



UNIVERSIDAD DE SOTAVENTO A.C.



Clave: 8859-02

ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

FACULTAD DE DERECHO.

**LA RETENCIÓN MINISTERIAL EN URGENCIA REGULADO POR EL ARTÍCULO
139 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE VERACRUZ DE IGNACIO DE LA
LLAVE.**

**TESIS PROFESIONAL
PARA OBTENER EL TÍTULO DE:**

LICENCIADA EN DERECHO.

PRESENTA:

MARYJOSE HERNANDEZ GIRON.

ASESOR DE TESIS:

LIC. JOSÉ MANUEL RICÁRDEZ REYNA.

COATZACOALCOS, VERACRUZ.

MAYO 2022



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIA:

A MIS PADRES Y HERMANOS.

AGRADECIMIENTOS:

A DIOS POR GUIARME EN MI CAMINO

ÍNDICE

Dedicatoria.....	I
Agradecimiento.....	II
Índice	III
.....	IV
.....	V
Introducción	1

CAPITULO I

ANALISIS DE LA RETENCION MINISTERIAL.

1.1. Justificación	2
1.2. Naturaleza, sentido y alcance del trabajo.....	3
1.3. Utilidad científica.	3
1.4. Explicación del tema.....	3
1.5. Marco contextual	4
1.6. Análisis	4

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES DE LA ORDEN DE DETENCIÓN.

2.1. Evolución histórica del artículo 16 constitucional.....	5
2.2. Reforma constitucional del artículo 16.....	9
2.3. Reformas al artículo 136 de la ley de amparo	11
2.4. Análisis	13

CAPITULO III

LA FIGURA DE LA DETENCIÓN.

3.1. Limitaciones a la libertad del inculpado	16
3.1.1. Razones procesales	16
3.1.2. Carácter sancionador.....	19
3.2. La orden judicial	19

3.3. La flagrancia	19
3.4. Análisis	20

CAPÍTULO IV

ESTUDIO DE LA INVESTIGACIÓN MINISTERIAL

4.1. Concepto y finalidad.....	22
4.2. Requisitos de procedibilidad.....	24
4.3. Denuncia	24
4.4. Requisitos de procedibilidad.....	25
4.4.1. La querrela	25
4.5. La autorización	28
4.6. Inmunidades que destaca la ley	29
4.6.1. Inmunidad presidencial.....	29
4.6.2. Inmunidad de otros servidores públicos	30
4.6.3. Inmunidad diplomática	30
4.6.4. Inmunidad por reciprocidad internacional	31
4.6.5. Inmunidad en la extradición	31
4.6.6. Inmunidad de procesamiento a militares extranjeros	31
4.6.7. Inmunidad de tipo administrativo	31
4.7. Declaratoria de perjuicios	32
4.8. La declaratoria de procedencia	32
4.9. La conclusión del juicio por calumnias	33
4.10. Declaratoria de la contraloría.....	33
4.11.1. La actividad investigatoria.....	33
4.11.2. Determinación del ministerio público.....	34
4.12. Ejercicio de la acción penal	35
4.13. Consignación con detenido.	37
4.14. La acción penal	42
4.15. Naturaleza jurídica	43

4.16. Características de la acción penal	43
4.17. Titularidad de la acción penal	44
4.18. Distinción entre acción procesal y acción penal	45
4.19. Análisis	47
Conclusiones	49
Bibliografía	50

INTRODUCCIÓN

En forma especial el tema que nos ocupa, es referente a la retención ministerial, figura jurídica que nace a partir del momento en que el ministerio público como institución encargada de la investigación y persecución de los delitos y desde luego de los delincuentes, encuentra justificación para la detención de una persona sin previa orden de aprehensión solo para los casos de flagrancia y en los casos de urgencia cuando no exista autoridad judicial en el lugar y amerite su detención por la gravedad del delito y la posibilidad de que se de a la fuga.

En el capítulo primero hacemos una breve descripción de algunos aspectos importantes respecto a la justificación de la retención ministerial, así como de su utilidad científica y explicamos de manera breve el tema. En relación con el capítulo segundo nos adentramos en el conocimiento de los antecedentes de la orden de detención y los requisitos que solicita el artículo 16 constitucional y la ley de amparo. Posteriormente en el capítulo tercero realizamos un estudio de la figura jurídica de la detención, las limitaciones a la libertad del inculpaado y la flagrancia. Ya para finalizar en el capítulo cuarto de la presente investigación se hace un estudio de la investigación ministerial como primera fase del procedimiento penal, y conoceremos su finalidad, requisitos, naturaleza jurídica y caracteres de la acción penal y formas de extinción.

CAPITULO I

ANÁLISIS DE LA RETENCIÓN MINISTERIAL

1.1 JUSTIFICACION

La figura de la RETENCION MINISTERIAL es bastante efectuada por los Agentes del Ministerio publico en los casos en que se detienen a probables responsables de un delito perseguible de manera oficiosa.

En el presente trabajo de investigación en la modalidad de TESINA se pretende hacer un estudio global de la figura de la Retención Ministerial partiendo de la Doctrina, siguiendo con la Jurisprudencia existente al respecto en la que se consultan las opiniones de los tribunales Federales, y culminando con el Derecho Nacional Comparado consultándose los diversos Códigos Penales de la República Mexicana.

El tema resulta de interés porque la RETENCIÓN MINISTERIAL es una de las figuras que permiten la privación de la libertad de un sujeto durante la etapa de la investigación ministerial, antes llamada averiguación previa; y dicha figura se sustenta en la flagrancia y la urgencia, que son las circunstancias únicas en las que el órgano investigador puede retener a una persona sujeta a investigación ministerial.

LA APORTACIÓN del presente trabajo va enfocada a los estudiosos del derecho y más que nada a los litigantes en materia penal, toda vez que el presente estudio abarca los siguientes aspectos:

- El concepto de la retención
- Los antecedentes de la retención,
- La procedencia de la retención
- La flagrancia
- La urgencia
- El artículo 16 constitucional
- El plazo de la retención
- El amparo contra la retención

Desde luego, el estudio incluye la Opinión crítica Propositiva.

1.2 NATURALEZA, SENTIDO Y ALCANCE DEL TRABAJO.

El presente trabajo de investigación documental tiene una naturaleza JURÍDICO-SOCIAL, puesto que la figura de la RETENCIÓN MINISTERIAL se encuentra regulada por la legislación procesal penal como la posibilidad de que el Ministerio Público prive de su libertad al sujeto.

La investigación es a mediano plazo, puesto que la figura de la RETENCIÓN MINISTERIAL ha venido siendo aplicada desde tiempo atrás, pero requiere de ciertas adecuaciones ante las ciertas prácticas viciadas de los agentes del ministerio publico.

1.3 UTILIDAD CIENTIFICA.

Como mencionamos con antelación, LA RETENCIÓN MINISTERIAL viene a ser una conducta actualmente muy común, puesto que tratándose de delitos perseguibles de oficio en los que la policía ministerial o alguna otra dependencia logra la detención de un probable responsable, el ministerio público debe recurrir a dicha figura para lograr el aseguramiento del sujeto; sin embargo, y sobre todo tratándose de los casos de URGENCIA, la actuación de los Agentes del Ministerio Público llega a ser criticable ya que no se ajustan a los requisitos exigidos por la legislación procesal penal.

El presente trabajo de investigación una vez culminado, desde luego tendrá utilidad científica, toda vez que se pretende analizar la figura de la Retención Ministerial en todos sus aspectos, iniciando con el concepto, estudiando sus antecedentes, continuando con sus características hacer notar que la base documental del presente estudio será tanto la doctrina, la jurisprudencia y el derecho nacional comparado relativos al tema en cuestión.

1.4 EXPLICACION DEL TEMA.

El tema sobre el cual versa la presente investigación, viene a ser la figura de la Retención Ministerial que se encuentra regulada por el Artículo 139 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz.

La retención ministerial es una de las figuras que permiten la privación de la libertad de un sujeto durante la etapa de la investigación ministerial, antes llamada Averiguación Previa.

Dicha figura se sustenta en la flagrancia y la urgencia, que son las circunstancias únicas en las que el Órgano Investigador puede retener a una persona sujeta a investigación Ministerial.

La Retención Ministerial tiene su apoyo en lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional, el cual regula las causas por las cuales se puede privar de la libertad a una persona.

1.5 MARCO CONTEXTUAL.

El tema sobre el cual versa el presente trabajo de viene a ser la figura de la “RETENCIÓN MINISTERIAL” que se encuentra en la legislación procesal penal.

Se analiza la naturaleza jurídica de la figura en cuestión, cuya característica es que constituye la forma mediante la cual el ministerio público efectúa el aseguramiento del inculcado en la etapa de investigación ministerial.

El tema tratado en el presente trabajo de investigación pretende abarcar todos los aspectos que guardan relación con la figura delictiva en cuestión, iniciando con un esquema del procedimiento penal y sus antecedentes, para continuar con las formas de aseguramiento del inculcado y culminando con las características de la RETENCIÓN.

El marco contextual consiste en un análisis a la Retención Ministerial en los casos de flagrancia o urgencia, regulada por el artículo 139 del Código de Procedimientos Penales. El presente estudio de investigación documental se desarrollará en el ÁMBITO ESPACIAL de la ZONA SUR DEL ESTADO.

1.6 ANÁLISIS.

La Retención ministerial es una figura que apareció recientemente; ya que con ella se puede realizar la privación de la libertad física de una persona dentro del periodo de la investigación ministerial; que anteriormente recibía la denominación de Averiguación Previa; ya que se sustenta dentro de los límites que establece tanto la Constitución Política Federal como el Código de Procedimientos Penales del Estado, en relación con la flagrancia en la comisión de delitos y en los casos de urgencia y peligro de que la persona se diera a la fuga.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES DE LA ORDEN DE DETENCIÓN

2.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.

El artículo 16 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, se puede dividir en dos partes para un estudio adecuado. En la primera, de carácter general, comprende el análisis de la garantía de legalidad de los actos de autoridad que establece el párrafo primero. En segunda se contemplan las condiciones específicas que los párrafos siguientes señalan para determinados actos de autoridad, como son la privación de la libertad por causa penal, los cateos y las visitas domiciliarias.

En el análisis del precepto equivalente en la constitución de 1857, José Maria Lozano advertía: “pocos artículos de nuestra constitución parecen tan sencillos y fáciles de comprender como el presente; y sin embargo, pocos necesitan de un estudio tan concienzudo para determinar su buena inteligencia y los casos de su recta aplicación”.

La exigencia de un estudio cuidadoso es ahora mayor si se toma en cuenta que solo los párrafos primero y cuarto del artículo 16 de la Constitución vigente provienen, con sus modificaciones, del artículo que comentaba Lozano. Los párrafos segundo y quinto tuvieron su origen en el proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, y su texto actual, al igual que el de los párrafos tercero, sexto y séptimo, obedece a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 3 de septiembre de 1993. Los párrafos decimo y décimo primero provienen de los artículos 25 y 26 de la constitución de 1857 y fueron trasladados al artículo 16 con motivo de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 3 de febrero de 1993.

El texto original del artículo 16 de la Constitución de 1857 solo se contemplaba expresamente la detención en caso de delito in fraganti, aunque los requisitos establecidos en la parte inicial de dicho artículo se consideraron aplicables a las órdenes de aprehensión y de cateo.

En efecto, “el supuesto de detención por cualquier persona en caso de delito flagrante fue previsto originalmente en el artículo 16 de la constitución de 1857, recogiendo el contenido del artículo 292 de reformas de Venustiano Carranza, se preveía que solamente en los casos urgentes podrá la autoridad administrativa decretar bajo su mas estrecha responsabilidad la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.”

Pero la COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN DE CONGRESO decidió suprimir esta parte del proyecto en el primer dictamen que sometió al congreso.

Juzgamos peligroso –afirmaba la comisión - dar facultades a la autoridad administrativa para ordenar aprehensiones, ni aun en casos urgentes... Por otra parte la necesidad de dejar la calificación de la urgencia del caso a la misma autoridad ejecutora, puede dar lugar a abusos frecuentes, tanto mas de temerse cuando que es fácil muchas veces eludir la responsabilidad consiguiente y cuando la experiencia ha demostrado con cuanta frecuencia han abusado las autoridades administrativas de las facultades que se les han concedido de ordenar aprehensiones.

