el Estado delega sus facultades en manos de los particulares, y el delito no se castiga, ya se a porque el querellante no presenta a tiempo su queja o porque está en manos de un representante inactivo, aquélla no alcanza su objeto y la justicia sufre una lesión; además, el que se deje en manos de un particular la persecución del delito, propicia la inmoralidad en la administración de justicia.

Los positivistas –principalmente Enrique Ferri-, también se muestran inconformes con la querella, fundamentándose en que, si los presuntos delincuentes significan un peligro para la sociedad, es incuestionable que deben perseguirse y no dejar su castigo al arbitrio de los particulares. Por otra parte, si dichas conductas, dado el carácter público del Derecho Penal, únicamente afectan intereses particulares, debieran desaparecer del código.

Maggiore, Vannini, Tolomeo y Riccio, También se pronuncian abiertamente en contra, y afirman: “Una institución de tal naturaleza tiene una tendencia acentuadísima a desaparecer de los ordenamientos penales, en virtud de que el Estado moderno, único titular celoso de la potestad punitiva no puede ni debe delegar ese poder a nadie, aunque sea en su disponibilidad procesal”. (Giussepe Maggiore, Derecho Penal: II:334) (Citado por Colín Sánchez, 1997:322)

Los autores citados, consideran el problema desde un aspecto netamente doctrinal, olvidan las consecuencias de la persecución en contra de las personas, como presuntos responsables de algunos hechos produce en quienes han resentido la ofensa. Piénsese en la publicidad de la conducta ilícita penal de un sujeto, que puede dañar aún más, al ofendido, por ello es que, dada la naturaleza de algunas infracciones penales, lo correcto es dejar que los particulares otorguen su anuencia para que el agente del Ministerio Público investigue los hechos y, en su caso, se persiga al infractor.

Lo anterior, es de vital importancia para quien resiente la acción dañina, porque tiene oportunidad de valorar los pros y los contras de un proceso en el que la situación muy personal del sujeto es la que, valga el uso de la expresión, está en juego.

Por ello, la voluntad de los particulares no debe proscribirse, cuando el bien jurídico tutelado corresponde a ámbitos en los que, más que ofensa social, lo que se lesiona con el delito es el aspecto íntimo del ser humano o de núcleos como la familia que, en países como el nuestro es una institución fundamental sobre el cual está estructurada la organización social.

Florián Efigenio afirma: “El derecho de querella es un derecho subjetivo público vinculado a la persona e inalienable”

Rafael de Pina menciona: “La querella tal y como la entiende nuestro legislador, es decir, como el acto mediante el cual el ofendido pone en conocimiento de la autoridad competente la comisión del delito de que ha sido víctima y pide que sea debidamente sancionado, en realidad, no es más que una

simple denuncia".

La querella también es definida por Guillermo Colín Sánchez como: "Un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido".

En cuando a las personas que la ley concede el derecho de querellarse, el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, señala que cualquier ofendido por el delito puede hacerlo, aún cuando sea menor de edad; y tratándose de incapaces podrán hacerlo por éstos, los ascendientes o hermanos, o sus representantes legales. En materia federal, el artículo 115 previene: "Cuando el ofendido sea menor de edad, puede querellarse por sí mismo, y si a su nombre lo hace otra persona, surtirá efectos la querella, si no hay oposición del ofendido".

Para el caso de las querellas presentadas por las personas morales o físicas por medio de apoderado, la ley exige de acuerdo a lo ordenado por los artículos 264, párrafo segundo, del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y 120 del Federal, la exhibición de poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del consejo de administración o de la asamblea de socios o accionistas de que se trate.

Ahora bien, las denuncias y las querellas deben tener ciertas formalidades, de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 de Código procedimientos penales del Estado de Michoacán, a saber:

"Las denuncias y querellas pueden formularse verbalmente o por escrito.

Se contraerán, en todo caso, a describir los hechos delictivos, sin calificarlos jurídicamente, y se hará en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición".

"Cuando la denuncia o querella no reúna estos requisitos, el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante o querellante para que la modifique, ajustándose a ellos. Asimismo, se informará al denunciante o querellante, dejando constancia en el acta acerca de la trascendencia jurídica del acto que realizan, sobre las penas en que incurre quien se conduce falsamente ante las autoridades y sobre las modalidades del procedimiento según se trate de delito perseguible de oficio o por querella."

"En caso de que la denuncia o la querella se presenten verbalmente, se harán constar en acta que levantará el funcionario que la reciba. Tanto en este caso como cuando se hagan por escrito, deberá contener la firma o huella digital de quien la formule y su domicilio."

"Cuando el denunciante o querellante hagan publicar la denuncia o la querella, están obligados a publicar también a su costa y en la misma forma utilizada para esa publicación, el acuerdo que recaiga al concluir la averiguación previa, si así lo solicita la persona en contra de la cual hubiesen formulado dichas denuncias, acusaciones o querellas, y sin perjuicio de las responsabilidades en que incurran, en su caso conforme a otras leyes aplicables". (Código de Procedimientos Penales del Estado, 2004:14,15)

Es así pues que las denuncias y querellas pueden ser verbales o por escrito, y ésta última sólo procederá a petición de la parte ofendida o su

representante, y en ambos casos el funcionario encargado de la administración de justicia tiene la obligación de avocarse a la investigación de los hechos para determinar si la conducta es constitutiva de delito y ejercitar la acción penal correspondiente, a fin de que se imparta una expedita justicia como mandato constitucional.

4.2 INICIO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

La averiguación previa, llamada también fase preprocesal, es la que tiene por objeto investigar el delito y recoger las pruebas indispensables para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal. (González Bustamante, citado por Garduño, 1991:47)

Al conceptuarse de esta forma la averiguación previa, se considera al Ministerio Público investigador actuando como jefe de la Policía Ministerial, recibiendo denuncias o querellas de los particulares o de cualquier autoridad e investigando los delitos para así, al terminar las investigaciones resolver si ejercita o no la acción penal; sin embargo no se puede considerar la averiguación previa antesala del proceso, por corresponder ésta a las actividades llevadas a cabo por la autoridad judicial en el término de setenta y dos horas, en donde al concluir las mismas surge la posibilidad de que se declare abierto el proceso por el delito o delitos de que se trate.

"El período de averiguación previa se inicia con el auto de sujeción del inculpado a la averiguación previa y termina con el auto de sujeción o no sujeción a proceso". (Ramírez Elpidio, 1979:61, citado por Garduño, 1991:47)

Con los anteriores señalamientos se pretende llamar diligencias de averiguación previa a las actuaciones procedimentales que son llevadas a cabo por la autoridad judicial dentro del término constitucional de setenta y dos horas, las cuales tienen por objeto comprobar las actuaciones del Ministerio Público verificando si efectivamente se ha acreditado la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del presunto responsable, y estar en condiciones de corroborar, cambiar o negar los requerimientos acusatorios del Ministerio Público, decretando para tal efecto el auto de formal prisión, de sujeción a proceso, o de lo contrario, auto de libertad por falta de elementos probatorios.

Se inicia pues la averiguación previa con la presentación de la denuncia o de la querella sobre un hecho delictuoso que se haya llevado a cabo, en el cual obliga al Ministerio Público a dar comienzo a las indagaciones sobre el delito realizado.

De acuerdo con el artículo 14 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán. “El Ministerio Público y sus auxiliares, conforme a las órdenes que reciban de aquél, están obligados a proceder de oficio a la investigación de delitos que tengan noticia. Solo no podrá hacerlo cuando se trata de delitos que proceda de querella y, cuando la ley exija algún requisito previo si éste no se ha llenado o cumplido”. Por lo que las investigaciones que el agente del Ministerio Público tienen la finalidad de recabar elementos probatorios del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. Ante esto, el agente del Ministerio Público investigador deberá adaptar las reglamentaciones jurídicas (Código penal y el Código de procedimientos penales del Estado de Michoacán, la

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Michoacán) a las circunstancias reales de los hechos delictuosos, practicando las actuaciones investigatorias y obedeciendo al mandato general contenido en los ordenamientos antes mencionados y, entre otros casos, guiando su criterio y llevando a cabo averiguaciones, las que se justificarán siempre y cuando, los medios utilizados no estén reprobados por la misma ley.

Para el autor Colín Sánchez, la acción penal como institución del derecho de Procedimientos Penales, está encomendada al agente del Ministerio Público por mandato expreso, establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. De lo anterior, se desprende: Que del avance de la indagatoria depende la decisión sobre el ejercicio de la acción penal, pues aún y cuando se encuentran satisfechos los requisitos contenidos en el numeral 16 de nuestra Carta Magna, queda a su libre arbitrio y a pesar de ello no lleva a cabo alguna de las resoluciones estipuladas en el código instrumental de la materia; por tanto, se puede manifestar que la acción penal es el acto público e indivisible correspondiente al poder ejecutivo, ejercida mediante el Procurador de Justicia o sus agentes del Ministerio Público, con la finalidad de presentar ante el juez competente lo indagado o averiguado durante la fase preliminar, o de lo contrario dictar el acuerdo respectivo según proceda al caso concreto.

No obstante lo anterior, respecto de los delitos cometidos por servidores públicos, mismos que se encuentran previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el título cuarto, en sus artículos del 108 al 114, se establecen que para la acusación de los funcionarios enumerados en el artículo

111, esta procederá ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, o de las legislaturas de los Estados, según el ámbito del caso de que se trate, y se realizará con la aprobación de las dos terceras partes de los diputados presentes, con audiencia del indiciado, cuyas diligencias una vez practicadas serán turnadas al Senado de la República para que sea ésta quien resuelva sobre la acusación citada.

De igual forma, por lo que respecta al Presidente de la República se establece que sólo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores en los términos del artículo 110 de la propia Carta Magna, en donde dichas resoluciones, tanto de dicha Cámara como de la de Diputados, serán inatacables.

Sobre el inicio de la averiguación previa con presunto responsable detenido o sin él contiene nuestras leyes sendas prevenciones que tienden a asegurar, en la mayor medida posible, el respeto a los derechos del individuo y la debida persecución de los delitos. En diferentes reformas llevaron a que los funcionarios de la Policía Ministerial, agentes de ésta y auxiliares del Ministerio Público procedieran de oficio a la investigación de los delitos de que tuviera noticia, excluyendo casos en que se exige requisitos de procedibilidad diverso de la denuncia, dando cuenta de inmediato al Ministerio Público si las diligencias no se hubiesen iniciado ante éste, operó en la línea de otras modificaciones sobre preceptos que también se referían a funcionarios y agentes de la Policía Ministerial, esto es, pasó a decir que los funcionarios del Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo con las órdenes que reciban de aquéllos, están obligados a proceder de oficio.

Aquí aparece, además, la constante y no siempre exitosa reiteración de un principio constitucional: la Policía ministerial se halla bajo el mando y la autoridad del Ministerio Público. Es esto lo que se quiere subrayar cuando se dice, con respecto a los auxiliares, que éstos actuarán, según García Ramírez, 2002, "de acuerdo con las órdenes que reciban de su superior".

Este asunto ha sido destacado en la reforma, a través de numerosas referencias, así como en los documentos preparatorios de aquélla. En la Procuraduría de la República hubo varias precisiones; así se dijo que las iniciativas de reformas permitirían "asegurar puntualmente el principio de que la investigación y persecución de delitos incumbe al Ministerio Público y que la Policía Ministerial está bajo la autoridad y mando de aquél". (García, 2002:45).

En la consideración del asunto del Senado de la República, se manifestó que la iniciativa "busca reencontrar el liderazgo y titularidad" del agente del Ministerio Público, pero el tiempo corre y la "lucha reaparece, con la renovación de algún personaje. Ahora se trata que el Ministerio Público rescate la actividad protagónica en la averiguación previa y se erija en "campeón" de la "justicia" (Idem)

4.3 REGLAS PARA LA PRÁCTICA DE DILIGENCIAS.

Conforme al artículo al artículo 22 del Código de procedimientos penales del Estado de Michoacán, que menciona "Inmediatamente que el Ministerio Público o los funcionarios encargados de practicar en su auxilio diligencias de averiguación previa, tengan conocimiento de la probable existencia de un delito, dictarán todas las medidas y providencias necesarias para:

I. Proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas; un ejemplo son los delitos sexuales (violación, estupro, etc.), a la autoridad le interesa esclarecer el acto ilícito que se llevó a cabo.

II. Impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas y vestigios del hecho delictuoso, los instrumentos o cosas objeto o productos del mismo; este aspecto es de suma importancia para encontrar la verdad en un hecho constitutivo de delito, pues todo objeto, huella o indicio forma parte de la investigación judicial y es necesario para esclarecer la forma y grado del delito cometido.

III. Saber qué personas fueron testigos; son en ocasiones, fundamentales para una correcta y adecuada valoración de los hechos en estudio, por ello es importante que la autoridad tenga conocimiento de las personas que posiblemente presenciaron la conducta ilícita, aunque la mayoría de las veces, y debido a una deficiente capacidad de nuestros órganos de justicia, los testigos prefieren mantenerse al margen de los hechos por temor a represalias.

IV. Evitar que el delito se siga cometiendo; en ocasiones los delitos se tornan reiterativos y es una obligación de las autoridades el procurar que por los medios a su alcance, que una conducta ilícita no se continúe realizando, brindando con ello protección y seguridad a la víctima de dicho delito.

V. 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.

Así pues, el agente del Ministerio Público sólo podrá ordenar la detención de una persona en caso de flagrancia o caso urgente, de conformidad a lo establecido en el numeral 16 de nuestra Carta Magna, y en los términos del

artículo 22 del Código de Procedimientos Penales del Estado.

4.4 ACREDITACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL DETENIDO.

Es la principal función del agente del Ministerio Público en la integración de la averiguación previa, debido a que el ejercicio de la acción penal, se realiza durante el desarrollo de la misma, merced a ser la etapa procedimental en la que el Estado, por conducto del Procurador y de los agentes del Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Ministerial, practica las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar, en su caso, la acción penal, para cuyos fines, deben necesariamente estar acreditados los elementos del cuerpo del delito, así como la probable responsabilidad del indiciado.

El numeral 106 del Código de Procedimientos Penales del Estado, refiere que se tendrán por acreditados los elementos constitutivos del tipo penal, cuando se justifiquen por cualquier medio probatorio que señale la ley o no esté reprobado por ésta.

Así, tenemos que quien debe comprobar los elementos constitutivos del cuerpo del delito, es el Ministerio Público, precisamente en la etapa de averiguación previa, y el Tribunal debe procurar la comprobación de los elementos configurativos del tipo penal, base del procedimiento penal, una vez que se ha ejercitado la acción penal, por lo que en el término de setenta y dos horas, resolverá si de las constancias que integran dicha averiguación, surge la posibilidad de que se declare abierto el proceso por el delito o delitos por los que

se ha ejercitado la acción.

Por su parte, el artículo 116 del Catálogo Procesal invocado señala que para la comprobación de los elementos configurativos del tipo penal, el Ministerio Público, sus auxiliares y el tribunal, están facultados para emplear los medios de investigación que estimen conducentes, aunque no sean los que menciona la ley, siempre que no sean contrarios a derecho, es pues la **forma genérica** para la comprobación de dichos elementos.

Ahora bien, los artículos 108 a 115 del Ordenamiento Legal en cita, también indican una **forma específica** para tener por acreditados los elementos constitutivos de los ilícitos de lesiones externas, lesiones internas, homicidio, aborto, robo y abigeato, peculado, así como los requisitos necesarios e incluso diligencias indispensables para tenerlos eficazmente comprobados.

De ahí pues que, si bien nuestra legislación penal otorga al Ministerio Público, sus auxiliares y al Tribunal, a emplear medios de investigación que les permitan llegar a la verdad de los hechos, no menos cierto es que también para que se tengan por acreditados los elementos de un determinado ilícito, existen reglas y actuaciones necesarias sin las cuales no puede otorgarse validez y eficacia plena a las actuaciones realizadas por dichas autoridades.

La Representación Social en el ejercicio de la facultad exclusiva de perseguir los delitos, tiene atribuciones investigatorias plenas que le permiten allegarse de pruebas de todo tipo, esto claro, siempre que no sean contrarias a la ley o a la moral. En la averiguación previa sus actos son de autoridad, por tanto tienen por objeto probar la pretensión jurídica que contiene el derecho de acción

penal que se ejercite. Es así que las actuaciones que se practiquen en esta etapa procesal, tienen validez de tal forma que las pruebas aportadas durante el proceso podrán ser objeto de valor probatorio por el juzgador, al examinar si tienen trascendencia jurídica.

Al respecto, es aplicable la tesis que se sustenta en la Jurisprudencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Apéndice 1917-1965, segunda parte, Primera Sala, que reza:

"POLICÍA JUDICIAL, VALOR PROBATORIO DE LAS DILIGENCIAS PRACTICADAS POR LA. 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."

4.5 DECISIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO AL RESOLVER LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Dentro de esta resolución, es preciso señalar que de acuerdo a la investigación planteada, se analizará la incompetencia por razón de territorio y por razón de materia, en forma general, analizando para ello los conceptos de acuerdo e incompetencia, para su mejor comprensión.

Acuerdo.- "coincidir dos o más personas en el tratamiento o interpretación que ha de darse a un asunto, existir armonía respecto de una cuestión, decisión meditada por una persona; pacto; convenio; tratado; deliberar y resolver acerca de

un determinado planteamiento.” (Pavón, 2003:53)

Como podemos advertir, la palabra acuerdo puede tener múltiples connotaciones, también en lo jurídico es factible hablar de diversos alcances como: acuerdo internacional, judicial, laboral, etc., es decir, el concepto es amplio. En el ámbito del derecho burocrático y del administrativo se llega a entender de diversas maneras, como:

a) La decisión de un servidor público;
b) El acto ejecutivo emitido por un cuerpo colegiado de funcionarios;
c) La resolución de un superior jerárquico, respecto de un asunto presentado por un inferior, y
d) El instrumento para la creación de órganos administrativos, su modificación, extinción, venta o transferencia.

A fin de delimitar el alcance del vocablo acuerdo en la práctica jurídico-administrativa, es menester conceptuarlo como la orden dictada por el superior al inferior jerárquico, conforme a una decisión tomada individual o colegiadamente.

4.5.1 ACUERDO DE ARCHIVO.

El numeral 7º, del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de Michoacán, se refiere a las facultades del Ministerio Público, y en su fracción I, inciso g), se le otorga la facultad de acordar el ejercicio o no ejercicio de la acción penal, y determinar el archivo, la suspensión, acumulación e incompetencia de las indagatorias.

En la fracción III, del numeral y Ordenamiento Legal citados, se refiere al

acuerdo de archivo y textualmente indica: “El archivo procederá previa autorización del Subprocurador respectivo, en los siguientes casos:

a) Cuando la conducta materia de la indagatoria no sea constitutiva de delito, de conformidad a la descripción típica contenida en la Ley Penal;
b) Cuando, aún pudiendo ser delictiva la conducta de que se trate, resulte imposible la prueba de su acreditación por obstáculo material insuperable;
c) Cuando se demuestre plenamente que el indiciado no tuvo participación en la conducta punible, en lo que respecta en la esfera jurídica;
d) Cuando la acción penal se haya extinguido legalmente en los términos del Código Penal;
e) Cuando de las diligencias practicadas se desprenda inconcusamente que el indiciado actuó bajo circunstancias excluyentes de incriminación;
f) Cuando en autos de la indagatoria esté acreditada fehacientemente alguna de las causas de ininputabilidad contempladas en el artículo 16 del Código Punitivo del Estado;
g) Cuando la conducta atribuible al indiciado haya sido materia de una sentencia penal ejecutoriada dictada con anterioridad;
h) Cuando la legislación penal vigente quite a la conducta investigada la tipicidad que otra ley anterior le otorgaba; e,
i) Cuando la responsabilidad se halle extinguida legalmente, en los términos del Código Penal.

Las anteriores causales determinarán el no ejercicio de la acción penal, que

deberá ser autorizada por el Subprocurador respectivo". (Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán, 2004:12,13)

De la anterior resolución sobre el no ejercicio de la acción penal cuando proceda el acuerdo de archivo, se infiere que el numeral en cita únicamente señala las hipótesis en las cuales procede dictar dicho acuerdo; sin embargo no se señala el término para llevarlo a cabo, por lo cual se da margen a que el Ministerio Público lo realice cuando estime conveniente, con lo cual se estipula que éste libertad para estipular un término a fin de controlar su función, respecto a este tipo de resoluciones cuando no existe persona detenida.

4.5.2 ACUERDO DE SUSPENSIÓN.

Ahora, por lo que se refiere al acuerdo de suspensión, el Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de Michoacán, en su artículo 7º, fracción IV, prevé dicha suspensión en las hipótesis legales que a continuación se indica:

"a) Que no estén debidamente acreditados los elementos configurativos del tipo penal imputado;

b) Que habiendo sido practicadas las diligencias idóneas necesarias y agotadas las pruebas al alcance del agente del Ministerio Público, la probable responsabilidad del indiciado no se encuentre debidamente evidenciada;

c) Que, estando en el mismo caso del inciso precedente, el probable responsable no esté plenamente identificado; y,

d) Que resulte imposible desahogar algún medio de prueba y los ya

existentes sean insuficientes para determinar el ejercicio o el no ejercicio de la acción penal". (Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán, 2004:13)

"Cuando se ha llevado a cabo todo ese conjunto de diligencias, el agente del Ministerio Público, estará en aptitud de dictar resolución en el acta de policía ministerial, cuyo contenido se expresará en lo conocido con el nombre de "determinación", por ende, la "determinación", es el acto procedimental a través del cual, de la valoración de todo lo actuado, el agente del Ministerio Público, concluirá si están o no satisfechos los requisitos señalados en el artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para ejercitar la acción penal.

La determinación tanto del acuerdo de suspensión como de archivo, no significa que: Por haberse resuelto así, ya no sea posible hacer nada; a mi juicio, cuando se disponga de nuevos elementos, el agente del Ministerio Público debe continuar la averiguación, por que, sus determinaciones no causan estado". (Colín, 1997:345,346)

4.5.3. ACUERDO DE INCOMPETENCIA.

En el tema a estudio, la incompetencia es la declaración que formula una autoridad, en el caso, el Ministerio Público, cuando por virtud del análisis que formule de alguna denuncia, querella o diligencia ministerial, estima que conforme a la Ley, no resulta competente para conocer de ese asunto, ya sea por razón de territorio o de la materia, y por tanto lo remite a quien resulte competente para ello.

De acuerdo a lo anterior, se entiende que resulta ser incompetente la figura del Ministerio Público investigador del fuero común, por razón de territorio o de la materia, y que no le competa realizar ninguna actuación por así estipularlo la propia Ley, empero, que el propio Código instrumental le otorga la facultad para dictar un acuerdo de incompetencia, apoyado para ello en el numeral 7º, fracción I, inciso g), cuando del análisis que lleve a cabo se concluya que no es competente, éste deberá realizar un acuerdo de incompetencia fundado y motivado, dentro del cual expresará la razón por la que no resulta competente para conocer de un asunto.

Cuando se trata de incompetencia por razón de territorio, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado, en su artículo 7º, fracción I, inciso k), le otorga al Ministerio Público la facultad de plantear los acuerdos de incompetencia que corresponda durante la averiguación previa, precisando de forma más detallada el reglamento de la propia Ley Orgánica, en su artículo 5º, la competencia territorial de las Subprocuradurías que corresponden a nuestro Estado, indicando en su segundo párrafo: "… Las Subprocuradurías Regionales comprenderán los Distritos Judiciales siguientes: la de Morelia se integra con Pátzcuaro, Zinapécuaro y Morelia; Zamora con Zacapu, Puruándiro, La Piedad, Jiquilpan, Sahuayo, Los Reyes, Tanhuato y Zamora; Uruapan incluye Tacámbaro, Ario de Rosales y el propio Uruapan; Apatzingán comprende Coalcomán y el mismo Apatzingán; Lázaro Cárdenas incluye Arteaga, Coahuayana y el propio Lázaro Cárdenas; Zitácuaro comprende Hidalgo, Maravatío, Huetamo y el mismo Zitácuaro". (Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de

Justicia del Estado, 2004:113)

De lo anterior, se infiere que limitada la competencia territorial de cada Subprocuraduría, se limita también la competencia de los agentes del Ministerio Público integrantes de las diferentes Subprocuradurías del Estado, por lo que cuando tienen conocimiento de algún asunto fuera de su jurisdicción territorial, serán incompetentes para conocer del mismo y deberán remitirlo a la autoridad que corresponda, fundando y motivando el caso concreto.

El segundo supuesto es la incompetencia por razón de la materia, y se refiere a que cuando por disposición de los ordenamientos jurídicos del fuero común, concretamente en el Estado de Michoacán, se desprenda que un asunto no es competencia de los agentes del Ministerio Público del fuero común, sin perjuicio de llevar a cabo las diligencias de averiguación previa necesarias, deberán con posterioridad remitir dichas actuaciones a la autoridad competente, tal y como lo establece el artículo 8º, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Michoacán, en sus fracciones VI y VII, en las que se ordena dejar a disposición del Ministerio Público de la Federación a los detenidos, objetos y evidencias que se tengan respecto de los delitos de su competencia; y actuar en auxilio de dicha autoridad en los delitos del orden federal, mismos que se encuentran establecidos en los primeros cinco artículos del Código Penal Federal y 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Una vez que el agente del Ministerio Público del fuero común analiza que no es competente por razón de la materia, y siempre y cuando sea sin detenido,

elabora un acuerdo que deberá remitir al Director de averiguaciones previas, para que lo autorice en caso de ser procedente, en el término que establece la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, así como el Código Federal de Procedimientos Penales; ahora bien, cuando sea con detenido, podrá remitir as constancias de inmediato sin la autorización antes mencionada, a fin de no violar lo dispuesto en el artículo 16 Constitucional.

4.5.4. EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

CONSIGNACIÓN: "Es el acto procesal, a través del cual, el estado por conducto del agente del Ministerio Público ejercita la acción penal." (Colín, 1997: 353).

Para el autor Cuenca Dardón, la acción penal es la facultad que el Estado tiene para que en beneficio del orden social, ejercite el derecho cuando se ha cometido un delito y tiene cuatro momentos:

1. La facultad en abstracto del Estado de perseguir los delitos, y no puede extinguirse.
2. El derecho de persecución que nace al cometer un delito, que es la acción penal propiamente dicha, y puede extinguirse (Arts. 91, 93, 104, 105 y 106 del Código Penal).
3. Es la averiguación previa y tiene como finalidad que la autoridad investigadora pueda estimar si se ha cometido un delito, para Ens. Caso, ejercitar la acción, o sea, reclamar el derecho.
4. La reclamación ante el órgano jurisdiccional, y se constituye por un

conjunto de actividades mediante los cuales, el Ministerio Público ejercita la acción reclamando del órgano jurisdiccional el reconocimiento de un derecho. (Arts. 136 del Código Federal de Procedimientos Penales y 2 del Código Procesal Penal)

Así pues, la base jurídico-material sobre la que descansa el ejercicio de la acción penal, consiste en lo siguiente:

1. 1º. Que exista un hecho con apariencia delictiva (comportamiento típico).
2. 2º. Que exista un enlace entre ese hecho y un individuo (probable responsable) bajo cualquiera de las formas de autoría o participación delictiva.

Consecuentemente, si los dos supuestos anteriores se acreditan, el Ministerio Público debe consignar, pero si falta alguno de ellos, no habrá materia que someter a la jurisdicción penal.