“Jara consideró que no se justificaba esta supresión, porque entendía que la facultad que el proyecto de Carranza otorgaba a las autoridades administrativas, en caso de urgencia era necesaria para poder detener al probable responsable no en el momento de la comisión de delito, como ya estaba previsto en la constitución de 1857, sino porque se tiene conocimiento de que el delito se ha cometido y que el delincuente, después de ocho o diez días o un mes se encuentra en tal o cual parte y es necesaria su aprehensión inmediata, porque se teme su fuga”.¹

El debate se entablo sobre todo con Mújica, quien defendió el dictamen afirmado que la comisión había considerado que el único caso urgente en que se podía detener sin orden judicial de aprehensión era el de delito flagrante. Después de otras intervenciones y a sugerencias de varios diputados, la comisión retiró su primer dictamen, y en el segundo recogió el texto del Proyecto de Carranza, pero como tuvo que retirarlo porque fue rechazado por el congreso, en el tercer y último dictamen introdujo dos requisitos: que no hubiera en el lugar ninguna autoridad judicial y que se tratara de delitos que se persiguieran de oficio. En su parte conducente, el tercer dictamen expresaba.

Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

El tercer dictamen fue aprobado sin discusión. Este fue el texto que estuvo vigente hasta el 4 de septiembre de 1993.

¹ LOZANO, José María, Tratado de los Derechos del Hombre, p. 101

El texto adolecía de cuando menos dos graves deficiencias que finalmente lo hicieron inaplicable: la primera fue su vaguedad en cuanto a la autoridad facultada para ordenar detenciones, pues en la expresión “ autoridad administrativa” se podían ubicar prácticamente todas las que dependieran de los gobiernos federales, estatales y municipales; la segunda fue la condición introducida en el tercer dictamen, de que no hubiera ninguna autoridad judicial en el lugar, que impedía que la casi totalidad de las autoridades administrativas pudieran ordenar detenciones en casos urgentes. Para complicar más las cosas, en el texto no se indico que debía entenderse por “casos Urgentes”, pero tampoco lo hizo el legislador ordinario, que no se ocupo de reglamentar esta parte del artículo 16.

En la practica, lamentablemente, el propósito del constituyente de sujetar la privación de libertad por causa penal al cumplimiento de ordenes judiciales de aprehensión, no se logro, por que los agentes del Ministerio Publico, los agentes de la policía judicial y otras autoridades siguieron llevando acabo detenciones o retenciones sin dichas ordenes y la jurisprudencia de los tribunales federales considero validas las declaraciones de los detenidos y los demás actos procesales, no obstante la inconstitucionalidad de las detenciones.

De esta manera se vino a producir una situación exactamente contraria a la buscada por el Constituyente, que en sus debates manifestó su más abierta oposición a las detenciones arbitrarias y para ello estableció como regla general la orden judicial de aprehensión. Pero también la práctica imponía la necesidad de determinadas detenciones, sobre todo cuando existiese temor fundado de fuga, como lo había advertido Heriberto Jara. La ausencia de regulación efectiva propicio la discrecionalidad y el abuso en este tipo de detenciones.

La facultad del Ministerio Publico para ordenar la detención del indiciado en casos urgentes, fue introducida en los párrafos quinto, sexto y séptimo del artículo 16 con motivo de la reforma constitucional de 1993.

En buena medida, la nueva regulación de los párrafos quinto, sexto y séptimo del artículo 16 responde a estas reflexiones. De acuerdo con el párrafo quinto, para que el Ministerio Publico pueda ordenar la detención de una persona se requiere que se satisfagan las siguientes condiciones:

1.- Que se trate de delito grave así calificado por la ley. Los artículos 194 del código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de acuerdo con el texto de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 10 de enero de 1994, califican

cuales delitos se consideran graves para este fin. Los códigos de cada estado deben prever que delitos del orden común son considerados graves dentro de su territorio.

2.- Que existe riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia. Este riesgo tiene que fundarse en hechos o circunstancias objetivas de las que se deduzca efectivamente que aquel existe, por lo que no podrá basarse exclusivamente en apreciaciones subjetivas de la autoridad que ordena la detención.

3.- Que por razón de la hora, lugar u otras circunstancias, el Ministerio Público no puede acudir ante la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión. Esta condición se traduce en dos requisitos: uno de carácter negativo, consistente en que por la hora, el lugar o alguna otra circunstancia que efectivamente lo justifique, existe imposibilidad para que el Ministerio acuda ante la autoridad judicial, el segundo requisito es de carácter positivo y consiste en que el Ministerio Público, fuera de estas circunstancias, este en condiciones efectivas de solicitar la orden judicial de aprehensión, en los términos previstos en el párrafo segundo del artículo 16.

En el nuevo texto del artículo 16 se conserva la regla general de que solo se puede privar de la libertad por causa penal, mediante una orden judicial de aprehensión; y que frente a esta regla general, la detención en delito flagrante o por orden de Ministerio Público, son las excepciones autorizadas por dicho precepto. El carácter excepcional de la flagrancia deriva de su propia naturaleza: lo normal no es que se sorprenda al indiciado en el momento de cometer el crimen o inmediatamente después, cuando es perseguido materialmente o cuando alguien lo señale como responsable y se encuentra en su poder el objeto o los instrumentos del delito o indicios que hace presumir su intervención. Lo normal es que el autor del delito no es sorprendido *infraganti*.

Pero también la orden de detención por el Ministerio Público debe tener un carácter excepcional. Ello lo confirma el simple enunciado del párrafo quinto: “solo en casos urgentes...” y las tres condiciones a que nos hemos referido, especialmente la tercera. “Si solo por razón de la hora el lugar u otra circunstancia el Ministerio Público no puede acudir a la autoridad judicial a solicitar la orden de aprehensión, ello significa, sin lugar a dudas, que debe tener satisfechos los requisitos que establece el párrafo segundo del propio artículo 16 para solicitar la orden de aprehensión, particularmente los datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la

probable responsabilidad del indiciado, pues de otra forma no tendría para que acudir a la autoridad judicial, como debería poder hacerlo si se tratase de otra hora, lugar o circunstancia”.²

2.2. REFORMA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 16.

En la reforma constitucional del artículo 16, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 3 septiembre de 1993, se determinó utilizar la expresión orden de aprehensión para que sea un mandamiento exclusivo por parte de la autoridad judicial; en tanto que la orden de detención es exclusivamente emitida por el Ministerio Público para efecto de la averiguación previa en los casos urgentes y no para cualquier autoridad administrativa como se establecía en el texto anterior; dichas expresiones quedaron plasmadas en los artículos 128, 193, y 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, con el objetivo de brindar una protección de los derechos de las víctimas u otros ofendidos.

La detención en caso urgente, ahora solo será para los delitos graves que señale la ley y no para cualquier delito perseguible de oficio como antes se preveía, limitando así la hipótesis de su procedencia.

En todo caso, la detención ordenada por el Ministerio Público debe estar debidamente fundada y expresar los indicios con fines meramente investigatorios.

La detención hecha por el Ministerio Público, en caso de flagrancia o urgencia había sido preocupación constante, en virtud de que cuando el Ministerio Público Federal procedía a la consignación de un detenido por delito contra la salud u otros hoy comprendidos en el concepto de delitos graves, aunque a veces también por cualquier otro delito que revistiera complejidad, las deficiencias en la averiguación previa ocasionadas por la premura para desarrollarla, daban lugar a que se dejara en libertad al inculcado dentro del plazo constitucional, por la falta de elementos para procesar o porque al haberse excedido la detención del inculcado más de 24 horas se anulaban sus declaraciones y otras diligencias conexas a ella.

Con el nacimiento de esta reforma quedó cubierta esa laguna por la disposición que ahora contiene el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional, donde se autoriza la retención del inculcado en casos de flagrancia o urgencia hasta por 48 horas, plazo que se podrá duplicar en los que la ley prevea como delincuencia organizada, eliminando así, la laguna jurídica existente con

² Ibíd., LOZANO, José María, p. 110

respecto al plazo durante el cual el Ministerio Público puede retener a una persona que ha sido detenida.

La regulación congruente con esas nuevas disposiciones quedó plasmada en el párrafo tercero del artículo 134, que contiene la obligación asignada a los jueces por el párrafo sexto del mencionado artículo 16 constitucional, de ratificar inmediatamente la detención de quienes en ese estado les sean consignados o de ponerlos en libertad con las reservas de ley si aprecian que no hubo flagrancia o urgencia en el caso concreto, estableciendo así un control de legalidad por parte del juez de la causa.

Acorde con las reformas a los artículos 193 y 194 y la adición del artículo 194-bis del Código Federal de Procedimientos Penales, se reformó el artículo 135 que se refiere a la consignación con detenido.

Dichas reformas agilizaron los procedimientos de averiguación y los procesos a fin de llegar lo más pronto posible a la solución que convenga a los fines de seguridad y de justicia en cada caso, en beneficio de quienes sean sujetos procesales y de la sociedad, y también para abatir cargas de trabajo de los órganos públicos que se ocupan de esos asuntos.

Entre otras cosas, con la reforma en comento se dio al Ministerio Público, facultades que antes no tenía, ampliando así su ámbito de operación, dándole más poder a la figura ya desprestigiada que en México tiene la procuración de la justicia.

Es experiencia muy antigua, que el Ministerio Público no es una figura que tenga el apoyo moral de la sociedad; por su pésimo comportamiento con los ciudadanos que caen en su esfera de acción, y que además, por ser designado por el Poder Ejecutivo, es motivo de diversos tipos de presiones directas.

Mucho se habló que dichas reformas se hicieron en vísperas del proceso electoral federal y para muchos tiene relación con las elecciones del 94; así como el Ministerio Público podía retener al supuesto delincuente hasta por 96 horas, esto traía consigo la fundada preocupación de que un ciudadano con civismo político, pudiera ser detenido por 96 horas a pretexto de un llamado delito grave y, en tal caso, tendría que ser confinado en algún lugar especial, que no sería otra cosa que un separo policiaco.

Es por ello que desde el primer momento en que se dio a conocer el proyecto de estas reformas penales, numerosos organismos de derechos humanos, desvinculados de los partidos políticos, dieron la voz de alarma.

Deberá recordarse que originalmente el proyecto contenía, entre la lista de delitos graves, la sedición, el motín y la rebelión, que era obvio, tenía una clara intención represiva contra la oposición política.

Fue tal el escándalo que esto provoco, que las protestas se multiplicaron; el proyecto cayo en descrédito y los autores de la iniciativa tuvieron que retirarlos.

Todo en nombre de combatir con más eficacia a la llamada delincuencia organizada, ya que era una falacia que el narcotráfico pudiera ser combatido con mayor eficacia por la existencia de una ley penal mas rígida, ya que los narcotraficantes están al margen de la ley, a sabiendas del daño que hacen y de los riesgos que corre, porque para ellos es lo mismo estar en poder del Ministerio Publico 72 o 96 horas, ya que cuentan con poder económico y nexos con los órganos de seguridad y altos funcionarios.

“En ese sentido se considera que el narcotráfico debe ser severamente sancionado, empezando por la prevención y terminando con los privilegios que tienen el las prisiones, vía corrupción de los funcionarios, motivo de cohecho por los delincuentes”.³

2.3 REFORMAS AL ARTÍCULO 136 DE LA LEY DE AMPARO.

La reforma penal del articulo 136 de la Ley de Amparo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, tuvo como finalidad darle mayor efectividad a la suspensión provisional en amparos penales indirectos, en los casos en que el acto reclamado consista en la detención del quejoso efectuada por el Ministerio Publico, fue la consecuencia natural de las modificaciones constitucionales que en su oportunidad se hicieron el articulo 16, en las que entre otras cosas se dio al Ministerio publico, facultades que antes no tenia.

El texto vigente del artículo 136 de la ley de Amparo, que regula los términos en que debe otorgarse la suspensión del acto reclamado tratándose de amparo indirecto en materia penal, es del tenor siguiente:

136.- Si el acto reclamado afecta la libertad personal, la suspensión solo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del juez de distrito únicamente en cuanto a ella se

³ MONTIEL y Duarte, Isidro, Estudio sobre las Garantías Individuales, p. 130

refiera, quedando a disposición de la autoridad que deba juzgarlo, cuando el acto emane de un procedimiento del orden penal por lo que hace a la continuación de este.

Cuando el acto reclamado consista en la detención del quejoso efectuada por autoridades administrativas distintas del ministerio Publico, como probable responsable de algún delito, la suspensión se concederá, si procediere, sin perjuicio de que sin dilación sea puesto a disposición del Ministerio publico, para que este determine su libertad o su retención dentro del plazo y en los términos que en el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional lo permite, o su consignación.

De consistir el acto reclamado en detención del quejoso efectuada por el Ministerio Publico, la suspensión se concederá y desde luego se pondrá en inmediata libertad, si del informe previo que rinda la autoridad responsable no se acreditan con las constancias de la averiguación previa la flagrancia o la urgencia o bien si dicho informe no se rinde en el término de veinticuatro horas. De existir flagrancia o urgencia se prevendrán al Ministerio público para que el quejoso, sea puesto en libertad o se le consigne dentro del término de cuarenta y ocho horas o de noventa y seis horas según sea el caso, a partir de su detención.

Si se concedieren la suspensión en los casos de órdenes de aprehensión, detención o retención, el juez de Distrito dictara las medidas que estime necesarias para el aseguramiento del quejoso, a efecto de que pueda ser devuelto a la autoridad responsable en caso de no considerársele el amparo.

Cuando la orden de aprehensión, detención o retención, se refiere a delito que conforme a la ley no permita la libertad provisional bajo caución, la suspensión solo producirá el efecto de que el quejoso quede a disposición del juez de Distrito en el lugar en que este señale, únicamente en lo que se refiera a su libertad personal, quedando a disposición de la autoridad a la que corresponda conocer del procedimiento penal para los efectos de su continuación.

“Cuando el acto reclamado consista en la detención del quejoso por orden de autoridades administrativas distintas del Ministerio publico, podrá ser puesto en libertad provisional mediante las medidas de aseguramiento y para los efectos que expresa el párrafo anterior”.⁴

⁴ Ibídem. p. 140

2.4 ANÁLISIS

En este capítulo debemos hacer una valoración del material probatorio que recabó el ministerio público a la luz de lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional para determinar si están satisfechos los requisitos del citado artículo, que doctrinariamente se conocen como los presupuestos generales de la acción penal, único caso en el que estará legitimado para consignar ante el juez, en ejercicio de dicha acción.

Esos presupuestos cuya satisfacción procurará el Ministerio Público, son:

- 1) La existencia de una denuncia, acusación o querrela;
- 2) Que dicha denuncia, acusación o querrela, se refiera a hechos que la ley señale como delitos;
- 3) Que esos delitos tengan señalada en la ley cuando menos pena privativa de libertad;
- 4) Que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal, y
- 5) Que existan datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Al requerirse en la norma constitucional que el delito tenga señalada en la ley “cuando menos pena privativa de libertad”, lo que hace es reconocer que existe penas más graves y menos graves que aquella, atendiendo a los bienes jurídicos en cada caso tutelados por la ley penal.

Habrá que aclarar que si el delito tuviera señalada en la ley una pena alternativa, es decir, prisión o multa, o bien una pena distinta de la privativa de libertad, eso no sería obstáculo para que el Ministerio Público ejercitara la acción penal, sólo que al consignar ante el juez los hechos, solicitaría en vez del libramiento de una orden de aprehensión, una orden de comparecencia, que por definición, no amerita la privación de la libertad del indiciado.

La consignación del Ministerio Público con solicitud de orden de aprehensión y la que realiza con petición de orden de comparecencia, deben reunir similares requisitos. La diferencia es que, respecto de la primera, el delito materia de la consignación deberá tener señalada en la ley, cuando menos, pena privativa de libertad y, en la otra, pena alternativa o diferente a la de prisión.

En lo que respecta al flagrante delito y casos ingentes. La cuasiflagrancia se dará la consignación con detenido, misma que realiza el Ministerio Público cuando satisfechos los requisitos del artículo 16 Constitucional; que hemos mencionado, se está en presencia de flagrante delito (en los que se incluyen los cometidos en cuasiflagrancia) o bien tratándose de caso urgente.

Quien lleve a cabo una detención en flagrante delito, deberá entregar al indiciado a la primera autoridad que encuentre, sin importar que sea del Ejecutivo, del Legislativo o del Judicial y sin importar, tampoco. Que se trate de una autoridad federal, estatal o municipal.

El caso urgente del párrafo quinto, en cambio, autoriza al Ministerio Público, cumplidos ciertos requisitos, a detener a una persona mientras practica la investigación preliminar correspondiente.

En el Código de Procedimientos Penales en cambio, estiman que existe delito flagrante, en estos casos. En el orden federal:

I Cuando el indiciado es detenido en el momento mismo de la comisión del delito (flagrancia propiamente dicha), y

II. Cuando inmediatamente después de ejecutado hecho delictuoso (Casos de cuasiflagrancia):

1) Aquél es perseguido materialmente, o

2) Alguien lo señala como responsable y en este caso, además:

a) Se le encuentra en poder del objeto o instrumento del delito, o

b) Se le encuentran huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en el delito.

En el orden común se entiende que existe delito flagrante (flagrancia propiamente dicha):

I) Cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o

II) Cuando el inculpado es perseguido material e inmediatamente después de haber ejecutado el delito.

Existe también lo que se conoce actualmente como flagrancia equiparada misma que se da:

I) Cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quienes hubiera participado con ella en la comisión del delito, o

II) Cuando se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito, siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley. Y. no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde la comisión de los hechos delictivos, se hubiere iniciado la averiguación previa respectiva no se hubiese interrumpido la Persecución del delito.

El Ministerio Público iniciará desde la averiguación previa y bajo su responsabilidad, según proceda, decretará la retención del indiciado si satisfechos los requisitos de procedibilidad, y por lo tanto es merecedor de una pena privativa de libertad, o bien, ordenan la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de libertad, o alternativa.

Habrá caso urgente (artículos 194 CFPP y 268 CDF) y el Ministerio Público podrá ordenar por escrito la detención, bajo su responsabilidad, fundando y expresando los indicios que lo acrediten.

CAPITULO III

LA FIGURA DE LA DETENCIÓN

3.1 LIMITACIONES A LA LIBERTAD DEL INculpADO.

“Frente a los derechos del inculpado de no ser privado de su libertad, existen algunas restricciones a su libertad personal contempladas en nuestro código procesal penal.

Estas restricciones tienen un doble aspecto, como necesidad procesal y como sanción”.⁵

3.1.1 RAZONES PROCESALES.

En cuanto a lo primero, atendiendo a la naturaleza y fines del proceso penal, las leyes que lo regulan imponen la necesidad de restringir la libertad personal porque, si no fuera así, resultaría imposible asegurar la presencia del supuesto autor del ilícito penal ante el órgano jurisdiccional, y en consecuencia, el proceso quedaría paralizado al dictarse el “auto de inicio. De radicación o cabeza de proceso”

Por otra parte, es indispensable el aseguramiento de quien ha delinquido, para con esta medida, auspiciar la tranquilidad necesaria a quien ha sufrido la violación o a quienes se han enterado de la comisión del delito; además, si no se adoptara, quizá se destruyeran los vestigios que hubiere dejado el ilícito penal.

Sin la presencia del indiciado ante el órgano jurisdiccional, el carácter acusatorio del proceso quedaría desvirtuado ya que los actos del Ministerio Público habrían llegado a darse tan sólo hasta el ejercicio de la acción penal, en esas condiciones, no seguirían llevándose a cabo durante el proceso.

Los actos de defensa (garantía establecida por la Constitución General del País) tampoco se realizarían, con lo cual resultaría desvirtuado el carácter acusatorio mencionado.

Las restricciones a la libertad personal, en el orden indicado, cualquiera que sea el estado del procedimiento en que se ordenen, tienen un carácter netamente preventivo y no sancionador.

Con la prisión preventiva se logra la custodia del que ha delinquido, pero únicamente por el tiempo indispensable para su procesamiento.

Pretender considerar tal restricción como una pena, significaría estar adelantándose a un resultado del proceso que no necesariamente puede arrojar la declaración de responsabilidad.

⁵ AMUCHATEGUI Requena, Irma, Derecho Penal, p. 57

La vieja discusión doctrinaria respecto a la procedencia o improcedencia de la prisión preventiva, ha sido superada en nuestros días por los diversos ordenamientos jurídicos que gobiernan al proceso penal en todos los países, y ha sido aceptado, casi unánimemente, que la prisión preventiva "es un mal necesario para la realización de la propia justicia".

A la denominada prisión preventiva, conocida también como preliminar, provisional, procesal, arresto, etc.; en nuestro medio, se le llama prisión preventiva, atento a lo dispuesto por los ordenamientos jurídicos que hacen referencia a la materia procedimental penal.

Sus antecedentes en las antiguas culturas son imprecisas; sin embargo, en el derecho romano, durante la República (siglo v hasta el año 34 a. de J.C.) la Ley de las 12 tablas estableció plena igualdad entre el acusado y el ofendido, suprimió la prisión preventiva, hecha excepción de los casos de flagrante delito, crímenes contra el estado o para conductas o hechos acerca de los cuales existía confesión.

En la etapa del Imperio Romano, la custodia del procesado quedaba a cargo de militares ancianos, *milite traditio*; si el delito era muy grave, el autor era puesto de inmediato en prisión, *in carcerum*; si no era así, la custodia se encomendaba a un particular, *custodia libera*.

Las leyes *flavia de plagiarus* y la *liberalis causa* amparaban al acusado contra toda detención ilegal. Salvo los casos de flagrancia y suma gravedad, estaba prohibido restringir la libertad, porque sólo podía hacerse con mandato del Magistrado o del defensor de la ciudad.

En general, la prisión preventiva no era contemplada por la ley, razón por la cual quedaba a cargo del Magistrado ordenarla, en su Caso.

Como herencia del derecho romano, en el viejo derecho español, la prisión preventiva sólo se llevaba a cabo por delitos graves (Partida 7, Título 29, Leyes Primera, Segunda y Cuarta).

En nuestro medio, durante el movimiento independista de 1810, se adoptó provisionalmente la Constitución de Cádiz de 1812, en donde se estableció que la libertad En el derecho pre-hispánico, concretamente entre los aztecas, existían diversas prisiones:

Cuauhcalli, para los considerados como probables autores de delitos graves: Teilpiloyan, en donde eran reclusos los sujetos que habían contraído deudas que no saldaban, Petlalcalli, destinada a los autores de delitos leves.

El proceso penal, hemos afirmado constantemente, es de orden público; siendo esto así, la prisión preventiva tiene justificación por las causas siguientes:

a) Porque no es posible instruir ningún proceso en ausencia del procesado, es obligado e indispensable contar con su presencia, para integrar formalmente la relación procesal y, en su oportunidad, definir la pretensión punitiva estatal.

b) porque es presupuesto para realizar la diligencia en la que se le harán saber al procesado, los hechos por los que se ha ordenado su detención, las personas que han depuesto en su contra, y bajo esos supuestos, lleve a cabo sus defensas, tal y como lo ordena la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

c) Para prevenir nuevos delitos, ahora en contra del sujeto de imputación sustituyendo el ofendido, familiares o amigos, la acción de las autoridades.

d) Que el presunto responsable destruya, oculte o dificulte la investigación de los hechos o lleve a cabo otros delitos.

Estos y algunos motivos más son los que explican y justifican la limitación a la libertad por medio de la prisión preventiva, misma que únicamente se autoriza para los delitos que se sancionan con pena corporal.

Por otra parte, de cierta manera, la prisión preventiva se vincula y explica la garantía que instituye el derecho a la libertad caucional.

En relación con esto último, importa dejar anotado que, a nuestro juicio, si bien, al otorgar el procesado la garantía para obtener su libertad caucional, cesa la prisión preventiva; aún así, la libertad sigue sufriendo limitaciones, porque al concedérsela, se le hizo saber, y así fue aceptado por el beneficiado, que no debe alejarse del lugar del proceso sin autorización del juez, que debe presentarse a la firma al Juzgado los días que se le señalaron, que debe estar presente en todas las diligencias para las que sea citado, etc.