La acción penal se encuentra fundamentada en los numerales 21 y 102 de nuestra Carta Magna. Estos preceptos otorgan un derecho en abstracto a obrar, es la pretensión jurídica del Ministerio Público al ejercitar la acción penal, y, el contenido de la acción penal es la afirmación de la existencia de un delito y el reclamo del castigo para el autor, es una sustentación acusatoria. (Cuenca, 2000:71,72)

4.5.4.1 CON DETENIDO.

En caso de delito flagrante cualquier persona, sea o no agente de autoridad puede detener a una persona. Reza, en efecto, el artículo 16 constitucional, que

en tal caso "cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices poniéndolos inmediatamente a disposición de la autoridad correspondiente."

Se entiende al efecto, que el delincuente es aprehendido en flagrante delito no sólo cuando es arrestado en el momento de estarlo cometiendo sino también cuando después de ejecutado el acto delictuoso, el delincuente es materialmente perseguido y detenido en el curso de la persecución ininterrumpida. El acto material de aprehender al delincuente in fraganti, es legítimo por ministerio de la Constitución; por tanto, una vez detenido el delincuente por el acto delictuoso, quedará a disposición del Ministerio Público, y será internado en el Centro de Readaptación Social.

Por lo que se refiere a la detención de algún individuo en caso urgente, esto quiere decir, que es aprehendido sin llenar los requisitos indispensables de un orden de aprehensión, y existe el temor fundado de que se pueda sustraer de la justicia o que por razón de la hora o lugar no sea posible ocurrir ante el juez para con las formalidades necesarias solicitar dicha orden de aprehensión.

Los requisitos y condiciones con los que el constituyente rodeó a la detención en caso urgente la habían inutilizado como instrumento en la lucha contra el delito. Ya la exigencia de que "no haya en el lugar ninguna autoridad judicial" la hacían inaplicable en la República moderna, salvo, quizá, en las más apartadas rancherías. Pero el principal obstáculo era la orden del constituyente a la autoridad que realice la detención de poner al detenido inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. En consecuencia, la autoridad debía entregar al detenido a la autoridad judicial luego, al punto, al instante, del momento en el

que ocurriera la detención. Entre ambos momentos no debía haber interposición de cosa alguna, ni debía transcurrir más tiempo que el absolutamente indispensable para transportar detenido del lugar en el que fue privado de su libertad a aquel otro en el cual tenía su sede el tribunal.

El párrafo quinto del artículo 16 Constitucional dispone: "Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder."

Del análisis del texto anterior, se pueden desglosar los siguientes elementos:

Debe tratarse de un caso urgente, y por tanto, el constituyente permanente entiende aquel en él existe un riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia. El constituyente de 1917, en sus debates, afirmaba que el caso urgente se presenta cuando hay peligro de fuga. Respecto al texto reformado, aclaremos que lo fundado no es riesgo, sino la opinión que tiene el Ministerio Público de que dicho riesgo existe. En efecto, el representante social es de opinión que existe un riesgo de que el indiciado se fugue, y esa opinión es fundada si se apoya en motivos y razones eficaces.

Debe tratarse de delito grave, así calificado por la ley. Corresponde ahora, al legislador ordinario, dar cumplimiento a este mandato del constituyente permanente, y enumerar, en los códigos de procedimientos penales, los delitos

que, en lo porvenir, serán considerados graves (homicidio culposo en agravio de dos o más personas, evasión de presos, asociación delictuosa, corrupción de menores, incesto, secuestro, violación, asalto, abusos deshonestos, homicidio calificado, entre otros), para los efectos del artículo 16 Constitucional.

Imposibilidad para ocurrir ante la autoridad judicial, por razón de la hora, lugar o circunstancia. En esta hipótesis la averiguación previa debe estar concluida, y el Ministerio Público tener los elementos necesarios para ejercer la acción penal. Es posible que en algunos casos, de hecho muy pocos, esta sea la situación. Pero se sabe, prácticamente que, con mayor frecuencia, el Ministerio Público se verá llamado a impedir la fuga cuando aún no ha integrado la averiguación previa. En esa hipótesis, la más frecuente, el Ministerio Público estará en la imposibilidad de ocurrir ante la autoridad judicial, no por razón de la hora, ni por razón del lugar, sino por razón de la circunstancia. Y esa circunstancia será, justa y precisamente, el hecho de que nada tiene que hacer ante el juez puesto que no cuenta con elementos suficientes para ejercer la acción penal.

La detención será ordenada por el Ministerio Público, sólo el Ministerio Público, a quien está reservado el monopolio de la acción penal, tiene facultades para ordenar la detención de un indiciado, en caso urgente, durante la averiguación previa. El Ministerio Público deberá fundar y expresar los indicios que motiven su proceder. Este requisito se antoja inútil reiteración de la garantía consagrada en el párrafo primero del artículo 16, conforme al cual toda orden de molestia deberá constar en mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la acusa legal del procedimiento. (Zamora, 1996:23)

4.5.4.2 SIN DETENIDO.

Se entiende, cuando del pliego de consignación que el agente del Ministerio Público remite al juez, no aparezca la detención de persona alguna, en este caso únicamente existirá el pedimento del Ministerio Público, en el sentido que se dicte orden de aprehensión, orden de comparecencia u orden de presentación.

Consignación sin detenido con pedimento de orden de aprehensión: El artículo 16 Constitucional establece, que no podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querella de un hecho que la ley castigue con pena corporal y sin que estén apoyadas aquéllas por declaraciones bajo protesta, de persona digna de fe o por datos que hagan probable la responsabilidad del acusado.

Ahora bien, por orden de aprehensión se entiende: la resolución judicial en la que con base al pedimento del agente del Ministerio Público, y satisfecho los requisitos del artículo 16 constitucional, se ordena la captura de un sujeto determinado, para que sea puesto de inmediato, a disposición de la autoridad que lo reclama, o requiere, con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye. Para que la orden de aprehensión esté debidamente fundada y motivada, se requiere que el juzgador haga un análisis de los elementos probatorios allegados a la averiguación, expresando, la cita de los preceptos legales aplicables, las consideraciones que le llevan a concluir que en el caso concreto la denuncia o querella, formuladas en contra del inculpado efectivamente se refiere a un hecho determinado que la ley sanciona con pena privativa de

libertad, lo cual implica encontrarse plenamente acreditado, que la conducta o hecho referidos en la denuncia o querella efectivamente resulta encuadrable, en una de las figura típicas previstas por la ley como delito y sancionada como tal, así como la probable responsabilidad del indiciado. En la resolución por la que se libra orden de aprehensión o de comparecencia, el juzgador deberá decretar la suspensión del procedimiento, hasta en tanto no se logre la captura del indiciado.

Decretada la orden de aprehensión o de comparecencia, el juez la comunicará inmediatamente al Ministerio Público, y su función es ordenar a la policía ministerial la ejecución de dicha orden.

Consignación sin detenido con pedimento de orden de comparecencia: Procede cuando la conducta que se investigue tenga una o más sanciones no privativas de la libertad o sea alternativa. El agente del Ministerio Público ejercitará la acción penal sin detenido, pero con la solicitud de que éste sea citado para que se le tome su declaración preparatoria.

La orden de comparecencia debe tener todos y cada uno de los requisitos de la orden de aprehensión, únicamente se diferencian en lo referente a la prisión preventiva y a que el delito investigado, no tenga pena privativa de libertad o bien sea alternativa.

4.5.6 EL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

El no ejercicio de la acción penal es un acto unilateral en el que el agente investigador del Ministerio Público, en su carácter de representante del Estado, determina que por no estar satisfecho los requisitos exigidos en el artículo 16

constitucional, no ha lugar al ejercicio de la acción penal, y ésta se dará dentro de los siguientes casos:

Cuando la conducta o los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal. Es claro el punto referido, puesto que debe encuadrarse la conducta delictiva en la norma penal para considerarse violatorio al mismo ordenamiento legal. Es tan importante que se cumpla o se satisfagan para no quebrantarse las garantías del indiciado.

Cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo participación en la conducta o en los hechos punibles, es decir, la prueba debe ser idónea para que el indiciado pueda considerarse como presunto responsable, no debe haber meros razonamientos o supuestos carentes de comprobación. El Ministerio Público debe asegurarse de que la persona es quien cometió el acto ilícito.

Cuando, aun pudiendo ser delictiva la conducta o los hechos de que se trate, resulta imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable. La imposibilidad física o material se hace presente para sancionar una conducta delictiva, cuando los objetos o bien los indicios sean imposibles físicamente hacerse llegar a ellos.

Cuando la responsabilidad penal se haya extinguida legalmente en los términos del Código penal. Al respecto, el numeral 89 del Código Penal del Estado de Michoacán, dice: “La prescripción extingue la acción penal y las sanciones”; por su parte, el diverso artículo 90 del cuerpo de leyes invocado, señala: “La prescripción es personal, y para ello bastará el transcurso del tiempo señalado por la ley…” Asimismo, establece las reglas a seguir para los términos que deben

aplicarse de acuerdo al delito cometido y a la sanción respectiva. Entonces, la ley alude al término medio aritmético de la pena, que se ha interpretado como deducible de la individualización legal correspondiente a las entidades delictivas consumadas, pero sin modalidades.

Al respecto, cabe precisar que la prescripción es la autolimitación que el Estado se impone para perseguir los hechos con apariencia de delitos, o ejecutar las sanciones impuestas a los delincuentes por razón del tiempo transcurrido, precisando con esta definición las dos autolimitaciones que se impone el Estado: autolimitación para perseguir hechos y autolimitación para ejecutar sanciones. Siguiendo esta línea de pensamiento, se concluye que la prescripción penal puede definirse como "el fenómeno jurídico penal por el que, en razón del simple transcurso del tiempo, se limita la facultad represiva del Estado, al impedírsele el ejercicio de la acción persecutoria o la ejecución de las sanciones impuestas". (Vela, 2002:57)

En cuanto a la titularidad de la declaración en orden a la prescripción, se sostiene que durante la etapa de averiguación previa en preparación del ejercicio de la acción persecutoria, el Ministerio Público es el titular del derecho a declarar la prescripción, sin dejar de estudiar y comentar con capacidad y seriedad, la prescripción ante la autoridad judicial, precisando a su juicio, que la facultad de los jueces para resolver en cuanto se refiere a la prescripción de la acción persecutoria cubre la etapa que se inicia a partir del conocimiento que el juez tiene de los hechos al recibir la consignación que hace el Ministerio Público y culmina cuando cesa la jurisdicción del propio órgano encargado de administrar justicia al

dictarse la sentencia definitiva.

Cuando de las diligencias practicadas se desprenda penalmente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal: Se refiere pues, a las causas de excluyentes, es decir, aquellas circunstancias en la que el inculpado cometió el delito bajo una causa justa; ya sea de protección a su familia o a su integridad física, y por tal motivo, el Ministerio Público hará constar que el individuo efectúo esa conducta, con las excluyentes que marca el Código Penal del Estado de Michoacán, en su artículo 12.

4.6 GARANTÍAS DEL INDICIADO.

El numeral 20 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna los derechos específicos que se deben garantizar a los procesados durante el curso del procedimiento respectivo, mismas que al ser obligatorias por mandato constitucional, deben ser observadas con riguroso apego por garantizar al inculpado un trato digno, una adecuada defensa y la oportunidad de su derecho de audiencia, dado que en caso contrario, el Ministerio Público o el Juez correspondiente, violarían en perjuicio del inculpado sus garantías individuales, pues el espíritu de la Ley tiende a permitir y a dar las facilidades al procesado para que éste pueda destruir los cargos que imputados.

4.6.1 LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN.

La libertad bajo caución es aquella otorgada al indiciado en esta etapa procesal, y atento a lo que dispone el artículo 20 constitucional que establece: "En

todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías: … I. Inmediatamente que lo solicite otórgale la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño, y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohiba conceder este beneficio; el monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado; en circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución; el juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de la ley se deriven a su cargo en razón del proceso las garantías previstas en las fracciones V, VII, y IX del artículo 20 de la Constitución Política Federal, también serán observadas en la averiguación previa en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan." (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2004:6)

Ahora bien, la Carta Magna, autoriza la libertad provisional en la averiguación previa, ordena se conceda en todos los delitos, salvo los que se consideren graves, y para tal efecto, es necesario en primer término, que el delito atribuido al indiciado no se encuentre entre los previstos por el numeral 493 del Código de Procedimientos Penales del Estado, así, cuando el delito no se encuentre tipificado como grave en el citado numeral, por exclusión será un delito no grave y por ende, procede conceder al indiciado el mencionado beneficio.

El beneficio de la libertad, se otorga mediante la garantía de la caución. El monto caucional, debe de establecer un estimado que abarque las sanciones

pecuniarias por el delito, equivalente a la reparación del daño y a la multa aplicable. La libertad provisional bajo caución en la averiguación previa se concede por el Ministerio Público investigador, y debe otorgarse inmediatamente que se solicita.

Podrá ser materia de revocación la libertad provisional bajo caución, previa garantía de audiencia, cuando incurran en los supuestos que marca el artículo 508 del Código de Procedimientos Penales del Estado Michoacán que a la letra dice: "…I. Cuando quede comprobado que sin justa causa desobedeció las órdenes legítimas del tribunal que conozca de su asunto; II. Cuando amenace al ofendido o cualquier testigo de los que hayan depuesto o tengan que deponer en su asunto, o trate de sobornar a alguno de éstos, o de cohechar alguno funcionario del tribunal o al agente del Ministerio Público que intervenga en el caso; III. Cuando el inculpado no cumpla con alguna de las obligaciones a que se refiere el artículo 506; IV. Cuando lo solicite el mismo inculpado y se presente al tribunal; V. Cuando aparezca que el delito que se le imputa está considerado grave y no permita la concesión de la libertad caucional; VI. Cuando el fiador pida se le releve de la obligación y presente al inculpado; VII. Cuando en el proceso cause ejecutoria la sentencia condenatoria dictada en primera y segunda instancia; VIII. Cuando se le declare formalmente preso por otro delito considerado como grave, antes de que el proceso en que se le concedió la libertad concluya por sentencia ejecutoria; IX. Cuando con posterioridad se demuestre la insolvencia del fiador; X. Si desobedece la prohibición de ir al lugar donde tenga su residencia la persona ofendida por el delito o sus familiares..."