Ante estas hipótesis, si dicho sujeto faltare a alguna de esas condiciones, le será revocada la libertad y será puesto nuevamente en prisión.

“Atendiendo a lo indicado la limitación a la libertad, tratándose de delitos sancionados con pena corporal ya sea que el sujeto sufra la prisión preventiva o disfrute de la libertad caucional la prisión preventiva habrá de prolongarse hasta el momento en que se defina la pretensión punitiva estatal y en su caso, sea ordenada la privación de la citada libertad, como consecuencia de la comisión de un delito (pena) por un tiempo específicamente determinado”.⁶

⁶ Ibíd., p. 84

3.1.2 CARÁCTER SANCIONADOR.

En cuanto al carácter sancionador de las medidas restrictivas de la Libertad la ley penal establece el confinamiento y la prohibición de ir a lugar determinado.

Esta sanción encierra medidas de carácter preventivo como acertadamente afirma Ignacio Villalobos, porque “la obligación de residir en determinado lugar y no salir de el, es una prevención que supone como base la reducción de agitadores y rebeldes a lugares donde no sean peligrosos y puedan ser vigilados”.⁷

3.2 LA ORDEN JUDICIAL.

La Constitución General de la República establece: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento; no podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial”. Exceptuando los casos de flagrante delito o de urgencia.

Del precepto transcrito, se concluye: la libertad personal únicamente se puede restringir mediante orden de aprehensión decretada por la autoridad judicial que priva de la libertad al sujeto por un tiempo determinado.

“La flagrancia y la urgencia son excepciones al principio consistente en que toda orden de detención debe emanar de un mandato judicial porque atendiendo a lo establecido por la Constitución, la privación de la libertad sólo es permisible que la decrete la autoridad judicial, quien deberá fundarla en los requisitos señalados por la ley”.⁸

3.3 LA FLAGRANCIA.

Tradicionalmente se ha estimado que existe flagrancia cuando la persona es aprendida en el momento de estar cometiendo el delito sin embargo, debido a la evolución natural que ha sufrido el Derecho Penal, el legislador establece que, no solamente debe entenderse por flagrancia el arrestar al delincuente en el momento *mismo* de estar cometiendo el delito, sino también, cuando "después de ejecutado el acto delictuoso, el delincuente es materialmente perseguido" (art. 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

⁷ *Ibíd.*, p. 90

⁸ CARRANCA y Trujillo, Raúl y CARRANCA y Rivas, Raúl, Código Penal Anotado, p. 103

“Existiendo flagrancia la detención puede ser realizada por cualquiera, sea particular o agentes de la autoridad, pero con la obligación de poner de inmediato, tanto al delincuente como a sus cómplices, a disposición de la autoridad inmediata”.⁹

3.4 ANÁLISIS.

En el artículo 16 constitucional se señala que: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

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

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el ministerio público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

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

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y

⁹ Ibídem. p. 120

los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

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

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

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

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

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

Con ello queda claro que la Constitución regula de forma por mas eficiente la retención ministerial de alguna persona que haya cometido algún delito y sea necesario retenerla para posteriormente presentarla ante la autoridad correspondiente, una vez que se hayan reunidos todos los requisitos dentro de investigación ministerial.

CAPÍTULO IV

ESTUDIO DE LA INVESTIGACIÓN MINISTERIAL

4.1 CONCEPTO Y FINALIDAD

La Constitución no alude sino de paso, a la averiguación previa. Antes de ahora, se mencionaba en el artículo 19, pero actualmente (a partir de la reforma constitucional de 1993) sólo se menciona en el artículo 20, al señalar que las garantías establecidas para el inculpado en el proceso penal, en sus fracciones V, VII y IX, también serán observadas en la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan y las de las fracciones I y II, no estarán sujetas a condición alguna.

Pero nuestra legislación adjetiva, preconiza la existencia de diversos períodos o procedimientos penales, que permiten distinguir las dos grandes etapas en que se desenvuelve el procesamiento en general, a saber, el sumario o instructorio y el plenario o procedimiento principal.

En el primero, que identificamos en nuestro medio con la averiguación previa, la autoridad que la preside, prepara el ejercicio de la acción penal, y practicadas las diligencias correspondientes, concluye con la determinación acerca de si existen los requisitos mínimos para acudir al órgano jurisdiccional, solicitando su intervención con el fin de que en el caso concreto de que se trate, aplicando la ley, determine sobre la existencia del delito y la responsabilidad de su autor y, en su caso, imponga las sanciones correspondientes.

Ya en el plenario, en cambio, se realizan los actos procesales característicos del llamado triángulo procesal, (acusación, defensa y juzgamiento iniciándose con el auto de radicación, para algunos con el auto de formal prisión y concluyendo con la sentencia definitiva.

Así, el artículo 1º. Del CFPP, dice que en él, se regulan, distintos procedimientos penales, de los cuales, el primero es precisamente el de “averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal”.

Es necesario advertir que no existe uniformidad en la doctrina, acerca de la existencia de una acción procesal penal, diferente de la acción penal propiamente dicha, inclusive puede afirmarse que nuestra legislación adjetiva, como tampoco el Grueso de la literatura procesal penal, hacen referencia a la existencia de aquella.

En la averiguación previa, que se inicia a partir de la denuncia o la querrela, en su caso, el Ministerio Público sólo realiza actos de investigación, en preparación del ejercicio de la acción procesal penal la cual, de satisfacer los presupuestos indispensables, será deducida al consignarse los hechos ante el juez. Se afirma, entonces, que la acción procesal penal es posterior al delito y éste es el que la origina.

La acción penal, en cambio, como derecho del Estado a castigar; es anterior al nacimiento mismo del delito y la posee el Estado, independientemente del hecho delictivo en sí, y en su caso, será ejercitada por el Ministerio Público, único titular de ella, por mandato constitucional, pero hasta la etapa procesal en que le corresponda precisar la acusación, o sea, hasta que formule sus conclusiones definitivas.

El artículo 21 C., establece que la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía bajo su autoridad y mando.

En nuestro medio, gracias a la legislación adjetiva penal, el Ministerio Público figura como inquisidor en la averiguación previa, realizando una labor en la que realmente se funden la inculpación, la defensa y el juzgamiento,

En el mensaje de Venustiano Carranza, al someter al Constituyente de Querétaro de 1917, la aprobación del artículo 21 C., pretendió destacar ante todo, el sistema de procesamiento acusatorio, acorde con la forma de gobierno democrática acogida por el Código Político, y señalar la división de poderes, estableciendo como propia y exclusiva de la autoridad judicial, la imposición de las penas, dejando la persecución de los delitos al Ministerio Público y a la policía que estaría bajo su autoridad y mando directo.

El artículo 21 C. estableció la división de funciones: la investigación y persecución de los delitos la encarga al Ministerio Público, colocándolo en su justa posición.

Por otro lado, el mismo artículo 21 C., señala como actividad propia y exclusiva de la autoridad judicial, la imposición de las penas, con lo que le hace recobrar su función prístina de árbitro de los conflictos penales, realizando plenamente la labor jurisdiccional para la que es creado, pero no podrá ya buscar pruebas, reclasificar hechos o suplir deficiencias de las partes, labor inquisitiva que le resulta totalmente ajena.

Ahora bien, si los actos procesales en juicio, serán presididos por el juez, lo lógico es esperar que las pruebas de la defensa y del Ministerio Público, sean ofrecidas y desahogadas ante la potestad de aquél.

“El Ministerio Público en la función de persecutor de los delitos que le encomienda el artículo 21 C., debe buscar los medios de convicción pero de ninguna manera está autorizado para desahogarlos ante sí, menos para valorarlos y todavía menos para realizar actos de jurisdicción, que por definición competen al juez, decidiendo si ejercita o no la acción penal”.¹⁰

4.2 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

El Ministerio Público es pues, el órgano de la autoridad que está legalmente facultado para presidir la Averiguación Previa.

Las leyes procesales no establecen una reglamentación acerca de los actos concretos que habrá de realizar el Ministerio Público en el manejo de la Averiguación Previa, tampoco hay una regulación en cuanto a la duración de este procedimiento penal, cuando no existe detenido, que representa el porcentaje mayoritario de los casos.

La doctrina dominante establece que la Investigación Ministerial se integra con los siguientes actos procedimentales:

“a) La denuncia; b) Los requisitos de procedibilidad, entre los que se cuentan la querrela y algunos otros actos de significación procesal similar como la autorización, la declaratoria de perjuicios y la declaratoria de procedencia, esta última que, como veremos, podría quedar incluida en la autorización misma; c) La actividad investigatoria, y d) La resolución que dicte el Ministerio Público, que puede ser de consignación o ejercicio de la acción penal; no ejercicio de la acción penal o archivo; y reserva o archivo provisional, según sea el caso”.¹¹

4.3 DENUNCIA.

La denuncia, constituye la llamada noticia criminis, que es la forma más usual por la que llega a conocimiento del Ministerio Público, la existencia de un hecho posiblemente delictivo, cuya investigación oficiosa, entonces, se vuelve obligatoria. Por excepción, cuando las circunstancias del caso impidan su formulación ante dicha autoridad, en materia federal, se faculta a la policía ministerial a recibirla.

¹⁰ LÓPEZ Betancourt, Eduardo, Delitos en Particular, p. 146

¹¹ Ibidem, p. 187

De acuerdo con la ley 118 CFPP y 276 CDF, puede expresarla oralmente o por escrito cualquier persona perteneciente a cualquier raza, sexo, credo político o religioso, sea particular o servidor público, nacional o extranjero, recluso o persona en libertad caucional, etc., se contraerá a describir los hechos que se estimen delictuosos, sin calificarlos jurídicamente, al denunciante se le tomará previamente protesta para conducirse con verdad, se le informará acerca de las penas en que incurren los falsos declarantes, sin que se puedan formular denuncias por medio de apoderado legal, a menos que se trate de personas morales que podrán actuar por apoderado para pleitos y cobranzas. 120 CFPP y 264 CDF.

La denuncia, así, es el acto procesal por el que cualquier persona, verbalmente o por escrito, ante el Ministerio Público (o ante la policía dependiente de él, en materia federal) relata hechos posiblemente constitutivos de delito.

“Como la ley establece la obligación de denunciar, a todo aquel que tenga conocimiento de la existencia de un posible delito, perseguible de oficio (artículo 116 CFPP), surge la interrogante sobre si el incumplimiento de dicha obligación, acarrea la comisión de algún hecho delictivo, acaso el de encubrimiento, por no procurar, por los medios lícitos al alcance, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo (artículo 400 y CP.)”.¹²

4.4 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

La doctrina dominante establece que la investigación ministerial se integra con los siguientes actos procedimentales:

4.4.1 LA QUERELLA.

Los requisitos de procedibilidad son aquellas condiciones sin cuya concurrencia no puede iniciarse la averiguación previa o bien, si ya fue iniciada, no puede legalmente continuar. 113 CFPP 262 CDF.

La querella es también otra forma en que el Ministerio Público se entera de la existencia de un posible delito, para proceder a su investigación.

Igual que la denuncia, la querella constituye una narración de hechos probablemente constitutivos de delito, que se formula ante el Ministerio Público o, en su caso, ante la policía dependiente de él, de manera oral o escrita. La diferencia entre ambas estriba en que:

¹² Ibíd., p. 198

1) La querrela debe ser formulada precisamente por el ofendido por el delito o por su representante jurídico.

2) Debe referirse a delitos perseguibles a Instancia de parte, y

3) Debe contener la expresa manifestación de que se castigue al responsable del hecho delictivo.

La realidad legislativa de nuestro país, parece ignorar las anteriores críticas y de unos años a la fecha, han proliferado en las leyes penales, los delitos para cuya persecución se hace necesaria la instancia del ofendido.

Se estima que han pesado más los argumentos concernientes a que, la publicidad en ciertos delitos, causa mayores daños al pasivo, a su familia, que la ofensa misma y, de seguro, también ha influido una realidad a la que no puede cerrarse los ojos, consistente en que, cuantitativamente, se obtiene en la práctica con mayor frecuencia, protección para el ofendido o la víctima del delito, respecto a la reparación de los daños o al menos parte de ellos, en los delitos de querrela necesaria, que en los otros, sobre todo tratándose de delitos de contenido patrimonial, ello por el interés ostensible del inculpado, de que se le otorgue el perdón, para que se extinga la acción penal o, en su caso, la pena.

Es conveniente distinguir entre la extinción del derecho a querrellarse, y la extinción de la acción penal, aunque hay casos en que por igual causa, se extinguen los dos.

Desde luego, el derecho a querrellarse se halla en la esfera jurídica del ofendido, forma parte de la universalidad de sus derechos y si bien originariamente la acción penal pertenece al individuo, al gobernado, no ocurre lo mismo respecto de su ejercicio, cuya titularidad, conforme hemos visto, está conferida constitucionalmente al Ministerio Público.

El derecho que tiene el ofendido a formular querrela, en delitos perseguibles a instancia de parte, constituye un derecho potestativo, cuyo ejercicio depende solamente del interés o la conveniencia de su titular.

En cambio, la acción penal, no se rige por criterios de conveniencia, no por lo menos teóricamente en nuestra legislación procesal penal, en la que por encima de los intereses del Estado, se hallan los derechos públicos subjetivos del gobernado, de modo que su ejercicio constituye un imperativo jurídico para el Ministerio Público, cumplidos los requisitos legales que su ejercicio reclama. Es de esta manera, como se reafirma el poder deber del Ministerio Público, en relación con el ejercicio de la acción penal.

Esta diferencia, que ya se notaba en nuestros códigos de procedimientos penales, se ha explicitado en la reciente reforma de diciembre de 1994, al artículo 21 C., párrafo cuarto, que autoriza la impugnación, por vía jurisdiccional, de las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, si bien hasta el momento de escribir estas notas, no se ha expedido la ley que indique la forma de hacerlo.

Contrariamente a lo que piensa alguna parte de la doctrina, el perdón del ofendido, más que extinguir el derecho a la querrela, lo que extingue es la acción penal o la pena, según el caso, porque el derecho a la querrela, es obvio que fue ya ejercitado por su titular, pues solo así, existiendo la querrela como presupuesto, puede surgir el perdón.

Respecto a la denuncia o querrela como condiciones para el inicio de la averiguación previa por parte del Ministerio Público, no sobra insistir en que nuestra Constitución las establece de manera limitativa, y al disponer el párrafo segundo del artículo 16 constitucional no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querrela, las destaca como únicas formas de iniciar la investigación de los delitos, no obstante lo cual siguen iniciándose y autorizándose inconstitucionalmente la delación anónima y secreta, la pesquisa general o especial, las llamadas razias y la averiguación oficiosa, como formas paralelas de investigación delictiva, por parte del Ministerio Público.

La delación, es la denuncia que no suscribe el denunciante, quien con asentimiento de la autoridad, oculta su identidad. Al decir de Jiménez Huerta, estos delatores constituyen lo peor de la especie humana.

Esta situación anómala se agrava, al contemplar que ordenamientos legales, como la recientemente publicada LOPJF, antes que condenarla con energía, complacientemente y con dudosa constitucionalidad, admiten como forma de investigación la delación anónima y secreta, propia de la inquisición.

“La pesquisa como forma de averiguar delitos, representa igualmente, un acto procesal que repudia la Constitución y consiste en abocarse de manera oficiosa, a la investigación de hechos delictivos que no han sido denunciados ante la autoridad. Esta pesquisa se denomina general, cuando se practica contra personas indiferenciadas (como los ilegales retenes o puestos de revisión a cargo de policías o soldados en las carreteras) y particular, cuando se dirige contra un ciudadano en concreto”.¹³

¹³ CASTELLANOS Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 134

4.5 LA AUTORIZACIÓN.

Vamos a estudiar ahora la autorización, que al igual que la querrela, constituye un requisito de procedibilidad, es decir una condición sin cuyo cumplimiento, no puede iniciarse o continuarse, en su caso, la averiguación previa. Con ese propósito, haremos estas reflexiones:

Es un axioma que la ley está dictada para aplicarse a todos aquellos que se coloquen bajo su supuesto, lo cual se ha expresado tradicionalmente, con el aforismo: “La ley CS igual para todos”, principio que recogen los artículos 1º. 2º. 12 y 13 Constitucional, al establecer en lo conducente, que todo individuo gozará de las garantías otorgadas por la Constitución; que está prohibida la esclavitud en nuestro país; que no se concederán títulos nobiliarios, ni prerrogativas ni honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por otro país; y que ninguna persona o corporación puede tener fuero, aunque se admite la subsistencia del fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, pero con la advertencia de que los tribunales militares, no podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército.

Este planteamiento, en el que se admite como principio la igualdad de todos frente a la ley, se estudia doctrinariamente, dentro del ámbito de validez personal de la ley procesal penal.

Sin embargo, se han reconocido algunas excepciones al principio general antes enunciado, que obedecen a distintas razones, como la importancia del cargo desempeñado por la persona y, por consecuencia, las altas responsabilidades a ella confiadas; la investidura que ostenta y la garantía de independencia de que debe disfrutar en el desempeño de la función; en fin, los compromisos Internacionales adquiridos por nuestro país y otra serie de motivos similares que justifican, igualmente, los casos de excepción a la aplicación indiscriminada de la ley a todos sus destinatarios.

Doctrinariamente, las excepciones al principio enunciado, se analizan a través de la inviolabilidad y la inmunidad, esta última llamada igualmente fuero.

Conforme a la primera, el favorecido con ella, queda sustraído a la aplicabilidad de la ley. Esto significa que inviolabilidad e impunidad, son términos equivalentes.

La inviolabilidad será absoluta, cuando todos los actos del favorecido con ella, estén exentos de la aplicación de la ley; será relativa, cuando sólo algunos de esos actos salgan del marco de aplicabilidad legal.

Legalmente existen reconocidos casos de inviolabilidad relativa, como el que confiere el artículo 61 Constitucional, a los Diputados y Senadores, quienes son inviolables por las opiniones

que manifiesten en el desempeño de sus cargos, y jamás podrán ser reconvenidos por ellas. Anteriormente, cosa que inexplicablemente no hace la ley actual, la LOPJF (artículo 91) también reconocía expresamente esa inviolabilidad relativa para los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por los razonamientos que expresaran en sus resoluciones.

“La inmunidad, implica un privilegio procesal para el favorecido con ella, porque impide temporalmente la aplicación de la ley, por el tiempo en que subsista el impedimento, lo que significa, a diferencia de lo que sucede en la inviolabilidad en que se cancela de plano la aplicación de la ley, que su beneficiario sólo estará eximido de la aplicación de ella, mientras dure el obstáculo relativo, que por su naturaleza es esencialmente transitorio”.¹⁴

4.6 INMUNIDADES QUE DESTACA LA LEY.

La inmunidad constituye un privilegio del funcionario, consistente en dejarlo exento de la jurisdicción ordinaria; por lo que a continuación se analizan las siguientes:

4.6.1 INMUNIDAD PRESIDENCIAL.

Deriva del párrafo segundo del artículo 108 Constitucional, en tanto establece que el Presidente de la República, durante su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden.

Los delitos graves del orden común, sosteniendo algunos, que se aludía a los especificados en el artículo 22 Constitucional (traición a la patria; parricidio; homicidio con alevosía, premeditación o ventaja; plagio; asalto en caminos; piratería; delitos graves del orden militar).

“El párrafo cuarto del artículo 111 Constitucional, establece la forma de remover la inmunidad, señalando que sólo podrá ser acusado por la Cámara de Diputados (en caso de traición a la patria y delitos graves del orden común) ante la de Senadores, que resolverá con base en la legislación penal aplicable”.¹⁵

4.6.2 INMUNIDAD DE OTROS SERVIDORES PÚBLICOS.

“Se contiene en el artículo 111 Constitucional al expresar que para proceder penalmente en contra de los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Consejeros de la judicatura Federal, los Secretarios de Despacho, los Jefes de departamento Administrativo, los Representantes a la Asamblea del

¹⁴ Ibíd., p. 159

¹⁵ COLÍN Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de los Procedimientos Penales, p. 49

Distrito Federal, el titular del órgano de gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República y el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, por delitos cometidos durante su gestión, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculpado y sólo en el primer caso, se le pondrá a disposición de la autoridad competente, en el concepto de que será reinstalado en su cargo, si es Declarado inocente en sentencia”.¹⁶

4.6.3 INMUNIDAD DIPLOMÁTICA.

De la misma manera, disfrutan de esta prerrogativa los Jefes de Estado y Agentes diplomáticos extranjeros que se encuentren oficialmente en el país, a quienes no podrá aplicarse nuestra ley, si bien podrán ser juzgados en su país de origen por delitos cometidos en él, nuestros acuerdos con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961, publicada en el Diario Oficial de 3 de agosto de 1965 (en derecho internacional, se acepta que la inmunidad alcance también a los familiares de la representación diplomática, al personal de servicio y doméstico, no nacionales, que trabajan para la misión o sus miembros, e incluso, en otro orden de cosas, se otorga trato especial a la “valija diplomática”).

“El Tratado de Letrán de 11 de febrero de 1929 y el Convenio sobre Inmunidades de la Organización de Naciones Unidas, de 13 de febrero de 1946, así como la citada Convención de Viena, amparan la inmunidad del diplomático, en su tránsito por terceros Estados. En nuestro país, la inmunidad alcanza a los Jefes de Estado extranjeros en visita oficial (Emperadores, Reyes, Presidentes. De la República) incluyendo al Papa como Jefe del Estado Vaticano, a los representantes de los Estados miembros la Organización de Naciones Unidas, a los de la Organización de Estados Americanos (Carta de Bogotá de 1948) y a los de la Corte Internacional de Justicia, según su Estatuto”.¹⁷

4.6.4 INMUNIDAD POR RECIPROCIDAD INTERNACIONAL.

“La confiere el artículo 5°. III y IV, CP, cuando dispone que los delitos cometidos a bordo de un buque extranjero surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la República, o a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio o en atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjeras, si el delincuente o el ofendido fueren de la tripulación y no se turbare la tranquilidad pública, se remitirán a los dictados de la reciprocidad internacional, lo

¹⁶ *Ibíd.*, p. 67

¹⁷ BARRAGÁN Salvatierra, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, p. 146

que quiere decir que si el país al que corresponde la bandera del buque o aeronave, ha declinado su jurisdicción en favor de la mexicana, en casos similares, procederá que se retraiga la jurisdicción mexicana”.¹⁸

4.6.5 INMUNIDAD EN LA EXTRADICIÓN.

“Se contempla en el artículo 10 II de la Ley de Extradición Internacional, en la medida en que prohíbe al Estado requeriente, procesar al extraditado por delitos cometidos antes de la extradición y que no figuren en la demanda y sean inconexos con los fijados en ella, excepto si lo acepta el inculcado expresamente”.¹⁹

4.6.6 INMUNIDAD DE PROCESAMIENTO A MILITARES EXTRANJEROS.

“Surge de la cotidianidad en el tránsito y la permanencia de tropas extranjeras en países aliados o neutrales y encuentra fundamento en el artículo 301 del Código Bustamante y el 61 del Código de Justicia Militar. Por virtud de esta inmunidad, no podrá someterse a juicio a los militares extranjeros, por delitos cometidos en territorio nacional, si se encuentran en él con autorización otorgada por nuestro país”.²⁰

4.6.7 INMUNIDAD DE TIPO ADMINISTRATIVO.

Beneficia a algunos servidores públicos, con el fin esencial de que estén en aptitud de cumplir sus funciones sin la angustia y presión que implican necesariamente las investigaciones delictivas. Así, disfrutan de ella conforme a los artículos 672 CDF, 31 LOPGR, los magistrados, jueces y agentes del Ministerio Público en el orden Común y los agentes del Ministerio Público Federal. En su caso, la autorización para el juzgamiento deberá otorgarse por el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal o el Procurador de Justicia que Corresponda

En materia federal, no se otorga la Inmunidad a Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito como un requisito de procedibilidad, es decir, como condición para que el Ministerio Público inicie o continúe una averiguación previa en contra de aquéllos, ya que el artículo 81 X y XI de la LOPJF, señala como requisito previo indispensable, la Suspensión en sus cargos que en su caso provea el Consejo de la Judicatura Federal, a solicitud de la autoridad judicial que conozca del procedimiento penal que se siga en su contra, pero solamente para su aprehensión y enjuiciamiento.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 157

¹⁹ PRECIADO Hernández, Julio Antonio, Programa de Derecho Procesal Penal, p. 201

²⁰ *Ibíd.*, p. 210

El párrafo segundo de la fracción X en estudio, dispone que si llegare a ordenarse o a efectuarse una detención sin que exista la previa suspensión en el empleo, se procederá en términos de la fracción XIX del artículo 225 CP, que tipifica como delito el abrir un proceso penal contra un Servidor público con fuero, sin habérselo retirado previamente conforme a la ley.