Así pues, el estudio de la libertad procesal denominada bajo caución, que tiene efectos provisionales y constituye una garantía del indiciado en la averiguación previa, pero sin que su naturaleza revista la calidad de formalidad esencial del procedimiento.

4.6.2 DESIGNACIÓN DE DEFENSOR.

El numeral 20 Constitucional, en sus fracciones IX y X, ordena: "…IX Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza… X Las garantías previstas en las fracciones V, VGII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan…"

Así pues, el autor Luis Bazdresch, en su obra Garantías Constitucionales, nos señala que las disposiciones constitucionales consagran el derecho de defensa, el cual puede ejercerse por sí o mediante asesor, para probar la inocencia en la acusación, por ello, la garantía de defensa constituye una formalidad esencial en el proceso penal, tanto en la averiguación previa como en el juicio, cuya violación produce diversos efectos jurídicos. En la averiguación previa, el no permitirse al indiciado ser asistido por defensor invalida la declaración que produzca negándole valor de prueba confesional, aunque la hubiese vertido ante autoridad competente.

Ahora bien, para ser defensor, sólo se requiere la confianza del indiciado sin que se necesite título profesional o licencia para ejercer la abogacía. El

Ministerio Público y el Juez, no pueden restringir el derecho de defensa por no poseer profesión, pues para desempeñarse como defensor voluntario, basta con que se proteste el leal desempeño del cargo, pero ante tal omisión, se le puede reconocer el carácter de defensor particular en forma tácita.

El defensor particular, al gestionar la inocencia del acusado, no debe ser objeto de limitaciones al momento de realizar sus planteamientos de defensa, de manera que el hecho de negarle la recepción de escritos, por cualquier razón, constituye una violación de las garantías de defensa y audiencia del inculpado, puesto que el derecho de defensa que constituye en sí la satisfacción de la garantía de audiencia, la cual se complementa con lo previsto en el artículo 20, fracciones VII y X de la Constitución, al ordenar que serán proporcionados al acusado todos los datos que solicite en la averiguación previa y del proceso, para preparar su defensa. (Bazdresch, 1996:201,204)

En tal virtud, cabe mencionar que el hecho de no permitir al defensor el estudio del expediente o no proporcionar los datos solicitados por el inculpado, constituye por sí mismo una violación de garantías individuales que es posible reclamar en vía de juicio de amparo, toda vez que la abstención o negativa del Ministerio Público o del Juez, en la averiguación previa o en el proceso, producen responsabilidad penal; sin embargo, en la práctica este tipo de situaciones son las más frecuentes y por qué no, cotidianas, pues se violan garantías constitucionales de los inculpados como seres humanos, pues aún cuando se encuentren sustraídos de la justicia, tienen el derecho de defensa, y pueden ejercerla a través de la persona que designen con tal calidad y el Ministerio Público y el Juez, no

pueden dejar de reconocer tal derecho y deben aceptar como asesor del inculpado a quien éste nombre para que lo defienda.

4.6.3 GARANTÍA DE OFRECER PRUEBAS.

Continuando con el análisis del numeral 20, que en sus fracciones V y X, señala: "…Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso; …X Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan…". En mérito a lo anterior, en la averiguación previa, el indiciado tiene derecho de ofrecer pruebas por sí o por conducto de su defensor, y el Ministerio Público las recibirá y ordenará su desahogo, teniendo la obligación procesal de valorar su contenido al momento de determinar el ejercicio de la acción penal o el no ejercicio de la misma.

Ahora bien, dentro de la etapa de averiguación previa se restringe el derecho de defensa y se afecta la garantía de audiencia del indiciado, puesto que el derecho de ofrecer pruebas como garantía constitucional rige dentro del proceso penal en sus diversas fases, las cuales deben ofrecerse en los términos y plazos que establece la legislación procesal ordinaria, y para su admisión, deberán ser de naturaleza que no resulten contrarias a la ley o a la moral.

Así pues, para el autor Luis Bazdresch, en su precitada obra Garantías

Constitucionales, sostiene que los beneficios probatorios que brinda la garantía constitucional, son dables para quien formalmente esté sujeto a proceso; si el acusado se encuentra prófugo, el haberse sustraído de la acción de la justicia le excluye de la hipótesis constitucional y le hace nugatorio su derecho en las pruebas.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto:

"PRÓFUGOS, GARANTÍAS DE LOS. Basta con que el indiciado se encuentre prófugo, para que la omisión de la práctica de las diligencias que promueva ante la autoridad judicial, no sea violatoria de garantías. Debe tenerse en cuenta que, según el artículo 20 de la Constitución Federal: "En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso", y conforme a la interpretación que ha dado esta Suprema Corte a la disposición transcrita, por acusado se entiende el que, habiendo sido aprehendido, queda o debe quedar sujeto a un procedimiento penal; por lo que el indiciado en una averiguación de esa índole no goza, en tanto no se le captura, de las garantías que otorga el artículo 20 Constitucional".

El inculpado sigue teniendo esa calidad en el proceso penal, no obstante estar prófugo; deja abierta la instrucción en el juicio, teniendo ahí el carácter de procesado. No puede gozar de la garantía de las pruebas, porque al sustraerse de la acción de la justicia, el efecto jurídico que produce es la suspensión del

procedimiento hasta su reaprehensión, y por tales causas no se pueden admitir y desahogar las pruebas que ofrezca, sin con ello violentar sus garantías individuales. (Bazdresch, 1996:206,209)

4.6.4. GARANTÍA DEL PROCESADO DE NO SER COMPELIDO A DECLARAR EN SU CONTRA.

El ya citado numeral 20, fracciones II y X Constitucional, prevé: "…II No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor, carecerá de todo valor probatorio; …X Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan …"

En tal virtud, como lo indica el autor Luis Bazdresch, en su ya mencionada obra, el indiciado en la averiguación previa posee el derecho constitucional de no declarar, cualquier acto de incomunicación, intimidación o tortura, invalida su declaración careciendo de valor de prueba confesional; lo anterior, independientemente de la responsabilidad penal en la que incurra la autoridad actuante con esos con esos excesos. De igual forma, en el proceso penal el derecho a no declarar subsiste, y ni el juez ni las partes pueden obligar al procesado a declarar, aún cuando sea citado como testigo por sus coprocesados, pues de igual forma, la violación de este mandato constitucional, le quita a tal declaración el valor de prueba confesional y de testimonio de calidad.

4.6.5 GARANTÍA DEL BUEN TRATO.

Todo procedimiento se halla gobernado por la búsqueda de la verdad real, material o histórica; sin embargo, esto no significa que para obtener tal fin sea admisible cualquier medio de violencia en la integridad física de un detenido. Dentro del marco legal del enjuiciamiento, la idoneidad de los medios empleados justifica el fin obtenido; el esclarecimiento de los hechos materia de la controversia.

Ahora bien, es menester que se haga del conocimiento del detenido, el contenido íntegro de las garantías individuales que le corresponden en tales situaciones, dejando constancia de ello en las actuaciones respectivas, a fin de evitar cualquier arbitrariedad cometida a ese respecto; asimismo, debe hacérsele saber la imputación existente en su contra, y de ahí que surja el derecho de designar defensor o persona de su confianza que le asista en toda diligencia, así como de abstenerse de declarar si así lo desea, pues independientemente del ilícito cometido, prevalecen sus derechos de ser tratado con dignidad.

Al respecto, el autor Barrita López, señala: "…la misma colectividad humana pide que el delincuente sea tratado así (con violencia), entonces la función del Estado no se está cumpliendo; porque la ley es la ley, y cuando es creada para ordenar y regir a una sociedad, es para que ésta última se acate a lo que disponga ella, y no a lo que diga la sociedad, ¿pues entonces para qué fue creada la ley?, si va a ser manejada por unos cuantos a su antojo o por la misma sociedad en general, en el cual buscan un fin". (Barrita, 1999:258)

CAPÍTULO 5

EL PROCESO PENAL.

Entendemos por proceso, un conjunto complejo de actos del Estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación substancial; actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para dirimirlo. En el presente capítulo se definirá al proceso, se diferenciará del procedimiento, se determinará las partes que intervienen y cuáles son sus fases y etapas.

5.1 DEFINICIÓN DE PROCESO.

El proceso encuentra su fundamento en el numeral 19 de nuestra Constitución General de la República, que en su tercer párrafo señala: "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso…" De lo anteriormente transcrito podemos concluir que todo proceso principia con el auto de formal prisión y culmina con la sentencia.

Indudablemente esta idea animó al legislador mexicano, al inferirse que quiso establecer el hecho de que el proceso debe iniciarse cuando exista la certeza de la comisión de un delito y datos de los cuales se pudiera suponer una responsabilidad. Así pues, la clásica interpretación de que el proceso se iniciaba con el auto de formal prisión, se quebrantó con la promulgación del Código Penal Federal de 1929, que en su artículo 2º, transitorio, manifiesta: "desde esta misma fecha (15 de diciembre de 1929), queda derogado el Código Penal de 7 de diciembre de 1871, así como todas las demás leyes que se opongan a las disposiciones del presente; pero deberán continuar aplicándose los que se

encuentren procesados antes de la vigencia del nuevo Código, a menos que los acusados manifiesten su voluntad para acogerse a lo preceptuado en este último".

De acuerdo con el autor Manuel Rivera Silva, proceso, "es el conjunto de actividades, debidamente reglamentadas y en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales, previamente excitados para su actuación por el Ministerio Público, resuelven sobre una relación jurídica que se les plantea. Los elementos esenciales de esta definición son:

a) Un conjunto de actividades;
b) Un conjunto de normas que regulan esas actividades, y
c) Un órgano especial que decide en los casos concretos, sobre las consecuencias que la ley prevé." (Rivera, 1973:181)

Por su parte, el licenciado Carlos E. Cuenca Dardón, señala que el proceso penal "se define como el conjunto de actividades debidamente reglamentadas por preceptos previamente establecidos, por medio de los cuales, el órgano jurisdiccional penal resuelve las pretensiones del Ministerio Público, relativas a las noticias criminales y sus consecuencias. (Cuenca, 2000:29)

De acuerdo al Doctor en Derecho, Licenciado Carlos Arellano García, proceso jurisdiccional es: "el cúmulo de actos, regulados normativamente, de los sujetos que intervienen ante un Órgano del Estado, con facultades jurisdiccionales, para que se apliquen las normas jurídicas a la solución de la controversia o controversias planteadas". (Arellano, 2002:6)

5.2 PROCESO Y PROCEDIMIENTO.

Frecuentemente se utiliza el concepto **proceso** como sinónimo de **procedimiento**; sin embargo, ha de decirse que no existe sinonimia entre ambas expresiones puesto que “procedimiento”, es la acción o modo de obrar, dicho de otra forma, constituye una serie de pasos en la realidad como consecuencias del desenvolvimiento del proceso en una actuación concreta. En cambio, en el proceso se contemplan las etapas diversas en abstracto. De lo anterior se concluye que el proceso es abstracto y el procedimiento es concreto.

Como ya quedó definido, el **proceso** es el conjunto de actos mediante los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el Juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen; es decir el proceso es todo el conjunto de etapas y de actuaciones procesales que una vez reunidas, en su conjunto van a formar lo que llamamos “proceso”.

De acuerdo al Doctor en Derecho, licenciado Carlos Arellano García, proceso jurisdiccional es: “el cúmulo de actos, regulados normativamente, de los sujetos que intervienen ante un Órgano del Estado, con facultades jurisdiccionales, para que se apliquen las normas jurídicas a la solución de la controversia o controversias planteadas.” (Arellano, 2002:6)

Ahora bien, por lo que se refiere al **procedimiento**, éste significa la composición formal del desarrollo del proceso o de una etapa de éste, pero no comprende las relaciones jurídicas que se establecen entre los sujetos del

proceso, ni la finalidad compositiva de éste. Así pues tenemos que el procedimiento son los límites a seguir, a través de los cuales se va ir formando el proceso.

De conformidad con lo que señala Francesco Carnelutti, en su obra Derecho Procesal Penal, el procedimiento es, “un camino que se desarrolla no sólo paso a paso, sino además, en ciertos puntos, por varios caminos, que en algún momento se separan el uno del otro y después vuelven a unirse; y quien procede no es sólo un hombre sino varios. De ahí la necesidad de una vinculación entre un acto y otro y entre un hombre y otro de manera que todos converjan hacia la meta común”. (Carnelutti, 2000:36)

Como ya se mencionó, el proceso y procedimiento son dos conceptos que a simple vista suelen confundirse frecuentemente, sin embargo, si cada uno de estos conceptos se analizan de una manera exhaustiva y separada, tal y como se advierte de los anteriores conceptos, se puede apreciar que se trata de dos situaciones totalmente diferentes.

Así tenemos que mientras el proceso es el género, el procedimiento es la especie, y existen algunas diferencias que podemos encontrar entre el proceso y el procedimiento, a saber:

I. Mientras el proceso es el conjunto de actos que desembocan en la sentencia, el procedimiento es la forma en que se van a llevar a cabo dichos actos.

II. En fin del proceso, es resolver la contienda dictando una sentencia, mientras que en el procedimiento el fin es la reproducción de la contienda.

III. El proceso mira al fondo de la materia, en tanto que el procedimiento mira a la forma, es decir, a lo externo.

IV. Mientras el proceso es intelectivo, pues desarrolla el conocimiento del Juez, el procedimiento es sistemático, pues se refiere al modo de lograr ese conocimiento.