No sobra subrayar que el artículo 148 1 y 111 GP, establecen como delito la infracción legal de la inviolabilidad y de las inmunidades de cualquier tipo.

“Finalmente, hay que señalar que los plazos para la prescripción de la acción penal que señala el CP, se interrumpen en tanto el servidor público desempeñe el cargo del que deriva su inmunidad.

Pues bien, la autorización es precisamente el acto por el cual se remueven legalmente las inmunidades”.²¹

4.7 DECLARATORIA DE PERJUICIOS

“Tratándose de delitos fiscales como el contrabando o el encubrimiento de contrabando, el Código Fiscal de la Federación señala como requisito para su perseguibilidad, además de la querrela, la declaratoria que habrá de formular la autoridad hacendaria, de que el Fisco Federal, con la conducta del infractor, ha sufrido o pudiera haber sufrido perjuicios, lo que constituye también un requisito de procedibilidad, en tanto el Ministerio Público no podrá iniciar o continuar, según el caso, la averiguación previa, sin satisfacerlo previamente. En estas hipótesis, el artículo 113 in fine CFPP, ordena al Ministerio Público Federal ponerse en comunicación con la autoridad, para que ésta de estimarlo conducente, llene el requisito”.²²

4.8 LA DECLARATORIA DE PROCEDENCIA

La declaratoria de procedencia constituye una forma de remoción de las inmunidades, hay que subrayar que esta declaratoria no prejuzga, de ninguna manera, acerca de la inocencia o culpabilidad del servidor público.

“El juicio de procedencia, solamente tiene el efecto de determinar si se remueve o no la inmunidad o el privilegio procesal riel favorecido, y si por ende, se le pone o no a disposición de la autoridad que proceda”.²³

²¹ *Ibíd.*, p. 218

²² SILVA Silva, Jorge Alberto, *Derecho Procesal Penal*. p. 197

²³ *Ibíd.*, p. 209

4.9 LA CONCLUSION DEL JUICIO POR CALUMNIAS

“Cuando haya pendiente un juicio, en averiguación de uii delito imputado a alguien calumniosamente, se suspenderá el ejercicio de la acción de calumnia hasta que dicho juicio termine”.²⁴

4.10 DECLARATORIA DE LA CONTRALORÍA

“En los casos de delito de enriquecimiento ilícito, previsto en el artículo 224 Código Penal, es menester que la Secretaría (le la Controlaría y Desarrollo Administrativo, declare, previamente al inicio de la Averiguación Previa, que el servidor publico investigado no justificó la procedencia lícita del incremento substancial de su patrimonio, de acuerdo a lo estatuido en el artículo 90 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos”.²⁵

4.11.1 LA ACTIVIDAD INVESTIGATORIA.

Una vez que el Ministerio Público recabó la denuncia correspondiente y, si fuere el caso, se encontraren cubiertos los requisitos de procedibilidad (queda claro que no todos los casos los exigen) tendrá que realizar la investigación que procede, para determinar fundamentalmente, si en el caso esta probados los elementos que integran el cuerpo penal del delito de que se trate, así como la probable responsabilidad del inculpado. Esto es lo que constituye actividad investigadora del Ministerio Público que, a dudarlo, es la parte toral de la averiguación previa.

En esta fase investigatoria, como durante toda la averiguación previa, el Ministerio Público actúa con el carácter de autoridad, con todas las implicaciones que ello acarrea, desde la realización de actos autoritarios, es decir aquellos para cuya validez no se requiere el concurso de la voluntad de los gobernados, hasta la procedencia del juicio de amparo, por determinaciones que dicte dentro de la misma investigación, con exclusión, hasta ahora, de la resolución con la que ponga fin a este procedimiento penal.

Practicará el Ministerio Público todas las diligencias que estime conducentes al esclarecimiento de los hechos que llegaron a su conocimiento a través de la denuncia o la querrela: interrogará testigos, practicaré careos, dará fe de hechos, inspeccionará objetos, lugares o personas, recabará documentos, podrá dar asistencia a damnificados, atención médica a los participantes en los hechos, fijar cauciones, aplicar medidas disciplinarias o de apremio, ordenar inhumaciones, solicitar arraigos, asegurar bienes, y en fin, desahogar cualquier probatorio y con

²⁴ Ibíd., p. 223

²⁵ GONZÁLEZ de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano, p. 264

la ayuda de sus auxiliares, recabar peritajes, estudios de criminalística, medicina forense, reconstrucción de hechos, ejecutar cateos, etc.

No existe límite en cuanto al tiempo de duración de la averiguación previa, cuando ésta es practicada sin detenido, de manera que el Ministerio público podrá tomarse el tiempo que requiera hasta realizar cabalmente su actividad de investigación.

“Concluida la investigación, el Ministerio Público estará en condiciones de determinar si ha lugar o no a ejercitar la acción penal”.²⁶

4.11.2 DETERMINACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La doctrina procesal penal mexicana, en términos generales, está de acuerdo en que la averiguación previa puede concluirse por el Ministerio Público, con cualquiera de estas determinaciones:

- a) Consignación o ejercicio de la acción penal;
- b) No ejercicio de la acción penal o archivo, y
- c) Reserva o archivo provisional.

La consignación o ejercicio de la acción penal, no termina con la averiguación previa, porque si esto fuera exacto, no tendría sentido que, como ocurre cotidianamente, al consignar; el Ministerio Público “deje abierto el triplicado de la averiguación para seguir actuando en indagación del delito o de algunos otros probables responsables de él”. En caso de aceptar que el procedimiento penal de averiguación previa, concluyera con la consignación, al ejercitar la acción penal ante el juez, en ese mismo momento, por efecto de dicha determinación del Ministerio Público, quedaría concluida la averiguación, lo cual simplemente no ocurre.

Es practica inveterada que nadie ignora, que las procuradurías de justicia de todo el país, incluida naturalmente la Procuraduría General de la República, instruyen una averiguación previa y la consignan en su momento ante el juez, en ejercicio de la acción penal, en contra de alguna o algunas personas, y sin embargo, continúan actuando en otra copia de la propia investigación, Con lo cual aparte de que queda claro que no es la consignación un acto procesal que pone fin a la averiguación previa, curiosamente y de manera ilegal, adoptan, por un lado el carácter de parte procesal, respecto del proceso motivado por la inicial consignación, y por el otro, el carácter de autoridad con todo lo que ello representa, en relación con la propia averiguación previa en cuya copia continúan actuando.

²⁶ Ibíd., p. 246

En estos casos, el Ministerio Público sólo se limita a enviar al juez las actuaciones que está practicando, con lo que, paradójicamente, en un mismo asunto, en distintos niveles, uno administrativo y el otro judicial, pero en forma paralela, a un tiempo, están conociendo las dos autoridades, la del Ministerio Público y la del juez.

La consignación o ejercicio de la acción penal, no es una determinación del Ministerio Público, por la que se ponga fin a la averiguación previa.

Pero tampoco concluye la averiguación previa, con la determinación ministerial de no ejercicio de la acción penal o de archivo, porque como es bien sabido, la Interpretación jurisprudencial reiteradamente ha sostenido que por provenir de un órgano del Ejecutivo, como lo es el Ministerio Público, y al no constituir por tanto, una resolución judicial propiamente dicha, la determinación de no ejercicio o archivo, no alcanza jamás el rango de cosa juzgada, por lo cual, ningún impedimento legal existe para que en determinado caso, se rescate del archivo una averiguación previa en la que el Ministerio Público haya determinado el no ejercicio de la acción penal, para posteriormente consignarla ante la autoridad jurisdiccional. Este es el criterio sostenido:

“AVERIGUACIÓN PREVIA, ARCHIVO DE LA. No PRODUCE LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE ZACATECAS). Los acuerdos de archivo de las averiguaciones previas penales no causan estado, no producen cosa juzgada y no extinguen la acción penal que resulta de las mismas.”. Amparo Directo 1404/74, Francisco Ceniceros Ramírez, 28 de agosto de 1974, la. Sala, 7 Época, vol. 68, pág. 15.

“La determinación de reserva, al constituir solamente un archivo provisional del expediente en que se actúa, cuyo efecto es posponer el trámite de la misma, hasta que desaparezca el obstáculo que impide momentáneamente su prosecución, tampoco pone fin al procedimiento penal de averiguación previa que analizamos”.²⁷

4.12 EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

Hablaremos primero del ejercicio de la acción penal. Ya hemos establecido que por imperativo del artículo 21 Constitucional., el Ministerio Público es el órgano encargado de la investigación y persecución de los delitos, teniendo bajo su autoridad y mando directo a la policía. Pues bien, la forma en que cumple con el mandato constitucional, es a través del ejercicio de la acción penal, es decir, el Ministerio Público, órgano ejecutor de los delitos, vale decir de

²⁷ Ibíd., p. 258

quienes los cometen, al consignar la averiguación previa ante el juez, está ejercitando ese poder deber que le impone la norma suprema del país.

Sin embargo, la acción penal no debe ser ejercitada de manera caprichosa o arbitraria por su titular, porque existe una normatividad a la que debe sujetar su actuación, y solamente cuando de la observancia de esa normatividad, resulte procedente, entonces deducirá la acción penal ante la autoridad judicial.

a) Consignación sin detenido, con pedimento de orden de aprehensión. Diferencia entre orden de aprehensión y orden de comparecencia. El Ministerio Público puede ejercitar la acción penal sin detenido, que constituye el tipo de consignación más frecuente, porque como más adelante explicaremos, la consignación con detenido solamente procederá en dos casos: cuando el indiciado esté privado de la libertad por orden del Ministerio Público, por tratarse de un caso de “flagrancia” o bien cuando se esté frente a un caso urgente”.

Pues bien, tratándose de una consignación sin detenido, legalmente el Ministerio Público una vez practicada la averiguación previa, deberá hacer una valoración del material probatorio que recabó en dicho procedimiento penal y a la luz de lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional, determinar si están satisfechos los requisitos, que doctrinariamente se conocen como los presupuestos generales de la acción penal, único caso en el que estará legitimado para consignar ante el juez, en ejercicio de dicha acción.

Esos presupuestos cuya satisfacción procurará el Ministerio Público, son:

- 1) La existencia de una denuncia, acusación o querrela;
- 2) Que dicha denuncia, acusación o querrela, se refiera a hechos que la ley señale como delitos;
- 3) Que esos delitos tengan señalada en la ley cuando menos pena privativa de libertad;
- 4) Que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal
- 5) Que existan datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Al requerirse en la norma constitucional que el delito tenga señalada en la ley “cuando menos pena privativa de libertad”, lo que hace es reconocer que existe penas más graves y menos graves que aquella, atendiendo a los bienes jurídicos en cada caso tutelados por la ley penal.

Habrá que aclarar que si el delito tuviera señalada en la ley una pena alternativa, es decir, prisión o multa, o bien una pena distinta de la privativa de libertad, eso no sería obstáculo para

que el Ministerio Público ejercitara la acción penal, sólo que al consignar ante el juez los hechos, solicitaría en vez del libramiento de una orden de aprehensión, una orden de comparecencia, que por definición, no amerita la privación de la libertad del indiciado.

“La consignación del Ministerio Público con solicitud de orden de aprehensión y la que realiza con petición de orden de comparecencia, deben reunir similares requisitos. La diferencia es que, respecto de la primera, el delito materia de la consignación deberá tener señalada en la ley, cuando menos, pena privativa de libertad y, en la otra, pena alternativa o diferente a la de prisión”.²⁸

4.13 CONSIGNACIÓN CON DETENIDO.

Flagrante delito y casos urgentes. La cuasiflagrancia, la consignación con detenido la realiza el Ministerio Público cuando satisfechos los requisitos del artículo 16 Constitucional que hemos mencionado, se está en presencia de flagrante delito (en los que incluiremos los cometidos en cuasiflagrancia a la que haremos especial mención, al igual que a la que denominaremos flagrancia por equiparación) o bien tratándose de caso urgente.

Quien lleve a cabo una detención en flagrante delito, deberá entregar al indiciado a la primera autoridad que encuentre, sin importar que sea del Ejecutivo, del Legislativo o del Judicial y sin importar, tampoco. Que se trate de una autoridad federal, estatal o municipal.

El caso urgente del párrafo quinto, en cambio, autoriza al Ministerio Público, cumplidos ciertos requisitos, a detener a una persona mientras practica la investigación preliminar correspondiente.

Nuestros códigos de procedimientos penales (artículos 193 CFPP y 267 CDF) en cambio, estiman que existe delito flagrante, en estos casos. En el orden federal:

1. Cuando el indiciado es detenido en el momento mismo de la comisión del delito (flagrancia propiamente dicha), y

II. Cuando inmediatamente después de ejecutado hecho delictuoso (Casos de cuasiflagrancia):

- 1) Aquél es perseguido materialmente, o
- 2) Alguien lo señala como responsable y en este caso, además:
 - a) Se le encuentra en poder del objeto o instrumento del delito, o

²⁸ Ibíd., p. 276

b) Se le encuentran huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en el delito.

En el orden común se entiende que existe delito flagrante (flagrancia propiamente dicha):

I) Cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o

II) Cuando el inculpado es perseguido material e inmediatamente después de haber ejecutado el delito.

Una reciente reforma al artículo 267 del CPFED, establece ahora la llamada flagrancia por equiparación que existiría:

I) Cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quienes hubiera participado con ella en la comisión del delito, o

II) Cuando se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito, siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley. Y. no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde la comisión de los hechos delictivos, se hubiere iniciado la averiguación previa respectiva no se hubiese interrumpido la Persecución del delito.

El Ministerio Público iniciará desde la averiguación previa y bajo su responsabilidad, según proceda, decretará la retención del indiciado si satisfechos los requisitos de procedibilidad y él, merecen pena privativa de libertad, o bien, ordenan la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de libertad, o alternativa.

Habrá caso urgente (artículos 194 CFPP y 268 CPF) y el Ministerio Público podrá ordenar por escrito la detención, bajo su responsabilidad, fundando y expresando los indicios que acrediten:

a) Que el indiciado haya intervenido en la comisión de un delito catalogado como grave. (El artículo 194 CFPP en reciente adición de 13 de mayo de 1996, establece como delitos graves: los previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal: Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60 tercer párrafo traición a la patria previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126; espionaje, previsto en los artículos 127 y 128; terrorismo, previsto en el 139 primero; en el 140, párrafo primer párrafo sabotaje; así como los previstos en los artículos 142 párrafo Segundo y 145; piratería, previsto en los artículos 146 y 147; genocidio en el 149 bis; evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152; ataques a las vías de comunicación de los artículos 168 y 170;

uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 bis, párrafo tercero; contra la salud, previstos en los artículos 194, 195, párrafo primero, 195 bis, excepto cuando se trate de los casos previstos en las dos primeras líneas horizontales de las tablas contenidas en apéndice uno, 196 bis, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero; corrupción de menores, previsto en el artículo 201; trata de personas del 205 segundo párrafo; explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, del 208; falsificación y alteración de moneda, del 234, 236 y 237; violación, del artículo 265, 266 y 266 bis; asalto en carretera caminos, del 286, segundo párrafo; homicidio, de los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 3715 bis, 320 y 323; secuestro, del 366, exceptuando el párrafo antepenúltimo; robo calificado, del 367 en relación con el 370 párrafo segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracciones VIII, LX y X, 381 bis; Robo previsto en el 371 párrafo último; extorsión en el 390 y operaciones con recursos de procedencia ilícita en el 400 bis, así como los previstos en los artículos 83 fracción III, 83 bis, exceptuando sables, bayonetas y lanzas y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; tortura previsto en los artículos 3º. Y 5º. De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura; tráfico de indocumentados del artículo 138 de la Ley General de Población; y los previstos en los artículos 104, fracciones II y III, último párrafo y 105 fracción IV del Código Fiscal de la Federación.

También adicionado el 13 de mayo de 1996, el artículo 268 del CDF, en sus (los párrafos finales, califica los siguientes, como delitos graves: El homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60, párrafo tercero; terrorismo en el 139, párrafo primero; sabotaje en el 140, párrafo primero; evasión de presos, en los artículos 150 y 152; ataques a las vías de comunicación, en los artículos 168 y 170; corrupción de menores, en el 201; trata de personas, en el 205, segundo párrafo; explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, en el 208; violación en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto, en los artículos 286, párrafo segundo y 287; homicidio en los artículos 302, con relación al 307, 13, 315 bis, 320 y 323; secuestro, en el artículo 366, exceptuando el párrafo antepenúltimo; robo calificado en los artículos 367, en relación con el 370, párrafos segundo y tercero, cuando además se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 377, ~381 fracciones VIII, IX y X y 381 bis; robo, previsto en el 371, párrafo último; extorsión, previsto en el artículo 390; y, despojo, en el 395, último párrafo, todos del CF; también lo será el delito de tortura previsto en los artículos tercero y

quinto de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura. La tentativa punible de los ilícitos penales anteriores, también se califica como delito grave.

Tanto el CFPP como el CDF, expresan como argumento para calificar a los citados delitos como graves, el que afectan valores fundamentales de la sociedad, lo cual por lo menos resulta incompleto y contradictorio porque hace pensar que los otros delitos no afectan aquellos valores, cosa que todavía estaría por aclararse.

b) Que exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la Justicia,

c) Que por la hora, lugar o cualquiera otra circunstancia, no pueda ocurrir el Ministerio Público a la autoridad judicial, para solicitar la orden de aprehensión.

La violación de esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario que decrete indebidamente la detención y el sujeto será puesto en inmediata libertad.

El párrafo séptimo del artículo 16 Constitucional de una vez por todas resuelve el añejo problema de la temporalidad de la averiguación previa con detenido, al que hacíamos referencia un poco antes. Ordena la norma constitucional que ningún indiciado será retenido por el ministerio publico, por mas de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición del juez.

La averiguación previa con detenido, ahora durará como máximo cuarenta y ocho horas salvo el caso de que se trate de delincuencia organizada, así establecida por la ley, pues en tal supuesto, podrá prolongarse la detención y por ende la investigación, por otras 48 horas más.

Sobra decir que si en ese tiempo no se integra la averiguación previa, el Ministerio Público tendrá que ordenar la libertad del detenido.

En ese caso, el órgano de la acusación podrá optar entre proseguir la averiguación previa, sin detenido y por tanto sin limitación por cuanto al tiempo, o bien solicitar el arraigo del indiciado.

El artículo 2º de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, publicada en el Diario Oficial de 7 de noviembre de 1996, define y extiende el concepto de delincuencia organizada, así: “Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada: 1. Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero;

falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis, todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; II. Acopio y tráfico de armas previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; III.

Tráfico de Indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población; IV Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud, y V. Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter., y robo de vehículos, previsto en el artículo 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales.”

Si el Ministerio Público estima necesario el arraigo del inculpado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al juez, fundado y motivando su petición para que éste, con audiencia del inculpado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares y que podrá concederse por treinta días, con la opción de duplicarse a petición del Ministerio Público (artículo 133 bis CFPP y 270 bis CDF). El artículo 12 de la LFCDO, explica con más amplitud el arraigo y alarga su duración al decir:

“El juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, con vigilancia de la autoridad la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo. Debe recordarse que esta norma sólo regula casos de delincuencia organizada.

El no-ejercicio de la acción penal en sus especies provisional y definitiva. El Ministerio Público decretará el archivo o no ejercicio de la acción penal, en alguno de estos supuestos:

a) Cuando practicada la averiguación previa, no se satisfagan los requisitos del artículo 16 C. (en ausencia de denuncia, acusación o querrela, a falta de la prueba de los elementos integrantes del tipo penal o por no estar acreditada la probable responsabilidad);

b) Cuando exista demostrada alguna causa que excluya el delito (artículo 15CP) o,

c) En caso de estar evidenciada alguna circunstancia que extinga la acción penal, como la muerte del indiciado, la prescripción, el perdón del ofendido en delitos perseguibles por querrela necesaria, etc.

De acuerdo con el artículo 139 CFPP, la determinación de archivo necesariamente tendrá que ser definitiva, lo que significa que producirá el efecto de impedir definitivamente el ejercicio de la acción penal respecto de los hechos que la motiven, si se dictare en los casos a que aluden los artículos 137 y 138 de la misma ley, los que expresan: “El Ministerio Público no ejercerá la acción penal: I. Cuando la conducta o los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la Ley Penal; II.

“Cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo participación en la conducta o en los hechos punibles, y sólo por lo que respecta a aquél; III. Cuando, aun pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos de que se trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable; IV. Cuando la responsabilidad penal se halla extinguido legalmente, en los términos del CP; y, V. Cuando de Las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal.”²⁹

4.14 LA ACCIÓN PENAL

En la actualidad, no se discute ya el derecho de castigar que tiene el Estado. Esa facultad que constituye su función propia, se manifiesta cuando establece ciertas conductas como delictuosas y señala las penas que corresponden a quienes las cometan. Es el llamado “jus puniend” o Derecho Penal subjetivo.

Una vez que el Estado ha determinado las conductas que constituyen delito y las penas o medidas de seguridad aplicables a quienes los cometan, corresponde determinar a qué órgano se encomienda su persecución, cuando estos son cometidos en el mundo fáctico.

“El Ministerio Público, pues, cumple con la función de perseguir los delitos, a través del ejercicio de la acción penal, como una facultad que se le otorga constitucionalmente, pero también como una obligación que se establece a su cargo, esto es, no constituye sólo un derecho

²⁹ Ibíd., p. 256

potestativo ingresado a su esfera jurídica, sino al propio tiempo es un deber jurídico el que tiene, por eso, la acción penal es un poder deber encomendado al Ministerio Público, con cuya sustentación realiza la función persecutoria del delito”.³⁰

4.15 NATURALEZA JURÍDICA

Como la norma constitucional encarga al Ministerio Público la persecución de los delitos, debe entenderse que los gobernados, originariamente titulares de la acción, encomiendan el ejercicio de ésta, por determinación del propio Estado y de manera exclusiva, a dicho órgano especializado, el cual contará con el auxilio de la policía que estará bajo su mando directo.

Así lo reconocen también, los artículos 2 del CFPP y 2 del CDF.

Como ya hemos expresado y ahora reiteramos, al ejercitar la acción penal, el Ministerio Público plantea al juez estas interrogantes: ¿en el caso concreto que someto a tu conocimiento, existe delito? En caso afirmativo surgirá la otra cuestión: ¿es responsable penalmente el inculpado, por la comisión de ese delito?

“La única excepción que contempla nuestra legislación, a la actuación monopolística del Ministerio Público, en cuanto al ejercicio de la acción penal, se encuentra consignada en los artículos 108, párrafo segundo, 110 y 111 C., al autorizar a la Cámara de Diputados para acusar al Presidente de la República, por traición a la patria o algún delito grave del orden común, ante la de Senadores, la cual resolverá aplicando las sanciones con base en la legislación penal aplicable”.³¹

4.16 CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PENAL

Doctrinariamente se atribuyen varias características a la acción penal.