V. El proceso es el desarrollo regulado por la ley de todos los actos concatenados cuyo objetivo es que se diga el derecho a favor de quien tenga la razón total o parcial, y el procedimiento es el desarrollo real de un caso en que se ha planteado una determinada controversia.

5.3 FINALIDAD DEL PROCESO PENAL.

La finalidad del proceso penal se puede resumir en un aspecto fundamental, el cual es, aplicar el derecho penal al caso concreto, esto es, que con el proceso se va a descubrir la verdad histórica del hecho, y conforme a esto se podrá aplicar la pena correspondiente.

Por tanto, la finalidad del Derecho procesal penal, se puede señalar como:

1º. La aplicación de la ley al caso concreto;

2º. Sujetar la aplicación de la ley a ciertas reglas.

A diferencia de otros procesos, en el proceso penal no se arbitra entre partes que persiguen intereses propios, debido a que no existe conflicto, sino

coincidencia de intereses entre la sociedad y el individuo, que se hace patente en la defensa social y, de ser posible, la readaptación del sujeto.

5.4 RELACIÓN PROCESAL Y SUJETOS.

Es común entender; por la mayoría de la doctrina y, específicamente por la doctrina mexicana, que al hablar de proceso entendemos la idea de que constituye una relación que trae consigo derechos y obligaciones para quienes en ella participan. Así pues, desde esa perspectiva, los autores Sergio García Ramírez y Victoria Adato Green, en su obra Prontuario del Proceso Penal Mexicano, afirman que el proceso ha sido caracterizado como una "relación jurídica autónoma y compleja, de naturaleza variable, que se desarrolla de situación en situación, mediante hechos y actos jurídicos, conforme a determinadas reglas de procedimiento, y que tiene como finalidad la resolución jurisdiccional del litigio, llevado ante el juzgador por una de las partes o atraído a su conocimiento directamente por el propio juzgador". (García y Adato, 2002:2)

En el derecho mexicano, la intervención del órgano jurisdiccional se produce por la actividad del Ministerio Público. Al respecto, son varios los puntos de vista doctrinarios respecto a los sujetos que conforman esta relación, por ello, diversos autores afirman que tiene un carácter triangular. Así, los sujetos de esta relación procesal lo serían el juzgador, el acusador y el inculpado.

El juzgador, que es el tercero imparcial llamado a resolver la contienda, se sitúa por encima de las partes; éstas a su vez, son el acusador y el imputado; sin embargo, cabe distinguir entre partes en sentido formal y en sentido material. En

cuanto a las primeras, intervienen estrictamente en el proceso mismo; las segundas lo son de la relación material que determina el litigio a cuya composición sirve el proceso. En tal virtud, se afirma el carácter de partes formales del Ministerio Público y del defensor.

En tal virtud, nuestro Código de Procedimientos Penales del Estado, enuncia como partes el proceso penal, únicamente al Ministerio Público, a quien conforme en su artículo 55, corresponde comprobar los elementos constitutivos del tipo penal y la responsabilidad de los inculpados, exigir la reparación del daño cuando deba ser hecha por el acusado y promover lo necesario para la pronta administración de justicia; al inculpado, que en el diverso numeral 58 menciona que es a quien se atribuye el delito dentro del proceso y finalmente en el artículo 64, a la parte civil, quien puede constituirse como tal por sí o por representante legítimo, para rendir e intervenir en todas las prueba sobre la existencia de los elementos constitutivos del tipo penal, la probable o plena responsabilidad penal, la situación económica del inculpado y para demostrar los daños y perjuicios que se le hayan causado por el delito, a fin de justificar el monto de la reparación que exija el Ministerio Público. (Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán, 2004:173,175)

Como es bien sabido, junto a las partes intervienen en el proceso otros sujetos ajenos a la relación principal, y se cuentan entre ellos los auxiliares de la función judicial, como son los secretarios, la policía y los servicios oficiales de pericia (peritos), y otros participantes como los testigos.

Ahora bien, dado que en el proceso penal se ventila también la relación de resarcimiento del daño privado exigible a personas diversas del inculpado, también surgen como partes de la relación procesal correspondiente tanto este tercero como el ofendido o la víctima que reclama la reparación. Así, en los últimos años se ha presentado una innovación plausible, la cual establece el carácter de sujeto procesal a favor del ofendido, por lo que se refiere a la pretensión y acción del resarcimiento, aún cuando el obligado a reparar lo sea el inculpado y no un tercero civilmente responsable por los resultados que arroje la conducta de aquél. En tal sentido se han pronunciado ya los modernos Códigos de Procedimientos Penales de Morelos (1996) y Tabasco (1997). Ambos, al igual que los códigos penales respectivos, desechan la idea de que la reparación constituye una "pena pública" y que ha de reclamarse, por tanto, a través de la acción penal que ejercita sólo el Ministerio Público.

En ese sentido, la auténtica naturaleza del deber del reparar daños y perjuicios y de la eficacia misma de la reclamación, dichos códigos estatales han recuperado el carácter de los daños y perjuicios como consecuencias civiles del ilícito penal, por tanto, el ofendido está legitimado para intervenir como actor principal en el procedimiento que se desarrolla ante el mismo juez penal que conoce de la cuestión principal; sin embargo, también es factible que el Ministerio Público actúe como actor subsidiario forzoso, cuando el ofendido lo solicita o se abstiene de ejercitar la acción reparadora.

Nuestro Código de Procedimientos Penales del Estado, en su artículo 432, menciona: "Proceso civil conexo con el proceso penal.- La acción para que se

realice la reparación del daño a la que están obligadas personas distintas del inculpado, debe ejercitarse por quien tenga derecho a ello, ante el tribunal que conozca del delito. El proceso civil se considerará conexo al proceso penal…" Así, el diverso numeral 433 del ordenamiento legal invocado indica que "todo proceso de reparación del daño exigible a terceras personas, se tramitará y decidirá conforme a lo que dispone el Código de Procedimientos Civiles para los juicios ordinarios; tendrá todos los recursos que según su cuantía concede dicho ordenamiento y se tramitará por separado, pero las partes no tendrán derecho a recusar. El proceso civil se suspenderá después de que concluya el término que se conceda al demandado para alegar, si no ha terminado la tramitación del proceso penal a fin de que en la misma sentencia se resuelva sobre la pretensión punitiva y sobre la pretensión a la reparación del daño exigible a personas distintas del inculpado. El proceso penal no se suspenderá para que en la misma sentencia se resuelva la cuestión principal del proceso civil, pero en éste podrá dictarse la sentencia posteriormente".

Respecto al recurso de apelación, indica el artículo 435 de la citada ley, que las salas penales conocerán del recurso de apelación contra las sentencias que se dicten en los procesos civiles, conexos a los procesos penales, y finalmente en el artículo 436, señala que para exigir la reparación del daño a personas distintas del inculpado, deberá ejercitarse ante el tribunal civil, cuando en el proceso penal ya exista sentencia, haya o no causado ejecutora; o cuando, concluida la instrucción no hubiere lugar al juicio penal por falta de acusación del Ministerio Público. (Código de Procedimientos Penales del Estado, 2004:300, 301)

5.5 PRINCIPIOS PROCESALES DEL PROCESO PENAL.

Para el autor José Ovalle Favela, los principios procesales "son aquellos criterios o ideas fundamentales, contenidos en forma explícita o implícita en el ordenamiento jurídico, que señalan las características principales del derecho procesal y sus diversos sectores, y que orientan el desarrollo de la actividad procesal. Estos principios tienen una doble función: por un lado, permiten determinar cuáles son las características más importantes de los sectores y ramas del derecho procesal; y por el otro, contribuyen a dirigir la actividad procesal, ya sea proporcionando criterios para la interpretación de la ley procesal, ya sea liando en la integración de la misma". (Ovalle, 2005:198)

Los principios procesales constituyen máximas o reglas que dan forma, estructuran y limitan las diferentes fases del proceso penal de forma tal que se logre el reconocimiento de derechos consagrados en la norma sustantiva. Dentro de este tipo de proceso se requiere una función protagonista, que se demuestre la iniciativa, y las cosas se decidan dialogando con las partes, como gestor social, incentivando la comunicación entre acusador y acusado.

a).- Principio de bilateralidad y contradicción. Este principio implica que cada parte tiene derecho a que se le conceda oportunidad para intervenir, defenderse y probar a su favor. La cantidad y calidad de posibilidades deben ser iguales, para que se cumpla con el principio, por tanto impone al juzgador el

deber de resolver sobre las promociones que le formule cualquiera de las partes, oyendo previamente las razones de la contraparte o, al menos, dándole la oportunidad para que las exprese.

***b).- Principio de igualdad de las partes*.** Este principio deriva del artículo 13 de la Constitución Federal e impone al legislador y al Juzgador el deber de conferir a las partes las mismas oportunidades procesales para exponer sus pretensiones y excepciones, para probar los hechos en que basen aquellas y para expresar sus propios alegatos o conclusiones.

c).- Principio de congruencia. Este principio responde a la obligación que tiene el Juez de fallar sobre la cosa, cantidad o hecho disputado, declaración solicitada. Debe necesariamente circunscribirse al marco que le fijan los hechos que constituyen el fundamento de la acusación. Solo trabajar las cuestiones que ha derivado el fiscal.

d).- Principio de economía procesal. Este principio guarda relación con el hecho de la concentración de las actuaciones y con el de celeridad del proceso. Lo cierto es que el proceso como tal debe terminar en el menor plazo posible de manera que no ocasione trastorno psicológico para los involucrados. Sin embargo hay que tener sumo cuidado y no confundir el principio de economía procesal con una apresurada administración de justicia, lo que conllevará a un proceso ineficaz.

e).- Principio de debido proceso. Está incluido en un género más amplio integrado por las garantías constitucionales del proceso. Cumple su función

garantista. Es un derecho fundamental de carácter instrumental que comparte características de los derechos de libertad porque crea una esfera para los Tribunales libres de injerencias del Estado.

f).- Principio de verdad procesal y de la valoración de la prueba. La verdad procesal o formal es aquella que resulta del proceso, es decir, es tener por cierto y verdadero lo que resulte del proceso aunque dicha prueba está en contra de la realidad.

g).- Principio de inmediación. Este principio tiene gran acogida en la doctrina, es definido por Eisner como, el principio en virtud del cual se procura asegurar que el Juez o el Tribunal se halle en permanente e intima vinculación personal con los sujetos elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias, a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa desde el principio de ella, quien a su término a de pronunciar la sentencia que la resuelva.

h).- Principio de impulso procesal de oficio. Requiere mayor impulso que los procesos comunes, está acompañado de la búsqueda de eliminar el exceso de formalismo, manteniendo intacto el necesario como para garantizar el debido proceso.

i).- Principio de gratuidad. Este principio se refleja en dos hechos fundamentales; primero que las gestiones no causarán impuesto ni gastos; y

segundo que aquellos que carezcan de medios para pagar los servicios de un abogado contarán con los abogados de oficio.

j).- Principio de oralidad. Este principio se relaciona íntimamente con la inmediación. Cuando se habla de oralidad se entiende que son aquellos procesos por audiencias. En dicho orden de ideas debemos apuntar que la audiencia conjunta es el momento culminante en el acople intersistemático, aquél en que el sistema víctima-victimario se encuentra con el sistema judicial.

Esto es así porque lo que se quiere perseguir es depurar el proceso, pues en esta etapa se puede palpar la verdadera situación máxime cuando ambas partes (los verdaderos protagonistas) están presentes y acuerdan.

k).- Principio de confidencialidad. ¿Qué es reservado?. Una respuesta adecuada sería cuando sólo pueden tener acceso al expediente los apoderados, las personas que tengan interés legítimo, pudiendo sacar copias el expediente. La confidencialidad radica, en la reserva absoluta de lo que se dice en las audiencias de mediación, lo único de lo que quedará constancia es del acuerdo; es decir, los documentos que se muestran, lo hablado por las partes, la realidad del hecho acaecido, es conversado, bajo la garantía absoluta de confidencialidad; que abarcará a todos los intervinientes en el proceso (Juez, Agente del Ministerio Público, órgano de defensa, y colaboradores eventuales). (Ovalle, 2005:201)(http://www.mediadoresenred.org.ar/publica/efectospsico/dermedpenal/medpenal/.html)

5.6 ETAPAS DEL PROCESO PENAL.

El proceso tiene cuatro etapas:

a).- Instrucción.

b).- Período de preparación del juicio.

c).- Audiencia de vista.

d).- Sentencia.

A continuación se explicará cada una de las etapas para comprender en qué consisten y los períodos que abarcan.

La instrucción, que tiene como finalidad ilustrar al juez para que pueda cumplir con su misión. Comienza con el auto de formal prisión o de sujeción a proceso y termina con el auto que declara cerrada la instrucción, en este período se aportan los datos que necesita conocer el juez para preparar la sentencia. Este es el periodo del procedimiento que se encuentra destinado a las fases de ofrecimiento, admisión o desecamiento, preparación y desahogo de las pruebas, durante la instrucción, el tribunal que conozca del proceso deberá tomar en cuenta las circunstancias peculiares del inculpado, allegándose datos para conocer su edad, educación e ilustración; sus costumbres y conductas anteriores; los motivos que lo impulsaron a delinquir; sus condiciones económicas, las especiales en las que se encontraba en el momento de la comisión del delito y las circunstancias particulares de consumación o ejecución del delito; asimismo la instrucción deberá de terminarse en el menor tiempo posible. En el derecho Procesal Penal, el Juez para efectos de dar cumplimiento a su función decisoria, y dictar una sentencia

justa, requiere conocer los hechos delictuosos imputados a una persona y a la persona misma, datos estos que podrá obtener a través del conocimiento que le es llevado por medio de las pruebas aportadas por las partes.

El período preparatorio a juicio, tiene como fin, que las partes precisen su oposición, basándose en los datos obtenidos durante la instrucción y que se manifiesta en las conclusiones. Esta etapa principia con el auto que declara cerrada la instrucción, y termina con la citación para la audiencia de vista, su contenido se encuentra en las conclusiones que formulan las partes.