“a) Es pública, pero no en el sentido que corresponda su ejercicio a cualquier persona, no como acción popular, sino porque persigue un fin público, que consiste en la aplicación de la pena al delincuente, en defensa de los intereses sociales, lo que constituye una cuestión que interesa erga omnes. De igual forma, es pública por razón del órgano que la ejercita y que pertenece al poder público, en contraposición a las acciones privadas, cuyo ejercicio no corresponde al Estado, sino a los particulares.

b) Se afirma que la acción penal Es indivisible, en tanto abarca a todos los participantes en un delito, lo que quiere decir que no hay una acción penal para cada uno de ellos.

³⁰ Op. Cit, COLÍN Sánchez, Guillermo, p. 201

³¹ Ibídem, p. 208

c) Es autónoma en la medida en que no depende del derecho abstracto de castigar que corresponde al Estado, ni del concreto que asiste al juez. Significa lo anterior que la acción penal puede ser ejercitada, hipotéticamente, en forma caprichosa por el Estado, aun cuando no exista el derecho a castigar a una persona en concreto, pues una absolución no resta, sino reafirma independencia y legitimidad a la acción penal. Acaso le niega esa legitimidad a la sanción.

d) Es única porque envuelve a todos los delitos que se hubieren cometido con una conducta delictiva, lo que quiere decir que no existe una acción para cada delito. Si alguien comete fraude, falsificación de documentos y uso de documentos falsos, por ejemplo, toda la conducta típica será abrazada por una sola acción penal, sin que pudiera hablarse de una acción penal para el fraude, otra para la falsificación y otra más para el otro delito.

e) No necesita insistirse en que la acción penal es intrascendente, porque es bien sabido que no va más allá de la persona del inculpado, o sea, que no alcanza a sus familiares o a terceros, supuesto que sólo se dirige a quien se imputa el delito”.³²

4.17 TITULARIDAD DE LA ACCIÓN PENAL.

El Ministerio Público no es el dueño de la acción penal. Solamente es un órgano del Estado al que éste encarga la persecución de los delitos por medio de su ejercicio. Es decir, el Ministerio Público, según hemos dicho, tiene el derecho de ejercitarla, pero también el deber de hacerlo.

Por eso, en el ejercicio de la acción penal, no puede actuar de manera caprichosa o arbitraria, sino debe ceñir su actuación a la ley.

A propósito del ejercicio de la acción penal, dos son los principios que rigen en esta materia: el de legalidad, y el de la oportunidad.

Conforme al primero, que acogen los países en que se dan los procesos de desarrollo democrático, satisfecho los presupuestos generales de la acción, el Ministerio Público se encuentra legalmente obligado a ejercitarla ante el juez.

La doctrina mexicana, en esta materia del ejercicio de la acción, tradicionalmente admitió que en nuestros códigos, imperaba el principio de legalidad, cuestión muy discutible, si no se pierde de vista que la ley no provee de algún recurso ordinario, que pueda enderezarse contra la determinación del Ministerio Público de no ejercitar la acción penal.

³² Ibíd., p. 257

“Actualmente sí se puede interponer amparo contra la determinación de no ejercicio de la acción penal, después de llevar a cabo el procedimiento ante el procurador”.³³

4.18 DISTINCIÓN ENTRE ACCIÓN PROCESAL Y ACCIÓN PENAL.

Hemos dicho que el Estado tiene la potestad de señalar las conductas delictivas y establecer las sanciones (penas o medidas de seguridad) que habrán de imponerse a quienes las cometan, lo que constituye precisamente la pretensión punitiva o jus puniendi cuyo tratamiento corresponde al Derecho Penal Subjetivo.

Ahora bien, la acción penal supone para su nacimiento, la comisión de un hecho delictuoso que, a través de ella, habrá de perseguirse por el Ministerio Público, y castigarse, en su caso, por el juez.

La acción procesal penal, ya lo comentamos, sucede no precisamente al delito, que en su caso, podrá o no existir, sino a la investigación de los hechos que practica el Ministerio Público y como consecuencia de esa investigación, al estimar satisfechos por el órgano de la acusación, los requisitos constitucionales, la ejercita ante el juez.

Teóricamente, el Ministerio Público no promoverá la acción procesal penal si no existe antes un delito cometido, pero sólo teóricamente, porque en la realidad, como llevamos dicho, nada se opondría a que se ejercitara esa acción, sin un sustento o contenido, pues su carácter independiente y abstracto en relación con la acción penal, podría manifestarse, por ejemplo, cuando el órgano de la acusación la promoviera, a pesar de ser inexistente el hecho delictivo. En este caso, el juez en su momento procesal, seguramente la desecharía.

Sin embargo, queda de manifiesto, de esta manera, que acción penal y acción procesal penal, son dos cuestiones diferentes, si bien debe admitirse que el ejercicio de ésta, constituye la forma usual de hacer valer la primera.

Sólo para finalizar este capítulo, diremos que como derecho a establecer los delitos y las penas o medidas de seguridad, el jus puniendi del Estado, no está sujeto a extinción.

Sí lo está la acción penal, en tanto poder deber del Estado, ejercido a través del Ministerio Público, para instar al órgano jurisdiccional a decir el derecho, como también puede válidamente extinguirse la sanción impuesta al delincuente.

Por esto, la ley se refiere a la extinción de la acción penal y de la pena.

³³ Op. Cit., GONZÁLEZ de la Vega, Francisco, p. 184

Aunque algunas causas de las que se mencionarán, también extinguen la sanción, por ahora nos referiremos sólo a las causas que extinguen la acción, que son: La sentencia definitiva, el sobreseimiento, la muerte del inculpado, la amnistía, el perdón del ofendido, la prescripción y la ley nueva que suprima el tipo penal o lo modifique.

1. La sentencia definitiva, ya que si al ejercitar la acción, se busca que se resuelva el conflicto de intereses, solucionado éste, por medio de la sentencia.

2. Por idénticas razones, extingue la acción penal el sobreseimiento, cuando adquiere carácter de cosa juzgada.

3. La muerte del inculpado, habida cuenta del carácter intrascendente de la acción penal, aunque debe aclararse que no se extingue, por este medio, la acción reparadora de daños ni el decomiso de los objetos e instrumentos del delito (artículo 91 CP).

4. La amnistía, que es una ley, por participar de las características de todo acto legislativo, a través del cual, al declarar extinguida la acción (a veces la sanción, artículo 92 CP) el Estado otorga una especie de perdón y cubre de olvido ciertas conductas delictivas, que ocurrieron como consecuencia de la ruptura del orden social.

5. El perdón del ofendido, también es causa extintiva de la acción penal, en estos casos (artículos 93 CP y 148 CFPP):

a) Solamente tratándose de delitos perseguibles a instancia de parte.

b) El perdón tendrá que otorgarse precisamente por el ofendido por el delito o su representante legal, o bien por el autorizado para expresar que el interés afectado ha sido satisfecho, en los casos de delitos perseguibles por acto equivalente a la querrela, y

c) Deberá darse ante el Ministerio Público, en la averiguación previa o ante el juez, hasta antes de dictarse Sentencia de segunda instancia.

6. La prescripción que con me propiedad, como afirma el maestro Ernesto Gutiérrez y González, debía denominarse caducidad, pues aquella constituye, como es bien sabido, una forma de adquirir derechos o extinguir Obligaciones, por el simple transcurso del tiempo y en las condiciones que señala la ley, lo que no ocurre con la prescripción de la acción penal o de la pena, pues ni el Inculpado como tampoco el Estado adquieren nada al ocurrir; ni extinguen obligación alguna.

“En materia procesal penal, la prescripción (caducidad) extingue la acción penal en relación con todo tipo de delitos, graves o no graves, perseguibles de oficio, o de querrela

necesaria, Sancionados con pena privativa de libertad, alternativa o diferente a la prisión y este medio extintivo de la acción se estima de orden público, por lo que opera oficiosamente aunque no se alegue por el inculcado. Los artículos 100 y siguientes CP, establecen las reglas bajo las cuales se rige, debiendo también tener presente que el artículo 6° de la LFCDO señala: “Los plazos para la prescripción de la pretensión punitiva y de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad correspondientes, se duplicarán respecto de los delitos a que se refiere el artículo 2° de esta ley cometido por miembros de la delincuencia organizada”.³⁴

7. Finalmente, por razones que saltan a la Vista, extingue la acción penal la ley nueva que suprime el tipo penal o lo modifique (artículo 117 CP).

4.19 ANÁLISIS.

El análisis del tema que nos ocupa, resulta de la importancia que tiene la justa aplicación de la Ley, específicamente en cuanto a la primera parte del proceso penal llamada aquí en el Estado “Investigación Ministerial” dentro de un amplio aspecto que incluye a todos los individuos sin importar su nivel cultural, social o económico y que sólo busca garantizar el respeto de los intereses de la sociedad.

La investigación ministerial, por un lado pretende realizar una indagación lo más exacta y extensa posible para confirmar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de algún individuo y por otro lado velar por los intereses de la sociedad principalmente la prevención de los delitos y la aplicación de la ley para quienes delinquen, esto último significando una garantía de legalidad. El Ministerio Público; como institución de buena fe tiene el encargo de realizar funciones en representación de la sociedad, tales como la persecución de los delitos a través del ejercicio de la acción penal, así como velar por la legalidad como principio rector de la convivencia humana. En el presente trabajo se hace un panorama general del objetivo de la Investigación Ministerial, el cual constituye la primera etapa del procedimiento penal.

Por lo tanto la investigación ministerial; es la primera etapa del procedimiento penal; durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal.

El titular de la investigación ministerial es el Ministerio Público; tal afirmación se desprende de lo establecido en el artículo 21 Constitucional que tiene la atribución del Ministerio

³⁴ Ibíd., p. 188

Público de averiguar, de investigar, de perseguir los delitos, evidentemente si el Ministerio Público tiene la atribución de orden constitucional de averiguar los delitos y esta atribución la lleva acabo mediante la investigación ministerial, la titularidad de la misma corresponde al Ministerio Público.

CONCLUSIONES.

Dentro del presente trabajo se establecen debidamente las actividades investigadoras y del ejercicio de la acción penal, así como del ejercicio de la acción procesal penal del Ministerio Público en cumplimiento, de la función persecutoria, y en su defecto dejar de consignar algunas actividades que forman parte del cuerpo del ejercicio de la acción penal, y así como de exceso al incluir actividades que, como pedir la libertad del detenido no forman parte del ejercicio de la acción penal si no al contrario su negación, pues como es sabido el ejercicio de la acción penal se constituye por todas aquellas actividades que desarrolla el Ministerio Público precisamente ante el Organo Jurisdiccional, teóricamente encaminado a que este declare: o que al ser del delito se aplique el deber ser de la pena o que al no ser del hecho no delictuoso, se aplique el deber ser de la pena finalidad que no se persigue.

Y en términos generales dentro de la integración de la Averiguación Previa el Ministerio Público tiene el derecho y obligación de investigar los hechos delictuosos para efecto de comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de los imputados, y que la integración de la averiguación en cita se va a conformar por todas y cada una de las actuaciones que el Ministerio Público lleve a cabo que sean tendientes a demostrar la culpabilidad del imputado, y en su momento consignar los hechos al Juez Penal competente, esto quiere decir que el Ministerio Público va a tener siempre la carga de la prueba.

BIBLIOGRAFÍA.

- AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Derecho Penal., Editorial Harla, México 1999. pp 418.
- BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, Derechos Procesal Penal, Editorial Mc Graw Hill, México, 1998. pp 530.
- CARRANCA Y TRUJILLO; Raúl. Y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Código Penal Anotado, Vigésima Edición. Editorial Porrúa; México, 1998. pp 637.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, México 2000. pp 363.
- COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de los Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, México 1999. pp 815.
- GONZALEZ DE LA VEGA Francisco; Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México 1998. pp 486.
- LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Delitos en Particular Tomo III. Editorial Porrúa; México 2000. pp 376.
- LOZANO, José María. Tratado de los Derechos del Hombre. Imprenta del comercio. México. 1976. pp 510.
- MONTIEL y Duarte, Isidro. Estudio sobre las Garantías Individuales. Editorial Porrúa. México. 1992. pp 475.
- PRECIADO HERNANDEZ, Julio Antonio. Programa de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, México, 2000. pp 342.
- SILVA SILVA. Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, Editorial Harla, México 1998. pp 569.