Ahora bien, tratándose de procedimiento sumario, es decir cuando nos encontremos dentro de alguno de los supuestos a que se refieren las fracciones I y II, del artículo 365, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán, en el auto que resuelva sobre la admisión de pruebas se señalará fecha para la celebración de la audiencia, la cual se realizará dentro de los tres días siguientes, en la cual, se llevará a cabo la recepción de pruebas, y una vez terminada esta, las partes y el defensor deberán formular verbalmente sus conclusiones, cuyos puntos esenciales se harán constar en el acta de audiencia; el juez podrá dictar sentencia en la misma audiencia o disponer de un término de tres días.

Tratándose de procedimiento ordinario, esto es cuando el caso en concreto no se adecué a los supuestos a que se refieren las fracciones I y II, del citado numeral 365, el diverso numeral 259 del Código invocado señala que en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, se ordenará poner la causa a la vista de las partes y la defensa en una audiencia que se celebrará dentro de los quince días

siguientes a la notificación de dichos autos para que propongan las pruebas que estimen pertinentes, las que admitidas, se desahogarán dentro de los treinta días posteriores, y una vez concluido el plazo anterior, o antes si estuviesen reunidos todos los medios de convicción, el juez dará por finalizado el término probatorio y requerirá a las partes y al defensor para que en el plazo de tres días manifiesten si tienen alguna prueba más que ofrecer, y si las partes y el defensor al contestar el requerimiento ofrecieren pruebas, determinarán éstas de modo preciso, y el juez, si las estima pertinentes, concederá un plazo adicional no mayor de diez días para recibirlas.

De acuerdo con lo establecido en el numeral 336, concluido el término probatorio y el adicional, si fuere concedido, el juez, de oficio o a petición de parte, pondrá el proceso a la vista del Ministerio Público para que formule conclusiones por escrito, en el plazo de diez días hábiles, y si el expediente excediere de trescientas fojas, se aumentará, al plazo señalado, un día por cada cien de exceso o fracción, sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles. (Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán, 2004:50,51,60,62)

Período de audiencia, su finalidad es que las partes se hagan oír por el órgano jurisdiccional, respecto de la situación que se ha sostenido en el período de preparación. Abarca precisamente la audiencia de vista, y su contenido es un conjunto de actividades para señalar lo que les convenga o hacerse oír ante el juez.

La palabra audiencia tiene en el lenguaje jurídico diversas acepciones que nos vienen del antiguo Derecho Español: La audiencia fue el Tribunal Superior de

una o más provincias, compuesto de ministros togados, que representa la persona del Rey en la administración de justicia. Se llamó también audiencia, al lugar destinado para dar audiencia, esto es, el sitio o edificio en que se reúnen los jueces para oír o decidir los pleitos y causas; lleva también el nombre de audiencia cada una de las sesiones del tribunal, es decir, el tiempo en el que están reunidos los ministros; audiencia es también el territorio por el que se extiende la jurisdicción de cada tribunal; el acto de oír los soberanos, superiores y ministros, a las personas que tienen negocios pendientes y enterarse de las razones que las apoyan.

En esta etapa, una vez aceptadas las conclusiones de las partes, el siguiente acto procesal es la celebración de la audiencia final, y ésta siempre está condicionada a que se hayan realizado los actos preparatorios procesales denominados conclusiones, y a la fijación y notificación de fecha para la celebración de la audiencia.

En este período sólo habrá una audiencia de alegatos para que las artes verbalmente señalen lo que consideren importante, pero en la práctica se realiza de manera ficta, es decir, cuando mucho se ratifican las conclusiones que previamente se han elaborado.

La sentencia o fallo, tiene como fin, declarar el derecho al caso concreto. Esta etapa abarca desde el momento en que se declara visto el proceso hasta que se pronuncia la sentencia. Es también el acto de Autoridad Judicial con que se satisface la garantía de justicia consagrada en el artículo 17 Constitucional.

Según el autor Carlos E. Cuenca Dardón, “la palabra sentencia, proviene del latín *sentencia,* que significa máxima, pensamiento corto, opinión, sentir del juez, y la podemos definir como la resolución con la que el órgano jurisdiccional pone fin al procedimiento penal de primera instancia”. (Cuenca, 2000:112)

La sentencia por tanto, es el acto culminante de la función jurisdiccional y en ella se tiene como finalidad determinar si está comprobado plenamente la existencia de un delito, y si está comprobada plenamente la responsabilidad penal del inculpado, y decidir por consecuencia si debe aplicarse o no las sanciones establecidas en la ley y en caso afirmativo llevar a cabo la individualización de las penas. De acuerdo al Diccionario Jurídico Mexicano, de la Universidad Nacional Autónoma de México, sentencia viene del latín que significa la resolución que pronuncia el Juez o Tribunal para resolver el fondo del litigio, conflicto o controversia, lo que significa la terminación normal del proceso. Si bien el concepto estricto de sentencia es el de resolución que pone fin al proceso decidiendo el fondo del litigio, se han calificado como tales otras resoluciones que no tiene estás características y a la inversa, lo que ha provocado confusión especialmente en la legislación y en la jurisprudencia.

En materia penal las sentencias definitivas pueden ser de dos tipos: Sentencias Condenatorias y Sentencias Absolutorias.

Para dictar una sentencia condenatoria se necesita comprobar los siguientes elementos: los elementos del tipo penal, la plena responsabilidad del acusado, la imputabilidad del sujeto, la culpabilidad con que actuó (dolo o imprudencia), la ausencia de causas excluyentes de incriminación.

Reunidos los elementos anteriores queda justificada la procedencia de la acción penal, o lo que es lo mismo, la existencia del derecho del Estado para que se castigue al delincuente en su caso concreto.

Si las conclusiones del Ministerio Público, señalan camino y límite para la condena, cabe decir que la sentencia condenatoria no puede ser por delito distinto al que refieren las conclusiones, ni puede excederse en la penalidad de los límites invocados también en las propias conclusiones. En la sentencia condenatoria se presenta el capítulo de la reparación del daño, que tiene en nuestro derecho el carácter de pena pública, cuando es exigida al delincuente.

La sentencia absolutoria debe dictarse en los siguientes casos:

I. Cuando hay plenitud probatorio de que el hecho no constituye un ilícito penal;

II. Cuando hay plenitud probatorio de que al sujeto no se le puede imputar el hecho;

III. Cuando hay plenitud probatorio de que el sujeto no es culpable (ausencia de dolo o de omisión espiritual);

IV. Cuando está acreditada la existencia de un caso de justificación o de una excusa absolutoria;

V. Cuando falta la comprobación de un elemento constitutivo del cuerpo del delito o pruebas suficientes que acrediten la plena responsabilidad.

VI. En caso de duda.

En los cuatro primero casos, no hay carencia de prueba, sino pruebas suficientes de la atipicidad del acto, de la inimputabilidad, de la falta de culpabilidad o de la presencia de una causa de justificación o excusa absolutoria.

En el quinto caso hay carencia de prueba: las aportadas no son suficientes para acreditar plenamente el cuerpo del delito o los elementos necesarios para la existencia de la responsabilidad; en el caso de duda, en contra de lo que muchos sostienen e incluso ha afirmado nuestro máximo Tribunal, no hay carencia de prueba, sino prueba suficiente para la afirmación y para la negación: cuando se tiene igual número de elementos para negar o afirmar, es cuando se presenta la duda, en cuanto que no se puede inclinar al Juzgador hacía los elementos de negación o los de afirmación.

Las resoluciones judiciales son el nombre genérico con que son denominados las declaraciones de voluntad producidas por el Juez o por el colegio judicial, que tienden a ejercer sobre el proceso una influencia directa o inmediata éstas forman parte de los actos del Órgano Jurisdiccional, aunque sin comprenderlos a todos, puesto que dentro del proceso existen de hecho infinidad de actuaciones, que no constituyen resoluciones del Juez o del Tribunal.

Así pues, las resoluciones judiciales se caracterizan:

a).- Por ser actos de jurisdicción;

b).- Porque mediante ellos el órgano declara su voluntad y ordena o prohíbe algo;

c).- Por actos unilaterales del tribunal que conoce del proceso, y;

d).- Porque mediante ellos se instruye el proceso a la causa, se resuelve el litigio, o se pone fin o se suspende el juicio.

5.7 SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO.

La acusación, defensa y decisión pueden revestir en el proceso diferentes formas, constituyendo los sistemas de enjuiciamiento que deben distinguirse de los órdenes procesales: los últimos son productos históricos, es decir, lineamientos que aluden a la legislación de un pueblo en una época determinada y los sistemas de enjuiciamiento no son patrimonio de una legislación específica, son productos de principios extraídos de manifestaciones históricas.

La tradición científica señala tres sistemas de enjuiciamiento, a saber:

1. Sistema acusatorio;
2. Sistema inquisitivo, y
3. Sistema mixto.

I. El sistema acusatorio tiene las siguientes características:

A) En relación con la acusación:

1. El acusador es distinto del juez y del defensor, es decir, quien realiza la función acusatoria es una entidad diferente de las que realizan la función defensiva y decisoria;

2. El acusador no está representado por un órgano especial;

3. La acusación no es oficiosa (allí donde no hay acusador o demandante, no hay juez);

4. El acusador puede ser representado por cualquier persona, y

5. Existe libertad de prueba en la acusación.

B) En relación con la defensa:

1. La defensa no está entregada al juez;

2. El acusado puede ser patrocinado por cualquier persona, y

3. Existe libertad de defensa.

C) En relación con la decisión:

1. El juez exclusivamente tiene funciones decisorias.

En este sistema procesal, las funciones se expresan de la siguiente manera: la instrucción y el debate son públicos y orales.

En el sistema acusatorio, prevalece el interés particular sobre el interés social. Una legislación que siguiera al pie de la letra el sistema mencionado, impelería al Derecho penal hacia los ámbitos del Derecho privado.

II. El sistema inquisitivo posee las siguientes características:

A) En relación con la acusación:

1. El acusador se identifica con el juez;

2. La acusación es oficiosa.

B) En relación con la defensa:

1. La defensa se encuentra entregada al juez;

2. El acusado no puede ser patrocinado por un defensor, y

3. La defensa es limitada.

C) En relación con la decisión:

1. La acusación, la defensa y la decisión se concentran en el juez, y

2. El juez tiene una amplia discreción en lo tocante a los medios probatorios aceptables.

En lo que atañe a las formas de expresión, prevalece lo escrito sobre lo oral y la instrucción y el juicio son secretos. En el sistema inquisitivo predomina el interés social sobre el interés particular. No espera la iniciativa privada para poner en marcha la maquinaria judicial; oficiosamente principia y continúa todas las indagaciones necesarias. Es de señalarse, como dato importante, el fuerte vigor que adquiere la teoría general de la prueba, la cual engendra el tormento. En efecto, en tanto que el valor probatorio está rigurosamente tasado, se busca sin desmayo una prueba plena, por ejemplo la confesión, utilizándose para ello el tormento.

III. El sistema mixto no se forma, como muchos tratadistas creen, con una simple mezcla de los dos anteriores, predominando el inquisitivo en la instrucción y el acusatorio en la segunda fase del proceso. El licenciado Javier Piña Palacios, estima, atinadamente, que el sistema mixto tiene una característica que le permite enfrentarse, como sistema autónomo, a los otros dos y que ésta reside en que la acusación está reservada a un órgano del Estado.

Sintetizando las características del sistema mixto tenemos lo siguiente:

a) La acusación está reservada a un órgano del Estado;
b) La instrucción se acerca mucho a la del sistema inquisitivo, prevaleciendo, como formas de expresión, la escrita y secreta, y
c) El debate se inclina hacia el sistema acusatorio, y es público y oral.

El sistema que anima la legislación mexicana, es el mixto pues es al que más se acerca, máxime que posee la característica esencial de ese sistema: la acusación reservada a un órgano especial. La tesis sostenida por algunos procesalistas en el sentido de que nuestro derecho se alimenta en el sistema acusatorio, se encuentra totalmente desvirtuada por el hecho de que nuestra ley permite al juez cierta inquisición en el proceso, lo cual riñe, de manera absoluta, con el simple decidir que lo caracteriza en el sistema acusatorio. (Rivera, 1973: 186-189)

5.8 ENJUICIAMIENTO PENAL.

Se ha discutido en diversos foros sobre la necesidad de transformar el proceso penal en México, apuntando hacia la conveniencia de implementar los "juicios orales", y debido a la materia que nos ocupa y quienes hayan podido ejercer la tarea de la abogacía en materia penal, o bien participado en la acusación e inclusive en la función de juzgar, saben que se trata de un proceso por demás lento, tortuoso y cargado de inconsistencias, por ello, en el presente capítulo se analizarán algunos órganos de enjuiciamiento diferentes.

5.8.1 PANORAMA ACTUAL DEL PROCESO PENAL EN MÉXICO.

Primeramente, cabe mencionar que derivado de nuestra forma de gobierno, cada uno de los Estados que conforman la República Mexicana (artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), se ha ocupado de expedir, un código penal y uno de procedimientos penales, ello trae como

consecuencia que existan 32 códigos estatales (sustantivos y adjetivos) y un código federal (sustantivo y adjetivo) la confusión y los problemas que ello genera son palpables, pues mientras que en alguna entidad federativa la edad penal comienza los dieciséis años, en otras lo es a los dieciocho, mientras que en el Distrito Federal no existe el delito de Adulterio, en el ámbito federal aún así se sanciona. Lo mismo pasa en materia procesal, pues no obstante que en la mayoría de los Estados se ha seguido el modelo federal, los términos y plazos para ofrecer pruebas, para formular conclusiones y para intervenir en el proceso llevan a toda una maraña legislativa que redunda en contra de la impartición de justicia.

Al respecto, debemos responder una pregunta inicial que es ¿qué sistema procesal tiene nuestro país? Es decir, precisar si se trata de un sistema inquisitivo o acusatorio, y el punto es que como la mayoría de los sistemas jurídicos actuales, en México, se sigue un sistema mixto, es por ello que tenemos un órgano de acusación, como en el caso acusatorio, durante la investigación se prefiere la escritura como en el inquisitivo; tenemos dividido al acusador del juzgador como en el acusatorio, se tienen etapas de oralidad expresa como en el acusatorio, y algunas pruebas tasadas y otras de libre apreciación como el inquisitivo y acusatorio, respectivamente, por ello es dable afirmar que nuestro proceso penal no representa una puridad sistémica.

De igual forma, se debe precisar que por disposición constitucional, el proceso penal debe atender en forma obligatoria diversos principios, así tenemos al de debido proceso legal (artículo 14, segundo párrafo), al principio de legalidad

(artículos 14 párrafos primero y tercero; 16 primer párrafo); principio de defensa (artículo 20, apartado A, fracción IX), el de celeridad (artículo 17, párrafo segundo y 20, apartado A, fracción VII), de contradicción (artículo 20, apartado A, fracción V), el de publicidad (artículo 20 apartado A, fracción VI) entre otros, y todos estos principios son recogidos por los códigos procesales.

Así pues, en la actualidad nuestro proceso penal se desarrolla en las siguientes etapas: a) averiguación previa, dirigida por el Ministerio Público; b) la de preinstrucción que se lleva a cabo ante un juez instructor, c) la de instrucción que se desarrolla ante el mismo juez, la de primera instancia, que es realmente la etapa del juicio mismo y que se desarrolla ante el mismo juzgador, d) la de segunda instancia que consiste en una etapa de revisión de la legalidad del proceso mismo y que se lleva a cabo ante un tribunal colegiado compuesto de tres magistrados, el de ejecución que se tramita ante el Poder Ejecutivo, y finalmente el relativo a los inimputables.

Como se puede observar, de la simple lectura de las secuencias procesales se puede advertir que no puede ser rápida su tramitación, y que la realidad nos muestra que desde el inicio hasta la etapa de la primera instancia, en la gran mayoría de los casos, se llega conculcar la garantía de celeridad que ordena dictar sentencia antes de cuatro meses, si la pena no excede de dos años de prisión y antes de un año si excede. (www.bibliojurídica.org/libros/4/1655/3.pdf)

De lo anterior se concluye que en la actualidad el proceso penal en México es mixto, se lleva a cabo bajo el mandato constitucional de observar diversos principios clásicos de tradición procesal penal, cuenta con diversas etapas y en el

desahogo de las mismas se exceden los plazos máximos que prevé la Constitución Federal.

5.8.2 PROCESO PENAL EN OTROS PAÍSES.

Chile. A partir del año 2000 se encuentra un nuevo código procesal que alcanza su vigencia plena en el 2004, en él se introdujeron figuras como el acceso a la acción penal por la víctima, la justicia consensuada, el procedimiento abreviado, prevaleciendo la sana crítica para la valoración probatoria, cuando el órgano de investigación no concluye con ella, el propio juez puede ordenar su cierre, el Ministerio Público funciona como órgano autónomo, también se crea la figura del Juez de Garantía y los Tribunales de Juicio Oral.

Paraguay. Se busca dar base a su proceso penal en el sistema acusatorio y para ello dividen al órgano de acusación del que enjuicia, dan preferencia al juicio oral por sobre el escrito, se establece en forma expresa la presunción de inocencia, plantea una fase llamada fase intermedia, con una audiencia preliminar, la que equivale en nuestro Derecho a la Declaración Preparatoria y al término constitucional para resolver la situación jurídica de un imputado, la diferencia consiste que en Paraguay los plazos para la presentación de pruebas, desahogo y resolución son de varios días y no de sólo 72 o en el mejor de los casos 144; además de que el juez tiene la facultad de llevar a cabo y procurar la conciliación de las partes.

Argentina. Este país cuenta con un solo Código Penal Nacional, pero también padece la abundancia de Códigos Procesales por cada provincia,

constitucionalmente tienen previsto el juicio por jurados pero en la práctica no se han instaurado más que en algunas provincias; aquí se propugna por una expansión del principio de oportunidad, da claras muestras de tener un sistema mixto, aunque en ocasiones con una mayor al inquisitivo y en otras al acusatorio, cuentan con el sistema de sana crítica para la valoración probatoria, pero también con la iniciación de oficio para todas las acciones penales, con una inclinación hacia el juicio oral, pero a la vez con el Juez de Instrucción en ciertas provincias.

España. Realizando una comparación de nuestro proceso penal con el español, se puede encontrar como relevante la reforma que realizaron en el 2002 a la "*Ley del Enjuiciamiento Criminal sobre Procedimiento para el Enjuiciamiento Rápido e Inmediato de Determinados Delitos y Faltas y de Modificación al Procedimiento Abreviado,* a partir de ella se comenzó a trabajar en el principio de consenso, que no es otra cosa que la eventual posibilidad de dar por terminado un proceso penal mediante la convención de las partes; una forma más de reducción del tiempo para juzgar es el consistente en que una vez concluido el juicio oral pero previo al dictado de la sentencia se proceda a la "negociación" entre acusador y acusado en relación con el *quantum* de la pena contra la falta de actividad por parte de la defensa, lo que de conformidad con los artículos 791.3 y 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en esencia establecen en el caso del primero, *que abierto el juicio oral, se emplaza a los acusados con la entrega del escrito de acusación para que una vez nombrado su abogado, en el plazo de cinco días presenten sus escritos de defensa y en dicho escrito la defensa puede manifestar su conformidad con el escrito de acusación, o inclusive presentar el*

escrito en forma conjunta al escrito de acusación del Ministerio Fiscal. Y respecto del segundo de los artículos citados refiere que *antes de iniciar la práctica de prueba, acusación y de defensa, con la conformidad del acusado presente podrán pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación, sin que pueda referirse a hecho distinto ni tampoco siendo necesario que la pena no exceda de 6 años."* (www.bibliojurídica.org/libros/4/1655/3.pdf)

Así pues, en el proceso español predomina la libertad de criterio para llevar a cabo la actividad de valoración probatoria, lo que no implica necesariamente una forma arbitraria de valorar, puesto que dicha libertad se encuentra acotada por los principios constitucionales como lo es el de presunción de inocencia, por la negativa de admisión de "pruebas prohibidas", por la exigencia de que las pruebas cumplan con los requisitos de contradicción, publicidad e inmediación entre otros.

En España también se prefiere a la oralidad sobre la escritura, y ello es así debido a que en otros países no es factible encontrar un proceso estrictamente oral o absolutamente escrito.

Como un dato relevante a considerar es el hecho de que en el proceso penal español se cuenta con un órgano oficial de acusación, pero también con otros acusadores, un denominado acusador popular quien puede ser todo ciudadano español, éste acusador ejercita lo que se denomina como acción popular, se presenta su efectividad prácticamente en relación con que afectan intereses colectivos, bienes jurídicos supraindividuales. El otro acusador es el acusador particular, quien básicamente sería en nuestro derecho la víctima, el

ofendido por la conducta delictiva, por supuesto que en este caso ya no se restringe la procedencia de su actuación a los sólo ciudadanos españoles; finalmente se cuenta con el acusador privado el que actúa en todos los casos de los delitos perseguibles por querella necesaria.

Por último, es de destacar el hecho de que en el año 2002 se realizaron reformas al proceso penal español que dieron lugar al enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y la modificación del procedimiento abreviado. Pensado en agilizar la respuesta penal se estableció este procedimiento acelerado (esto debe tenerse en cuenta, pues el procedimiento acelerado es distinto del abreviado que dilata más) en el que limitando sus casos de procedencia a aquellos delitos que se tienen catalogados; debe ser un delito flagrante, es necesario presumirse la realización de una fase instructiva sencilla, todas las diligencias de instrucción deben acordarse y practicarse en el tiempo que dure el servicio de guardia del Juzgado de instrucción, y este juez instructor es quien finalmente determina si se continúa con el procedimiento acelerado para concluirlo en la etapa del juicio oral, o bien se da inicio a un juicio abreviado que tiene otros términos.

CAPÍTULO 6

LA ORDEN DE APREHENSIÓN.

Todo acto previsto por la ley como delito, una vez satisfechos los requisitos de procedibilidad, denuncia o querella, según se trate de un delito público o privado, el agente del Ministerio Público investigador, al concluir la indagatoria de ese hecho delictuoso, por naturaleza de su función procederá al dictado del acuerdo en donde ejercite la acción penal al tener por comprobados los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal de persona determinada en su comisión, provocando la función jurisdiccional, consistente, en primer lugar, si se trata de una indagatoria sin reo presente, de solicitar al órgano jurisdiccional dicte la orden de aprehensión cuando el delito objeto de la acción penal tenga señalada pena privativa de la libertad.

6.1 REQUISITOS PARA LIBRAR ORDEN DE APREHENSIÓN.

El numeral 16, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala que no podrá librarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querella de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con penal privativa de la libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado. Así pues, derivado de ese mandato constitucional, el artículo 225 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Michoacán, establece que “para que un juez pueda librar orden de aprehensión contra una persona se requiere:

I. Que el Ministerio Público la solicite;

II. Que el delito imputado tenga señalada cuando menos pena privativa de la libertad;

III. Que haya precedido denuncia, acusación o querella de un hecho determinado que la ley señale como delito; y,

IV. Que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado". (Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán, 2004:46)

De lo anterior se colige que por mandato establecido en nuestra Carta Magna, ninguna persona puede ser molestada en su persona sino por mandamiento escrito derivado de una autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

6.2 FINALIDAD DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN.

Constitucionalmente se establece que una vez reunidos los requisitos a que se hizo referencia en el contenido temático que antecede, y cuando la autoridad judicial, haya librado la orden de captura correspondiente, la autoridad que deba ejecutarla, en este caso la policía ministerial, utilizando los medios a su alcance deberá poner al indiciado a disposición del juez sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad; sin que en este caso sea de interés de la autoridad ordenadora el cómo se ejecute dicha orden de aprehensión.

Ahora bien, el precepto 29 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán, regula el procedimiento a seguir respecto a la presentación del

indiciado ante la Representación Social, y al efecto indica que “cuando el indiciado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato de la siguiente forma:

V. Se hará constar por quien haya realizado la detención o ante quien aquél haya comparecido el día, hora y lugar de la detención o de la comparecencia, así como, en su caso, el nombre y cargo de quien la haya ordenado. Cuando la detención se hubiese practicado por una autoridad no dependiente del Ministerio Público, se asentará o se agregará, en tal hipótesis, la información circunstanciada suscrita por quien la haya realizado o haya recibido al detenido;

V. Se le hará saber la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante o querellante;

V. Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y particularmente en la averiguación previa los siguientes:

a. No declarar si así lo desea, o en caso contrario, declarar asistido por su defensor;
b. Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;
c. Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación;

d. Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación, sin afectar el sigilo de la misma respecto de diversos indiciados o hechos no relacionados con él;

e. Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca y que se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediéndosele el tiempo necesario para ello, siempre que no se traduzca en entorpecimiento de la averiguación y las personas cuyos testimonios ofrezca se encuentren en el lugar donde aquélla se lleve a cabo. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas ofrecidas por el indiciado o su defensor en la indagatoria, una vez consignada ésta, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas; y,

f. Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforme lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los términos del artículo 493 de este Código.

Para efectos de los incisos b) y c) se le permitirá al indiciado comunicarse con las personas que él solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de comunicación del que se pueda disponer, o personalmente, si ellas se hallaren presentes.

De la información al indiciado sobre los derechos antes mencionados, se dejará constancia en las actuaciones;

V. Cuando el detenido fuere un indígena o extranjero que no hable o no entienda suficientemente el español, se le designará un

traductor que le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Si se tratare de un extranjero, la detención se comunicará de inmediato a la Secretaría de Gobernación; y,

V. En todo caso, se mantendrán separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de detención o reclusión".

De lo anteriormente expuesto se advierte que efectivamente, cuando un indiciado comparece ante el agente del Ministerio Público, es obligatorio para dicha Representación Social el llevar a cabo el procedimiento establecido en el referido precepto 29, respetando los derechos y otorgando las garantías constitucionales a que se hizo referencia en el mismo; empero, contrario a lo anterior, no existe disposición alguna que imponga a los Jueces de Primera Instancia en Materia Penal, de nuestra Entidad Federativa, recibir las presentaciones voluntarias de los indiciados que comparezcan a sujetarse a su jurisdicción, cuando no se trata de un delito grave y que por ende, pueden obtener el beneficio de la libertad provisional bajo caución.

Lo anterior es así, toda vez que al no existir el mandato legal que regule las actuaciones de los juzgadores en ese sentido, decidirán a su libre arbitrio si reciben o no la comparecencia solicitada, es decir, queda pues a consideración de su sentido humanista el otorgar el debido valor de un derecho tan imprescindible como lo es la libertad misma, y tener en el momento mismo por cabalmente cumplida una orden dictada para ese mismo efecto, que lo es el llevar al indiciado ante su presencia a responder de los hechos delictuosos que se le imputan, concediéndole el derecho de caucionar su libertad mediante la garantía

correspondiente y con ello evitar al indiciado el menoscabo y la pena de ser puesto a su disposición por medio de la fuerza pública, exponiéndolo al rechazo social.

Cabe mencionar que, si bien es cierto que nuestra legislación actual no prevé el caso de que un indiciado se presente voluntariamente ante los jueces de Primera Instancia, en cumplimiento a una orden de aprehensión, no existiendo por ende una norma que los obligue a recibirlos, y por tanto, pueden decidir si reciben o no dicha presentación, no menos cierto es que al ser la libertad un derecho fundamental del ser humano, el juzgador en un sentido humanitario debe atender a sus principios fundamentales y éticos sin olvidar que la envestidura que ostenta como autoridad encargada de impartir justicia, no debe contraponerse a su calidad humana, pues en el caso concreto ocasionaría un daño mayor apegándose estrictamente a la legalidad que siendo justo.

Es necesario pues, propiciar la creación de una norma en nuestro Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán, donde se imponga a los jueces de Primera Instancia en Materia Penal, la obligación de atender a los indiciados que comparezcan voluntariamente a someterse ante ellos, en cumplimiento a una orden de aprehensión por delito no grave, apegándose para ello a un procedimiento que garantice su seguridad jurídica, lo cual implica que se respeten sus garantías individuales y se le fije una garantía que caucione su libertad provisional.

CAPÍTULO 7

LA PRESENTACIÓN VOLUNTARIA DE LOS INICIADOS ANTE LOS JUZGADORES DEBE REGULARSE ADICONANDO EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE MICHOACÁN, CON EL ARTÍCULO 29 BIS.

En el presente capítulo se realizará el análisis e interpretación de los resultados obtenidos durante el desarrollo del presente trabajo de investigación, y que como se pudo observar, las hipótesis planteadas al inicio del mismo, han quedado corroboradas como más adelante se expondrá.

Pues bien, como ya se analizó en el apartado correspondiente, el artículo 16 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece, que no podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querella de un hecho que la ley castigue con pena corporal y sin que estén apoyadas aquéllas por declaraciones bajo protesta, de persona digna de fe o por datos que hagan probable la responsabilidad del acusado, entonces pues, como ya quedó establecido en el capítulo correspondiente, la orden de aprehensión es la resolución judicial en la que con base al pedimento del agente del Ministerio Público, y satisfechos los requisitos del artículo 16 constitucional, se ordena la captura de un sujeto determinado, para que sea puesto de inmediato, a disposición de la autoridad que lo reclama, o requiere, con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye.

Como también ha quedado establecido, nuestra ley secundaria local, prevé el caso de que un indicado fuese detenido o se presente voluntariamente ante el agente del Ministerio Público y para tal efecto establece el procedimiento que dicha Representación Social debe seguir para hacer saber al citado indiciado los derechos que nuestra Carta Magna consagra a su favor, incluyendo el de fijar una garantía que le permita continuar disfrutando de su libertad; empero, contrario a lo

anterior, no se prevé el caso de que un indiciado se presente de forma voluntaria ante los Jueces de Primera Instancia en Materia Penal, existiendo por ello una laguna en nuestra legislación local, que deja al libre arbitrio de los Jueces decidir si reciben o no la presentación del indiciado, vulnerando con ellos sus garantías, puesto que no debe representar un obstáculo para el presunto infractor, el que no sea llevado por conducto de los auxiliares del Ministerio Público, en este caso, la policía.

Por otro lado, si bien es cierto que el indiciado puede acudir al juicio de amparo para asegurar que el Juez de manera obligada reciba su presentación, no menos cierto es que esta medida no es en todos los casos accesible a sus posibilidades económicas, por lo cual no resulta la opción más viable.

En tal virtud, y partiendo de lo previsto por la fracción I, del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece nítidamente la garantía individual del derecho a la libertad, siempre y cuando el delito materia de la imputación no sea considerado grave, y no obstante que esa norma esté dirigida al inicio del proceso, resulta lógico, tomando en cuenta la intención del constituyente, que el mensaje es establecer el hecho de que la libertad es imprescindible, lo cual significa que un indiciado puede solicitar su libertad provisional bajo caución desde el momento en que se da cuenta, por cualquier medio, que existe indagatoria en donde resultó presunto responsable de la comisión de un delito no considerado como grave por la ley adjetiva penal, por razón del ejercicio de la acción procesal penal efectuada por el órgano técnico investigador; en tal virtud, el órgano jurisdiccional debe, por mandato

constitucional, fijar inmediatamente la caución que como fianza debe exhibir el indiciado para gozar de su libertad provisional, empero, como en la ley adjetiva secundaria local, no existe norma alguna donde se regule la presentación voluntaria del indiciado ante el órgano jurisdiccional ante quien se ejercitó la acción procesal penal, es la causa por la cual los Jueces de Primera Instancia en Materia Penal, actúan a su libre arbitrio, a veces humanamente y acatando el principio de que la libertad es imprescindible; sin embargo, otros se niegan a fijar la fianza cuando el inculpado se presenta voluntariamente ante ellos con la finalidad de que su garantía constitucional de libertad les sea concedida, y el argumento toral lo es precisamente el hecho de no existir norma adjetiva penal alguna que los obligue a fijar la fianza antes de obsequiar al agente del Ministerio Público la orden de aprehensión solicitada, o porque ya dictada, argumentan no ser autoridades ejecutoras y que es menester la ejecución de la orden de aprehensión por parte de quien lo debe hacer, y es hasta cuando el indiciado es puesto a su disposición, cuando están en condiciones de resolver sobre la solicitud de libertad provisional bajo caución.

Ambos argumentos violentan la garantía constitucional de libertad por ser ésta imprescindible, y esos argumentos ocasionan perjuicio al indiciado que se encuentra en esta hipótesis, por la razón de que el objetivo legal de la orden de aprehensión, es llevar ante la presencia del juez que dictó dicha orden, al indiciado, y si éste cumple voluntariamente con el objetivo de la orden, no existe razón para que los juzgadores se nieguen a fijar la fianza cuando el delito de la imputación no es considerado grave y se someten a la jurisdicción del Juez que

los reclama, sin que para lo anterior resulte obstáculo el hecho que no se encuentren recluidos en el Centro de Readaptación Social, pues en su caso, el Juez debe girar la boleta de libertad correspondiente.

Por todo lo anterior, es menester resaltar que la función primordial de los juzgadores, es la de aplicar justicia con imparcialidad, circunstancia tal que no siempre va de la mano con el sentido humano; sin embargo, al existir los lineamientos que deben marcar su correcto proceder, éstos no pueden apartarse de ellas, respetando ante todo los derechos humanos inherentes al individuo, debe actuar profesionalmente, dejando de lado las cargas de trabajo o cualquier situación que quede bajo su apreciación personal, por ello es de fundamental importancia que cubriendo la laguna existente en nuestra legislación local, de manera clara y precisa se regulen las presentaciones voluntarias de los indiciados, ante los Juzgadores, adicionando para tal efecto el artículo 29 bis, en el Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán.

C O N C L U S I O N E S.

1. Por mandato de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo ser humano tiene derecho a la libertad como una de las garantías imprescindible e inherente a su propia naturaleza.

2. La misma Carta Magna en su precepto 16, establece que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento, por tanto, debe existir una orden de aprehensión que reúna los requisitos que establece la ley.

3. Todo indiciado a quien se impute la comisión de un delito tiene la obligación de comparecer ante la autoridad judicial a contestar el cargo, así como el derecho a aportar pruebas para probar su inocencia.

4. El artículo 29 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán, prevé el procedimiento a seguir en tratándose de la presentación del indiciado ante la Representación Social, lo cual constituye una garantía de legalidad para dicho indiciado.

5. El mismo Ordenamiento Legal en cita, no prevé el procedimiento al cual deben sujetarse los Jueces de Primera Instancia en Materia Penal, para el caso de que un indiciado comparezca voluntariamente a sujetarse a la acción de la justicia, cuando existe en su contra una orden de aprehensión por delito no grave, en el cual pueda otorgar garantía para caucionar su libertad.

6. El hecho de que no exista una norma que obligue a los juzgadores a recibir las presentaciones voluntarias de los indiciados, deja al libre arbitrio de éstos el negarse a aceptar la presentación del indiciado o a condicionar ésta, lo cual constituye un menoscabo en los derechos de toda persona que, habiendo cometido un acto considerado como ilícito, tenga la voluntad de responder por éste.

7. Dentro de las funciones del juzgador se encuentra la de aplicar las normas con la mayor justicia posible, sin que esto sea óbice para dejar de lado el sentido humano, lo cual no siempre sucede, quedando a consideración de los jueces, el valor de un derecho tan imprescindible como lo es la libertad.

8. Debe adicionarse el artículo 29 bis, en el Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán, el cual debe regular de manera clara y precisa las presentación voluntaria de los indiciados ante los Juzgadores, atendiendo a garantizar en la medida de lo posible la seguridad del indiciado, esto es, fijar la garantía para disfrutar del beneficio de la libertad provisional sin necesidad de que el indiciado se recluya en el Centro de Readaptación Social, realizando al mismo tiempo el trámite correspondiente para sujetarlo a término constitucional, recibirle su declaración preparatoria, en su caso, gire la boleta de libertad al Director del referido centro de reclusión y resuelva su situación jurídica.

P R O P U E S T A S

PRIMERA.- Debe establecerse la importancia de las presentaciones voluntarias de los indiciados ante los Jueces de Primera Instancia en Materia Penal, como respeto a la garantía de libertad inherente a todo ser humano, y no como una potestad de los juzgadores.

SEGUNDA.- Se debe adicionar el artículo 29 bis en el Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán, mismo que imponga a los Jueces de Primera Instancia en Materia Penal, de esta Entidad Federativa, la obligación de recibir las presentaciones de los indiciados, cuando comparecen voluntariamente a sujetarse a la acción de la justicia en cumplimiento a una orden de aprehensión por delito no grave.

TERCERA.- La norma jurídica debe ser precisa al establecer que no es una facultad potestativa del juzgador el recibir las presentaciones voluntarias de los indiciados, dando con ello una certeza y seguridad jurídica para los gobernados.

CUARTA.- Es necesaria la adición del numeral 29 bis en el Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de Michoacán, y que ad literam establezca:

"*Cuando el indiciado se presentare voluntariamente ante el Juez de Primera Instancia, en cumplimiento a una orden de aprehensión librada por éste, se procederá de inmediato de la siguiente forma:*

I. Se le sujetará a término constitucional, haciendo constar el día, hora y lugar de la comparecencia, levantando la suspensión del procedimiento; asimismo, se girará la comunicación respectiva a efecto de que el Ministerio Público cancele la ejecución de la orden de aprehensión correspondiente.

II. Se notificará de inmediato al indiciado la hora y fecha en que se le recibirá su declaración preparatoria, apercibiéndole que en caso de no comparecer, se ordenará la ejecución de la orden de aprehensión;

III. Se le hará saber la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante o querellante;

IV. Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y particularmente en el inicio del proceso penal los siguientes:

a) Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforme lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los términos del artículo 493 del Código de Procedimientos Penales del Estado, sin ser necesario que para tal efecto se recluya en el Centro de Readaptación Social, y en cuyo caso, se girará la boleta correspondiente al Director del citado centro de reclusión;

b) No declarar si así lo desea, o en caso contrario, declarar asistido por su defensor;

c) *Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;*

d) *Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro del proceso;*

e) *Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso;*

f) *Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca y que se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediéndosele el tiempo necesario para ello, siempre que no se traduzca en entorpecimiento del proceso y las personas cuyos testimonios ofrezca se encuentren en el lugar donde aquélla se lleve a cabo; y*

V. *Cuando el indiciado fuere un indígena o extranjero que no hable o no entienda suficientemente el español, se le designará un intérprete y un defensor que tengan conocimiento de su lengua y cultura y que le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Si se tratare de un extranjero, la detención se comunicará de inmediato a la Secretaría de Gobernación.*"

B I B L I O G R A F Í A

LIBROS

1. BARRITA LÓPEZ, Fernando (1999) *Manual de Criminología,* Segunda Edición, Editorial Porrúa.
2. BAZDRESH, Luis (1996) *Garantías Constitucionales,* Cuarta Edición, Editorial Trillas, México, D.F.
3. CARRANCA y Trujillo, Raúl (1997) *Derecho Penal Mexicano*, segunda edición, Editorial Porrúa, México.
4. CARNELUTTI, Francisco (2000) *Derecho Procesal Penal,* Volumen 2, Oxford University Press México, S.A. de C.V., México.
5. CASTELLANOS TENA, Fernando (1999) *Lineamientos Elementales de Derecho Penal,* Cuadragésima edición actualizada, Editorial Porrúa, México.
6. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo (1998) *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Décimo Séptima Edición, Editorial Porrúa, México.
7. CUENCA DARDÓN, Carlos E. (2000) *Manual de Derecho Procesal Mexicano,* Cuarta Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México.
8. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO GREEN, Victoria (2002) Profesores de la materia en la facultad de derecho de la UNAM, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano,* Décima Edición, Editorial Porrúa, México.
9. GARDUÑO GERMENDIA, Jorge (1991) *El Ministerio Público en la Investigación de Delitos,* Segunda Edición, Editorial Lamusa, México, D.F.

10. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1986). *La Ley y el Delito*, Primera Edición, Editorial Hermes.
11. MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto (1997) *Las Garantías Individuales y su aplicación en el Proceso Penal,* Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, D.F.
12. OSORIO NIETO César Augusto (1994) La Averiguación Previa, Primera edición, Editorial Porrúa, México.
13. OVALLE FAVELA, José (2005) *Teoría General del Proceso*, Sexta Edición, Oxford University Press México, S.A. de C.V., México.
14. PAVON VASCONCELOS, Francisco (1997) *Derecho Penal Mexicano Parte Especia*", Tercera Edición, Editorial Porrúa, México.
15. RIVERA SILVA, Manuel (1973) *El Procedimiento Penal,* Sexta Edición, Editorial Porrúa, México.
16. MORINEAU DUARTE, María (2003) *Diccionarios Jurídicos Temáticos*, Volumen 6, Segunda Serie, Oxford University Press, México.
17. PAVON VASCONCELOS, Francisco (2003) *Diccionario de derecho Penal (analítico-sistemático)*, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

LEYES

18. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
19. Código Penal del Estado de Michoacán.
20. Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán.

21. Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado.

PÁGINAS MULTIMEDIA

22. http://www.bibliojurídica.org/libros/4/1655/3.pdf

23. http://www.mediadoresenred.org.ar/publica/efectospsico/dermedpenal/medpenal/.html